

L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la « crise des réfugiés » en Méditerranée

sous la direction de
Rostane Mehdi

11



L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la « crise des réfugiés » en Méditerranée

Rostane Mehdi (dir.)

DOI : 10.4000/books.dice.11582
Éditeur : DICE Éditions
Lieu d'édition : Aix-en-Provence
Année d'édition : 2020
Date de mise en ligne : 5 octobre 2022
Collection : Confluence des droits
EAN électronique : 9791097578107



<https://books.openedition.org>

Édition imprimée

Nombre de pages : 154

Référence électronique

MEHDI, Rostane (dir.). *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la « crise des réfugiés » en Méditerranée*. Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence : DICE Éditions, 2020 (généré le 20 juillet 2023). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/dice/11582>>. ISBN : 9791097578107. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.dice.11582>.

© DICE Éditions, 2020

Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International
- CC BY-NC-ND 4.0

RÉSUMÉS

Sous l'effet de la combinaison inédite de facteurs politiques, économiques et sociaux, la Méditerranée est de ces lieux où l'histoire s'est, au cours des dernières décennies, emballée. C'est dans ce contexte que la « mer du milieu » est devenue l'épicentre de ce que l'on désigne par la formule très approximative de « crise des migrants ». Ces mouvements telluriques n'en sont probablement qu'à leurs prémices. La force d'évocation négative du syntagme suffit pourtant à éclairer la mise en tension de l'Union et des États qui la constituent. Confrontée à un défi dont on mesure qu'il met à l'épreuve l'unité même de l'Union, celle-ci a fait le choix, somme toute classique, de la novation institutionnelle. Pour anticiper, canaliser et gérer ces flux humains, elle s'est dotée en 2004 de Frontex, devenue l'Agence européenne de gardes-frontières et gardes-côtes. Cette évolution est la déclinaison dans le domaine migratoire d'une dynamique dont l'objet est de moderniser l'action publique afin d'en renforcer, dit-on, l'efficacité. On entre ainsi dans un monde où la qualité des institutions s'apprécie à l'aune de leur « performance » sans être certain que leur aptitude à respecter les droits fondamentaux compte au nombre des indicateurs pertinents. Au fond, la question est posée de savoir si l'Union est parvenue à trouver un point d'équilibre acceptable par l'ensemble de ses membres entre les impératifs de sauvegarde inhérents à sa qualité même d'espace démocratique et l'attractivité d'un éden que les damnés de la terre sont prêts à rejoindre quoi qu'il en coûte. S'affranchissant des analyses exclusivement disciplinaires, cet ouvrage nous fait pénétrer au cœur des contradictions qui minent le processus d'agenciarisation appréhendé au prisme de la « crise des migrants en Méditerranée ».

ROSTANE MEHDI (DIR.)

Rostane MEHDI est Directeur de l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence depuis juin 2015. Agrégé de droit public, il a dirigé l'UMR CNRS Droit international, comparé et européen de 2009 à 2015. Il est titulaire d'une Chaire Jean Monnet *ad Personam* et enseigne, depuis 2002, au Collège d'Europe de Bruges.

Il a assumé de nombreuses missions d'expertise au niveau national (AERES, CNRS, Union pour la Méditerranée), européen (Groupe des sages sur le dialogue entre les peuples et les cultures en Méditerranée) et international (missions d'appui institutionnel au Maroc, en Algérie, en Tunisie...). Il est l'auteur d'une centaine d'articles et ouvrages et a dirigé une trentaine de thèses.

Il est nommé Associate Fellow de l'IMÉRA en novembre 2019 pour son rôle moteur dans le Forum franco-allemand de la Méditerranée.



collection d'ouvrages numériques



Dans la même collection

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-00-8

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : Une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-01-5

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017
ISBN : 979-10-97578-02-2

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018. ISBN : 979-10-97578-03-9

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-04-6

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-05-3

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-07-7

DARGENT Fleur, *La consultation en droit public interne*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-06-0

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ Ève (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-08-4

COURNIL Christel (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-09-1

<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>

ISBN : 979-10-97578-10-7
ISSN : 2556-1162

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Références électroniques :

MEHDI Rostane, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
Disponible sur Internet : <http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>
ISBN : 979-10-97578-10-7

**L'AGENCIARISATION
DE LA POLITIQUE D'IMMIGRATION ET D'ASILE
FACE AUX ENJEUX DE LA « CRISE DES RÉFUGIÉS »
EN MÉDITERRANÉE**

sous la direction de Rostane MEHDI

SOMMAIRE

Rapport introductif	9
Philippe DE BRUYCKER, Professeur à l'Institut d'études européennes, Université libre de Bruxelles (ULB).	
Partie I. Les agences et la crise Mise en perspective théorique	
Le Grand Bleu de Frontex	
<i>Que disent les métaphores liquides des politiques migratoires européennes ?</i>	17
Marc BERNARDOT, Professeur, Aix-Marseille Université, CNRS, LAMES, Aix-en-Provence, France.	
L'« agenciarisation » de la politique migratoire européenne	
<i>Les centres de gestion de crise (hotspots), illustration d'un droit « néomoderne » de la politique migratoire européenne</i>	27
Pierre BERTHELET, Docteur en droit, chercheur associé, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	
Partie II. Les agences saisies dans leur(s) dynamique(s)	
La crise en Méditerranée comme facteur d'évolution et de structuration de l'agence Frontex	
	49
Chiara PAIANO, Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	
Agences et opération navale de l'Union européenne dans la « sécuritisation » de l'afflux migratoire en Méditerranée	
	63
Philippe Ch.-A. GUILLOT, Maître de conférences (HDR) en droit public à l'Université de Rouen, Détaché à l'École de l'Air. Membre associé du CUREJ (EA 4703).	
Partie III. Les agences en action, des interrelations plurielles	
Le développement de la coopération des agences ELSJ avec des États tiers	
	79
Carole BILLET, Maître de Conférences en droit public à l'Université de Nantes, membre de l'UMR CNRS 6297 Droit et changement social.	
Une agenciarisation en devenir ? Dix ans de réseau européen des migrations	
	95
Romain FOUCART, Doctorant, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	

Partie IV. Contrôle et évaluation

Agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile et perfectionnement du contrôle par la Cour de justice de l'Union européenne

***Ou de la nécessité de franchir de nouveaux caps dans la protection juridictionnelle* 109**

Nathalie RUBIO, Professeure de droit public, Chaire Jean Monnet, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

The political accountability of European agencies in the fields of migration and asylum: Frontex and the EASO..... 123

Charikleia VLACHOU, Maître de conférences, Université d'Orléans.

Propos conclusifs..... 141

Rostane MEHDI, Directeur de Sciences Po Aix, Agrégé de droit public, Chaire Jean Monnet, UMR DICE (CERIC), Visiting Professor au Collège d'Europe de Bruges.

RAPPORT INTRODUCTIF¹

Philippe DE BRUYCKER²

On se perd facilement dans la question multi-dimensionnelle des agences européennes. Une tentative de synthèse de la littérature de plus en plus importante produite dans ce domaine donne à voir une évolution en trois temps :

- dans un premier temps, la discussion s’est focalisée sur l’autonomie des agences. Il s’agissait en particulier d’assurer celle-ci par rapport aux forces du marché intérieur.
- dans un second temps, lorsque des agences sont apparues dans le cadre de l’espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), le débat a évolué vers leur responsabilité en raison du fait qu’il s’agit de gérer un espace dans lequel les droits des individus sont fréquemment en cause. Pas leur responsabilité juridique, mais une responsabilité entendue dans un sens beaucoup plus large par les politologues. Cela a amené à utiliser le terme de redevabilité d’un point de vue politique, administratif et financier par rapport aux organes politiques de l’Union européenne que sont la Commission, le Conseil et le Parlement.
- dans un troisième temps, on en revient à un débat sur l’autonomie des agences, mais cette fois par rapport aux institutions européennes et surtout par rapport aux États membres. Outre Frontex, cela concerne la réforme du Bureau européen d’appui en matière d’asile qui est en cours.

Le fil rouge de cet exposé se rapporte à l’évolution de Frontex vers un Corps européen de garde-frontières. On voit d’ailleurs cette agence apparaître à plusieurs endroits du programme comme un leitmotiv. L’élément le plus frappant au premier abord concerne l’importance des pouvoirs qui lui sont accordés (I). Il convient cependant de mesurer celle-ci à l’aune de leur statut organique qui renvoie au débat sur la nature des agences (II).

¹ Ce texte est le compte-rendu d’un exposé oral qui ne répond donc pas aux standards d’une publication. La référence au corps européen de garde-frontières vise le règlement 2016/1624 et ne tient pas compte du règlement 2019/1896 qui l’a remplacé.

² Professeur à l’Institut d’études européennes, Université libre de Bruxelles (ULB).

I. Les compétences des agences

A. Le pouvoir discrétionnaire accordé aux agences

Ce débat est évidemment jalonné par l'arrêt Meroni de la Cour de justice et s'est enrichi en 2014 d'un arrêt de la CJUE sur l'agence en charge des marchés financiers.

Lorsqu'on examine les pouvoirs nouveaux accordés à l'agence Frontex qu'on prétend être un corps européen de garde-frontières, on constate que celle-ci se voit attribuer une tâche nouvelle importante qui consiste à arrêter une stratégie européenne pour la gestion des frontières extérieures s'imposant aux États membres qui devront par la suite adopter des stratégies nationales conformes à la stratégie européenne. On est donc loin de la doctrine Meroni qui interdit de confier aux agences européennes des compétences discrétionnaires. Arrêter une stratégie générale au niveau européen pour le contrôle et la gestion des frontières extérieures implique de toute évidence des choix politiques et l'usage d'un pouvoir discrétionnaire.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice avec l'arrêt AEMF rendu en 2014 indique qu'on est passé d'une interdiction de principe de l'octroi de pouvoirs discrétionnaires aux agences à un encadrement des pouvoirs discrétionnaires attribués aux agences au fil des événements, sous la pression des circonstances. Plus qu'une évolution, c'est une inflexion sensible. On comprend les tensions que cela génère. Dans les discussions sur le règlement créant le corps européen de garde-frontières, les parlementaires européens ont suggéré par un amendement que ce ne soit pas Frontex qui arrête la stratégie et que cette agence intervienne pour préciser une stratégie européenne élaborée par la Commission. Cet amendement n'a pas été retenu et c'est seulement par après que la Commission s'est inquiétée du pouvoir donné à Frontex et a annoncé qu'elle allait publier une communication politique dans laquelle la stratégie de Frontex devrait s'inscrire.

B. Le contrôle des États membres par les agences

Il y a un débat nouveau portant sur le contrôle des États membres qui a été induit par la crise migratoire. Le désordre dans lequel celle-ci a plongé l'Union européenne est dû au fait que nombre d'États membres n'ont pas respecté les règles du jeu. Le surgissement d'un contrôle des États membres par une agence est inédit dans l'ELSJ. Frontex devient un agent contrôleur des États membres dans le domaine des frontières extérieures comme un certain nombre d'éléments le prouvent :

- tout d'abord, Frontex va envoyer dans les États membres ses propres officiers de liaison de manière à disposer directement d'informations précises quant à ce que les États membres font ou ne font pas. Il est arrivé que les États membres fassent de la rétention d'informations vis-à-vis de l'agence qui peut ainsi se trouver dépourvue des moyens d'exercer les prérogatives qui sont les siennes. On a pris soin cette fois de permettre à Frontex d'avoir ses « espions » dans les États membres qui rapporteront directement au directeur de l'agence.

- ensuite, on parle en termes pudiques d’une évaluation de la vulnérabilité des États membres dans la gestion des frontières extérieures. En réalité, on veut tenter de détecter ceux qui ne sont pas capables d’assumer leurs responsabilités, ce qui renvoie à nouveau à l’idée d’un contrôle qui ne dit pas son nom.
- enfin, la proposition de la Commission visant à permettre à l’agence de se substituer aux États membres dans le cas où ils ne contrôlèrent pas leurs frontières extérieures a soulevé une controverse. On a imaginé au départ que dans le cas où un État ne remplirait pas ses obligations et où on verrait un trou s’ouvrir dans les frontières extérieures de l’espace Schengen (on pense évidemment au cas de la Grèce), l’agence pourrait se substituer à cet État membre. Il s’agirait là d’un pouvoir exorbitant, une sorte de tutelle de substitution renvoyant plus exactement à une forme de pouvoir hiérarchique. Lorsqu’on examine les amendements apportés à la proposition de la Commission, on s’aperçoit cependant que le pouvoir de substitution a disparu, puisque la sanction ultime est le rétablissement de contrôles intérieurs par rapport à cet État membre et non la reprise du contrôle des frontières extérieures de cet État membre par Frontex.

II. La nature des agences

Qualifier les agences européennes par rapport à un modèle administratif est une opération complexe qui peut sombrer dans la confusion si le point de référence n’est pas précisé.

On entend souvent dire que ces agences sont décentralisées. Mais par rapport à qui ? Décentralisées si on prend comme organe de référence la Commission européenne, celle-ci n’étant pas chargée d’accomplir les tâches dévolues aux agences. Mais comme les agences s’inscrivent dans la mise en œuvre des législations et politiques européennes, on peut aussi affirmer sur base d’un autre point de référence (les États membres) qu’on n’est pas en présence d’un phénomène de décentralisation mais de centralisation puisqu’on passe du modèle classique de la mise en œuvre du droit européen par les États membres à un système où une seule et unique agence européenne contribue à la mise en œuvre du droit européen. Ce débat renvoie à la science administrative qui différencie entre organes centralisés, décentralisés et déconcentrés. Pour les juristes, il s’agit du droit de l’organisation administrative, parent pauvre du droit administratif qui est une branche du droit pensée au travers du prisme du contentieux centré sur la légalité des actes administratifs par le Conseil d’État. Mais les actes posés ne sont pas tout et il convient de prendre en compte la dimension organique relative à la position de leurs auteurs.

Dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice, mais aussi dans le domaine des marchés financiers, on passe progressivement d’un modèle horizontal ou plat, celui des réseaux où une agence européenne coordonne l’action des États membres, à un modèle qui esquisse de plus en plus une hiérarchie où les États membres commencent à être soumis aux agences européennes. C’est un renversement de perspective fondamental qui est à l’œuvre pas seulement dans le domaine des migrations et de l’asile, mais aussi dans la coopération judiciaire pénale.

La Commission avait proposé de fonder le parquet européen sur un modèle hiérarchisé avec un procureur européen auquel obéiraient des procureurs nationaux qu'on aurait qualifiés de déconcentrés plutôt que de décentralisés car ceux-ci n'étaient pas censés disposer d'une autonomie décisionnelle par rapport au procureur européen. Passé à la moulinette du Conseil, mais aussi, de manière assez surprenante, du Parlement dans le cadre de la procédure de codécision, ce modèle hiérarchisé a été abandonné. Le soi-disant Procureur européen qui a été mis en place renvoie à la logique du réseau plutôt qu'à celle de la hiérarchie. Il faudra sans doute attendre une nouvelle génération du procureur européen pour passer à un modèle hiérarchisé qui devrait être plus efficace. On observe ainsi à quel point les États membres restent réticents face à l'idée de s'inscrire dans une administration européenne où ils deviendraient des exécutants des agences européennes.

On observe dans le domaine de l'immigration et de l'asile l'émergence d'une nouvelle forme d'administration européenne : une administration dite intégrée parce que le niveau européen et le niveau national y sont imbriqués. Le niveau européen renvoie aux agences qui, dans le cadre des *hotspots*, collaborent avec les États membres, en l'espèce la Grèce et l'Italie. Mais ce qui se passe au niveau national est tout aussi intéressant. La Grèce a en effet modifié les compétences de son administration afin de permettre aux experts déployés par le bureau européen d'appui en matière d'asile de participer au processus décisionnel pour ce qui est de l'admissibilité des demandes. En théorie, le pouvoir décisionnel reste entre les mains de l'administration grecque. Mais il ressort de la pratique que les propositions de décision élaborées par les agents déployés par le bureau européen d'appui sont systématiquement acceptées par l'administration grecque.

On voit ainsi poindre l'idée que les administrations nationales pourraient s'inscrire dans une logique d'exécutant des agences européennes. C'est un modèle très intéressant pour la crise migratoire que nous avons connue, à peu près la seule lumière dans le tunnel du débat sur la solidarité. Celui-ci étant bloqué (la relocalisation des demandeurs d'asile n'a en effet pas été une réussite), une éventuelle solution pour gérer dans l'avenir des crises qui vont vraisemblablement se répéter repose sur l'intervention des agences européennes en collaboration avec les administrations nationales. Si on essaie à nouveau de qualifier ce modèle en termes d'autonomie et plus précisément de centralisation, de déconcentration ou de décentralisation, on pourrait être tenté de penser qu'on évolue vers un modèle hiérarchique où les administrations nationales deviendraient des agents déconcentrés des agences européennes. Les choses sont beaucoup plus complexes parce que si les agences européennes acquièrent progressivement une certaine autonomie fonctionnelle, il convient de vérifier si celle-ci se confirme sur le plan organique.

Or, les agences continuent à être des organes européens très largement dominés par les États membres. Elles restent intergouvernementales, on le voit très clairement lorsqu'on examine leur conseil d'administration composé de représentants de chacun des États membres et d'un ou deux représentants de la Commission européenne. Celle-ci ne pèse donc guère lorsque les agences doivent prendre des décisions. Il n'y a donc aujourd'hui pas d'autonomie organique des agences malgré

l'indépendance fonctionnelle qu'elles acquièrent progressivement. Cette question renvoie au débat sur la nature intergouvernementale ou supranationale des agences.

Le besoin de contrôler l'action des États membres par ces agences apparaît, ce qui semble assez contradictoire par rapport à leur statut organique. Comment une agence intergouvernementale composée de représentants des États membres peut-elle prétendre contrôler ces États membres ? La contradiction paraît difficilement soluble. On peut évidemment envisager de modifier la composition des organes des agences et donner l'essentiel du pouvoir décisionnel au sein de ces agences à la Commission européenne. Autrement dit, transformer ces agences intergouvernementales en agences véritablement supranationales. Mais on sait que la réforme des agences est bloquée et on est très loin de cela malgré les évolutions que j'ai tenté d'esquisser qui s'inscrivent dans le vaste chantier de l'organisation du pouvoir exécutif au niveau européen pour lequel nous n'avons pas de modèle clair.

PARTIE I
LES AGENCES ET LA CRISE
MISE EN PERSPECTIVE THÉORIQUE

LE GRAND BLEU DE FRONTEx
QUE DISENT LES MÉTAPHORES LIQUIDES
DES POLITIQUES MIGRATOIRES EUROPÉENNES ?

Marc BERNARDOT¹

Pour comprendre l'action de l'agence européenne Frontex il faut sans doute la replacer dans le temps long des institutions spécialisées dans la gestion des migrations. Si les principaux pays européens ont chacun eu des logiques, des institutions et des traditions spécifiques dans la prise en charge des mouvements migratoires, il a été maintes fois rappelé l'absence, en ce qui concerne la France, de cadre juridique national jusqu'à la toute fin du xx^e siècle et le lent processus d'institutionnalisation de cette politique². Gérés dans un premier temps par des services de l'armée française en temps de guerre, les travailleurs et tirailleurs indigènes des colonies n'étaient pas censés rester en métropole après leur activité. Dans les années 1920-1930 la principale structure de gestion des migrations en France était la Société générale d'immigration (SGI) émanant des entreprises employeuses de main-d'œuvre immigrée, destinée essentiellement à organiser la venue de travailleurs depuis différents pays européens. Hormis des services de la préfecture de police de Paris, spécialisés dans la surveillance sanitaire et policière des « indigènes » en métropole dans les années 1920-1940, les premiers éléments d'une politique publique de gestion des migrations après 1945 émergent des tentatives ministérielles (ministères du travail et de l'intérieur en concurrence sur ce point) pour compenser les manques dans la prise en charge du logement des travailleurs coloniaux employés par les entreprises industrielles. La structuration d'une politique de gestion des migrants sur le territoire métropolitain s'opère à partir des années 1950 et durant la guerre d'Algérie en particulier toujours autour de services de police spécialisée. Sous l'impulsion du ministère de l'intérieur, la première institution nationale prendra la forme d'une société d'économie mixte chargée de la résorption des zones d'habitats auto-construits et du logement en foyer notamment, nommée Société nationale de construction pour les travailleurs algériens. Depuis les années 2000 les dispositifs chargés des questions migratoires et d'intégration ont disparu ou leurs missions ont été intégrées dans des dispositifs de droit commun (voir par exemple le cas du Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles dit FAS puis FASIL créé en 1957) principalement sous l'autorité du ministère de l'intérieur.

¹ Professeur, Aix-Marseille Université, CNRS, LAMES, Aix-en-Provence, France, marc.bernardot@univ-amu.fr

² N. FISCHER, C. HAMIDI, *Les politiques migratoires*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2016, 127 p. ; S. MAZZELLA, *Sociologie des migrations*, Paris, PUF, 2014, 127 p. ; V. VIET, *La France immigrée. Construction d'une politique 1914-1997*, Paris, Fayard, 1998, 550 p.

Cette influence décisive et grandissante de ce ministère dans la gestion des migrations est une particularité française³ et la constitution de Frontex à l'échelle continentale dans les années 2000 s'inscrit dans cette histoire séculaire d'élargissement de son influence en raison du poids de ce ministère et de ses personnels dans l'organigramme et les principes de fonctionnement sécuritaire de l'agence.

Nous avons choisi de contribuer à la réflexion collective sur l'agenciarisation dans l'européanisation des politiques migratoires en étudiant des textes de l'agence Frontex, non pas du point de vue des travaux, abondants, de politiques publiques mais d'un point de vue sémiologique en les réinscrivant dans le temps long des représentations des mobilités migratoires à partir de métaphores liquides depuis le XIX^e siècle. L'établissement d'un lien entre les mouvements humains et la mécanique des fluides a été initié par des théoriciens et des leaders d'opinion, par exemple chez Auguste Comte⁴ et chez Friedrich Ratzel⁵. Si d'autres registres d'association sont mobilisés, par exemple avec les épidémies et les espèces invasives, avec de fréquentes animalisations et racisations, sexualisées et genrées⁶, la métaphore liquide s'est cependant imposée progressivement comme une matrice discursive et conceptuelle dominante aspirant dorénavant les autres registres analogiques dans son système de signification. Les métaphores et, en particulier, celles opérant des transpositions avec le liquide, sont ambivalentes et plurielles. Lorsqu'elles sont mobilisées pour décrire et analyser les migrations elles utilisent et suggèrent essentiellement des éléments liquides envisagés dans leurs dimensions négatives, inquiétantes voire mortelles.

Dans le cas de l'agence Frontex l'analyse de l'usage et de la manipulation de ces syntagmes et de ces schémas narratifs en lien avec la liquidité permet de mettre en évidence les cadres cognitifs de cette institution en termes de marchandisation de la sécurité à l'échelle européenne et au-delà.

I. Une pensée liquide de l'État : canaliser les mobilités envisagées en termes hydrologiques et hydrauliques

Le peuple et la foule ont été appréhendés à partir du XIX^e comme des masses liquides, imprévisibles, aveugles, dangereuses, surtout lorsqu'elles étaient animées par des *agitateurs* et l'on retrouve cette analogie dans l'expression « canaliser une manifestation » ou « éviter des débordements ». Mais c'est avec les migrations que la métaphorisation aquatique se systématisait. Les départs d'indésirables vers les colonies sont présentés comme le *déversement* d'un surplus. Et les migrations à l'intérieur de l'Europe sont, à la même période, décrites comme des *fleuves*. En effet les déplacements humains sont censés obéir à des lois physiques : « L'hydraulique et l'hydrologie offrent une réserve de métaphores dans laquelle les démographes et les hommes politiques ont puisé dès qu'ils se sont

3 M. BERNARDOT, *Loger les immigrés. La Sonacotra 1956-2006*, Bellecombe-en-Bauges, Éditions du Croquant, 2008, 296 p. <<https://reseau-terra.eu/article831.html>>.

4 P. MUSSO, *Critique des réseaux*, Paris, PUF, 2003, 374 p.

5 H. LE BRAS, *Le sol et le sang*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 1994, 124 p.

6 T. CRESWELL, « Weeds, plagues and bodily secretions: a geographical interpretation of metaphors of displacement », *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 87, n° 2, 1997, p. 300-345, <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1111/0004-5608.872056>>; P. COATES, *American Perceptions of Immigrants and Invasive Species. Strangers on the Land*, Berkeley, University of California Press, 2006, 256 p.

penchés sur les migrations⁷. » F. Ratzel utilise dans *Géographie politique*⁸ les images du *ruissellement* et de *l'écoulement* et met en avant le caractère *inéluçtable*, *inexorable* et impossible à *endiguer* de ces mouvements.

En France le glissement de l'hydrologie à l'hydraulique s'opère au début du xx^e siècle avec des images telles que celles des *vases communicants* et des *canaux*, les notions de *pression*, de *courants* pour décrire ce qui est désormais perçu comme une menace migratoire. Cette construction métaphorique se diffuse alors aux mondes économiques et administratifs parce qu'elle permet de concilier l'essentialisation raciste des populationnistes avec l'utilitarisme migratoire patronal⁹. L'immigration est alors à la fois présentée comme inéluçtable à l'instar de *l'écoulement* des liquides mais constituant un *adjuvant* indispensable en raison du manque de main-d'œuvre et du déficit démographique lié aux pertes en temps de guerre et à la baisse structurelle de la natalité. Les *infiltrations* sont constantes et il faut donc veiller à l'équilibre ethnique national en évitant les *mélanges*. Le schéma narratif liquide et potentiellement catastrophiste des migrations est désormais en place. Les chercheurs aujourd'hui, même sans y prendre garde, utilisent des termes comme les *flux* migratoires, les *courants*, la *pression*, et les populations *flottantes*, parlent de *percolation* (procédé chimique d'extraction utilisé pour modéliser la répartition des migrants dans un espace) ou de système de la *noria* (machine à godets tractée par des ânes servant à élever l'eau d'un puits), pour décrire les migrations tournantes.

Cette métaphorisation des migrations sous une forme liquide correspond à une opération de naturalisation déshumanisante des migrants en une masse indifférenciée, en éléments menaçants, toujours en mouvement, doublée d'une réification raciale et biologique. La liquidité supposée de ces mouvements s'oppose d'une part à une lecture de l'autochtonie pensée comme *enracinée* et *souchée* et d'autre part à une représentation de l'État envisagé comme un *barrage* aux parois *solides*. Elle est devenue la référence banalisée des lexiques savant et populaire, médiatique et politique, pour rendre tangible une menace de *submersion* par les *vagues* migratoires, de *dissolution* par la fécondité exogène et par conséquent pour accréditer la nécessité indiscutable d'un *endiguement étanche* ou a minima d'une *canalisation* et d'un *filtrage* stricts. La facilité avec laquelle la métaphore liquide fait image et récit pour rendre compte de faits sociaux et de phénomènes complexes ou intangibles lui assure désormais un succès mondialisé. Les effets de la métaphorisation massive sous forme hydrologique des migrations, pour englobants qu'ils soient, produisent alors un savoir/pouvoir schématique et réducteur, sous forme de fictions et de décors. Ils scénarisent les mouvements humains sous la forme d'un mouvement unique, téléonomique, tel celui d'un fleuve, des hauteurs et des plus petites sources vers les mers. Ils génèrent des représentations spatiales, une production de la localité, du territoire et des migrations dans les grilles de la pensée d'État, faite de cascades et d'étiages. Ainsi des déplacements peuvent être temporellement perçus dans le présent perpétuel et appréhendés de manière hiérarchisée, superficielle et unidirectionnelle. La métaphore liquide devient le support

7 H. LE BRAS, *op. cit.*, p. 35.

8 F. RATZEL, *Géographie politique*, Paris, Economica, 1988 [1898].

9 B. LARBIOU, « L'immigration organisée. Construction et inflexions d'une matrice de politique publique (1910-1930) », *Asylon(s)*, n° 4, mai 2008, <<http://www.reseau-terra.eu/article735.html>>.

de représentations qui rendent tangible la menace supposée d'*invasion*¹⁰ par les flux migratoires, construite comme une *submersion* par les flots¹¹ et plus largement une catastrophe naturelle¹². La facilité avec laquelle la métaphore liquide fait image et récit pour rendre compte de faits sociaux complexes lui assure une mobilisation constante.

Les productions littéraires, artistiques, visuelles et cinématographiques portant sur les migrations mettent souvent en scène les migrants du Sud sur les rivages du Nord. Des motifs identiques, bien qu'inversés, se retrouvent à la fois dans des images « sécuritaires » et dans les films « humanistes » à propos des « sans-papiers » par exemple¹³. Les images et les scénarii se focalisent sur des moments hyper-visuels de la tempête, du franchissement et du débarquement de navires surchargés. Les corps à l'eau réactualisent des motifs universels et re-spectacularisés de la dérive, du naufrage et de la noyade¹⁴.

Les traitements médiatiques – c'est très net dans l'épisode de la crise syrienne en Europe – identifient métonymiquement les migrants et leurs modes de transport¹⁵ lorsqu'ils sont réalisés à bord de « bateaux » alors même que leur voyage n'est pas uniquement maritime (même si la « maritimisation » des circulations est en hausse du fait de la fermeture des frontières terrestres vers l'Europe notamment¹⁶). Ce fut le cas certes que ce soit pour les premiers peuplements coloniaux, les traites, les migrations du XIX^e et du XX^e siècles. Et les « crises » avec les « boat people » sont récurrentes depuis les Arméniens en 1920, jusqu'aux embarcations de fortune des perpétuelles « crises des migrants » du XXI^e siècle en Méditerranée, en mer des Caraïbes, mer de Chine ou mer Rouge... Cela facilite les associations, les analogies et les métaphores entre les migrations et les éléments liquides et marins. Alors que les migrations contemporaines ont lieu très majoritairement par terre et par air, la métaphore maritime et liquide reste omniprésente, communiquant aisément avec les thèmes des passagers clandestins, des pirates, des containers, avec les champs de la globalisation dominée par les flux, numériques, culturels et financiers, et les contextes comme le changement climatique et les guerres de l'eau¹⁷.

10 L. ARCIMAVICIENE, S. H. BAGLAMA, « Migration, Metaphor and Myth in Media Representations : The Ideological Dichotomy of “Them” and “Us” », 2018, <journals.sagepub.com/home/sgo DOI: 10.1177/2158244018768657> ; H. DE HAAS, « The Myth of Invasion : the inconvenient realities of African migration to Europe », *Third World Quarterly*, vol. 29, n° 7, 2008, p. 1305-1322, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436590802386435> ; V. MAMADOUH, « The Scaling of the “Invasion” : A Geopolitics of Immigration Narratives in France and The Netherlands », *Geopolitics*, vol. 17, n° 2, 2012, p. 377-401, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14650045.2011.578268>.

11 M. BERNARDOT, « Invasions, subversions, contaminations. De quelques figures et lieux contemporains d'un Autre exceptionnel », *Cultures et conflits*, n° 84, 2011, p. 45-62, <https://journals.openedition.org/conflits/18237>.

12 M. DAVIS, *Ecology of Fear : Los Angeles and the Imagination of Disaster*, New York, Metropolitan Books, 1998, 484 p. ; K. TIERNEY, C. BEVC, E. KULIGOWSKI, « Metaphors Matter : Disaster Myths, Media Frames, and Their Consequences in Hurricane Katrina », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 604, 2006, p. 57-81, <http://www.jstor.org/stable/25097781>.

13 A. BROSSAT, *Autochtone imaginaire, étranger imaginé : Retours sur la xénophobie ambiante*, Bruxelles, Éditions du souffle, 2013, 302 p.

14 H. BLUMENBERG, *Naufrage avec spectateur : paradigme d'une métaphore de l'existence*, Paris, L'Arche, 1994, 114 p. ; A. CORBIN, *Le ciel et la mer*, Paris, Flammarion, coll. Champs. Histoire, 2014, 98 p. ; A. DAL LAGO, « Cercueils fluides », *Cultures & Conflits*, n° 73, 2009, p. 109-122, <https://journals.openedition.org/conflits/12633> ; C. MILANESI, « Les récits de naufrage : un essai de structuralisme thématique », *Cahiers d'études romanes*, n° 1, 1998, p. 1-18, <https://journals.openedition.org/etudesromanes/3425>.

15 G. HOSKINS, J. F. MADDERN, « Immigration Stations : The Regulation and Commemoration of Mobility at Angel Island, San Francisco and Ellis Island, New York », in T. CRESWELL, P. MERRIMAN (eds), *Geographies of Mobilities : Practices, Spaces, Subjects*, Farnham, Ashgate, 2013, p. 151-166.

16 C. AUDEBERT, N. ROBIN, « L'externalisation des frontières des “Nords” dans les eaux des “Suds” », *Cultures & Conflits*, n° 73, 2009, p. 35-51, <http://conflits.revues.org/17512>.

17 M. BERNARDOT, « Plongée dans les métaphores et représentations liquides de la société numérique », *Netcom*, vol. 32, n° 1-2, 2018, p. 29-60, <https://journals.openedition.org/netcom/2886>.

II. La globalisation contemporaine de la métaphore liquide dans le traitement des mobilités migratoires

Du côté des institutions étatiques il existe d'autres registres de politiques publiques en particulier sociales et policières (santé, chômage, retraite, pauvreté, éducation, logement, déviance, criminalité...) qui communiquent avec ceux des migrations. Dans tous les cas les métaphores liquides sont dominantes pour décrire par des tropes de flux hydrauliques et de plomberie tant les propriétés des publics, les processus de transformation que les dispositifs de gestion eux-mêmes. Ces structures narratives imagées impactent la perception du temps et la représentation de l'espace, tout particulièrement durant des « crises ». Pris dans une série de concaténations, le thème de « l'afflux massif », traduit en *vagues*, permet aisément de faire intervenir l'idée d'une « urgence » et d'une situation de « nécessité ». Devant « l'explosion du nombre », les recours à l'exception deviennent indispensables. Les équipements sociaux, par ailleurs démantelés, sont forcément *débordés* ce qui rend obligatoires des mesures d'urgence.

Cette évocation récurrente des *vagues* migratoires et du *débordement* des frontières¹⁸ n'est plus dorénavant ni spécifique ni localisée. De même que la financiarisation de l'économie, la mise en mouvement de millions d'individus durant la période contemporaine a internationalisé la problématique. Ces usages de métaphores liquides pour décrire les mobilités humaines, et les migrations en particulier, se retrouvent dans la plupart des pays occidentaux. C'est le cas en Grande-Bretagne¹⁹, aux États-Unis²⁰ et au Canada²¹ où deux types de métaphores sont régulièrement utilisés à propos des migrations, soit en lien avec des désastres naturels de type *inondation*, soit autour de l'image du *container* dont il faut protéger l'intégrité. Des complexes métaphoriques identiques se retrouvent dans des espaces en dehors de la sphère occidentale des langues latines. C'est le cas au Japon²² et en Chine, cette fois à propos des migrations intérieures²³ dont certaines sont provoquées par de très grands travaux hydrauliques²⁴. Le principe de fonctionnement des frontières actuelles est parfois décrit comme caractéristique d'une *porocratie*²⁵, gestionnaire, non de leur complète étanchéité mais de leur *porosité* et de leur *perméabilité* contrôlées²⁶. Les appareils de surveillance sont par ailleurs considérés comme *hybrides* et *mobiles* car ils combinent des dimensions matérielles, humaines et technologiques (*smart borders*) et peuvent apparaître tantôt *durs*, tantôt *mous* selon le niveau de *filtrage* attendu.

18 I. VAN DER VILKE, « Right-wing Parliamentary Discourse on Immigration in France », *Discourse & Society*, vol. 14, n° 3, 2003, p. 309-348.

19 J. CHARTERIS-BLACK, « Britain as a container : immigration metaphors in the 2005 election campaign », *Discourse and Society*, vol. 17, n° 5, 2006, p. 563-581.

20 G. V. O'BRIEN, « Indigestible Food, Conquering Hordes, and Waste Materials : Metaphors of Immigrants and the Early Immigration Restriction Debate in the United States », *Metaphor & Symbol*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 33-47, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1207/S15327868MS1801_3>.

21 A. MOUNTZ, « Refugees-Performing Distinction : Paradoxical Positionings Of the Displaced », in T. CRESWELL, P. MERRIMAN (eds), *Geographies of Mobilities : Practices, Spaces, Subjects*, Farnham, Ashgate, 2013, p. 255-270.

22 T. MORRIS-SUZUKI, « The Wilder Shores of Power: Migration, Border Controls and Democracy in Postwar Japan », *Thesis Eleven*, vol. 86, 2006, p. 6-22.

23 E. FLORENCE, « Les débats autour des représentations des migrants ruraux », *Perspectives chinoises*, n° 94, 2006, <<http://perspectiveschinoises.revues.org/952>>.

24 K. LE MENTEC, « Le projet des Trois Gorges : faire parler les héros et les dieux », *Études chinoises : bulletin de l'Association française d'études chinoises*, vol. 29, 2010, p. 259-270.

25 D. PAPADOPOULOS, N. STEPHENSON, V. TSIANOS, *Escape Routes : Control and Subversion in the Twenty-first Century*, Londres, Pluto Press, 2008, p. 173.

26 O. RAZAC, « La gestion de la perméabilité », *L'Espace Politique. Revue en ligne de géographie politique et de géopolitique*, vol. 20, n° 2, 2013, <<https://espacepolitique.revues.org/2711?lang=fr>>.

Il faut des *sas*, de la *réretention*, de l'*expulsion*, pour qu'adviennent les cycles de l'*absorption*, de l'*assimilation*, de l'*épuration*. Ces nouvelles frontières démultipliées fonctionnent en tant que dispositifs de segmentation de l'espace et des degrés de citoyenneté, de création de valeurs à la fois politiques et financières²⁷. Le traitement médiatique et politique de leurs franchissements et les conséquences qui leur sont attribuées puisent largement dans les métaphores aquatiques et sont devenus l'indice et l'enjeu d'une lutte de définition entre les acteurs étatiques et ceux de l'économie de marché.

Comme le note Didier Bigo « loin des métaphores du mur, ce sont celles des flux et réseaux, de la fluidité qui innervent le discours des agences de renseignement, des agences policières et d'immigration et qui déstabilisent le discours des gardes-frontières comme "rempart" et celui des partis politiques conservateurs identifiant le territoire à un corps (féminin) pénétré sans autorisation »²⁸. Cette appréhension liquide des mobilités a en effet été captée et transformée à l'occasion de la privatisation de la vie politique et sociale à partir des années 1970. Le développement de la gouvernabilité néolibérale, notamment à partir d'institutions de contrôle des frontières, éclaire des formes de pouvoir et des mécanismes d'influence subtils. Le schéma narratif *mainstream* développé dans les productions d'*Entertainment*²⁹ a bien ciblé ces points faibles de la cuirasse étatique en ce qu'il a tendance à présenter des frontières qui fuient et les États incapables de les contrôler : « Les images des migrations racontent souvent l'histoire d'un État émasculé affaibli par l'immigration qui est hors de contrôle, incarnée par des migrants qui donnent chair à des métaphores d'invasion, de flots, de vagues »³⁰. L'État rendu incontinent par les migrations est ainsi poussé à s'en remettre aux acteurs marchands qui se chargent de les gérer par la circulation différenciée entre îlots sécurisés.

III. Circulation, refoulement et fluidification : les métaphores de la liquidité dans le texte de Frontex

Les Australiens ont la *Solution Pacifique*, ce réseau de camps installés dans des îles, à Nauru par exemple. Les Européens ont *Frontex*. L'agence Frontex (Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes), comme d'autres institutions spécialisées dans la gestion des migrations au niveau européen, a déjà fait l'objet de nombreux travaux détaillés³¹. Nous contribuons ici au débat en appliquant une méthode sémiologique à cette institution d'un nouveau genre, relevant de ce qu'on peut appeler une *hydrocratie*, c'est-à-dire de structures combinant acteurs publics et privés spécialisés dans la gestion et l'arraisonnement des circulations de biens, d'informations et d'individus.

27 S. MEZZADRA, B. NEILSON, *Border as Method, or, the Multiplication of Labor*, Durham, Duke University Press, 2013, 365 p.

28 D. BIGO, « Le «nexus» sécurité, frontière, immigration : programme et diagramme », *Cultures & Conflits*, n° 84, 2011, p. 7, <<http://conflits.revues.org/18222>>.

29 M. BERNARDOT, *Captures*, Marseille, Editions Terra-Hn, 2015, 192 p. <<http://www.reseau-terra.eu/article1263.html>>.

30 G. HOSKINS, J. F. MADDERN, *op. cit.*, p. 263 (c'est nous qui traduisons).

31 R. ANDRIJASEVIC, W. WALTERS, 2011, « L'Organisation internationale pour les migrations et le gouvernement international des frontières », *Cultures & Conflits*, n° 84, 2011, p. 13-43, <<http://conflits.revues.org/18225>> ; C. AUDEBERT, N. ROBIN, *op. cit.* ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Mediterranean Death Trip – The *Mare Internum* as the Graveyard of International Obligations », *World Economic Review*, n° 6, 2016, p. 60-85, <<http://wer.worldeconomicsassociation.org/files/WEA-WER-6-Basilien-Gainche.pdf>> ; D. BIGO, *op. cit.* ; G. PIERARD, « Frontex dans le contexte de la situation à la frontière gréco-turque », *CERISCOPE Frontières*, 2011.

Certaines formes sémiologiques récurrentes fournissent un indice sur la cohérence générale de cette référence liquide dans la pensée de l'agence. Les zones d'interventions en Méditerranée (renommée pour l'occasion *Mare Nostrum*) sont désignées par des noms de divinités *aquatiques* et de *tritons* de l'Antiquité (*Minerve, Nautilus, Neptune et Poséidon*). Nous pouvons rappeler qu'Europe elle-même, en grec ancien *le littoral large*, est sortie de l'eau, et la mythologie de la princesse phénicienne est une histoire de sauvetage en mer, de troupeau, de déguisement et de rapt... Le siège de l'agence basée à Varsovie par exemple est construit comme une étrave de navire de guerre fendant fièrement les eaux et les embarcations de migrants (Fig. 1). Et certains éléments de communication de Frontex, qui semblent tirés de la propagande aryenne des années 1930, présentent un (très) jeune garde-côte bien blond posté comme une vigie ou un gardien de phare (Fig. 2).



Fig. 1 : Le bâtiment de la direction de Frontex à Varsovie (photo Adrian Grycuk).

Les principes et les valeurs de l'agence (*corporate values*) sont traduits dans ses rapports par un graphique hydraulique digne d'une réclame de machine à laver *Whirlpool*. Le schéma peut être lu comme suit : le professionnalisme (*professionalism*) génère la fiabilité (*trustworthiness*) et inversement, et ce mouvement tautologique entraîne l'humanité (*humanity*) dans un vortex.

Nous avons étudié des textes³², en anglais, de la gouvernance de l'agence Frontex, qui en l'occurrence fonctionnent comme un *texte du front*, ici principalement maritime. Cela permet de constater une transcription métaphorique de principes qui n'ont finalement que peu à voir avec les migrations. Trois niveaux de recours à ce registre liquide peuvent être détectés, concernant le *contexte maritime* présenté comme le principal vecteur d'entrée des migrants illégalisés, la description de la migration comme un *flux*, et enfin la représentation de la gestion des frontières comme une *fluidification* et une *flexibilisation*. Ces trois niveaux communiquent entre eux dans un dispositif métaphorique et narratif. La métaphore liquide fonctionne ici comme un miroir grossissant, une anamorphose qui donne de l'importance surdimensionnée à un épiphénomène sous le mode narratif de la crise et du naufrage. On peut rappeler en effet que les arrivées de migrants par la mer représentent en moyenne 40 000 personnes par an avant 2013 à rapporter au million et demi de migrants installés légalement en Europe chaque année³³.

32 Frontex' Single Programming Document, 2016-2019, Varsovie, 2016, 79 p. ; Frontex' Annual Report on the implementation on the EU Regulation 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders, R. 15069, Varsovie, 2015, 13 p.

33 P. DE BRUYCKER, A. DI BARTOLOMEO, P. FARGUES, *Migrants smuggled by sea to the EU : facts, laws and policy options*, MPC RR2013/09, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI), European University Institute, 2013, 29 p.

Il est d'abord question dans ces textes de gouvernance d'embarcations, de navires, de bateaux, de vaisseaux, de ports, de rivages, de débarquement, de recherche et de secours en mer, de *hotspots*, de patrouilles *offshore*, de projets pilotes et de plateformes d'intervention, de garde-côtes, de leur entraînement et de leur équipement, de zones d'eaux territoriales, contiguës ou de haute mer, d'interceptions en mer de navires en détresse et de naufrages et de noyades. Il est vrai que plus de 70 % du budget (entre 80 et 120 millions d'euros par an avant 2013 mais ce budget est extensible grâce à des rallonges budgétaires) de l'agence est consacré à la surveillance de la frontière méditerranéenne de l'Europe. Cet ensemble de termes est factuel et n'occupe qu'une part réduite de ces textes.



Fig. 2 : Élément de communication de l'agence Frontex. Source : Frontex, 2015.



Fig. 3 : Valeurs de l'agence Frontex. Source : Frontex, 2016, Frontex' Single Programming Document, 2016-2019, Varsovie.

Il y a ensuite un deuxième niveau de langue qui décrit classiquement la migration sous un mode hydraulique. Il est fait abondamment état de « flux migratoires », de « pression migratoire disproportionnée », de « principe de non-refoulement », de « retour volontaire assisté », d'« accord de réadmission » ou « opération de retour », de « transit des migrations irrégulières », de « franchissement en contrebande et de trafic d'êtres humains ». Le tout systématiquement dans les registres de la crise, du risque, de la menace, de la « situation exceptionnelle ». Là encore rien d'étonnant, ni le caractère mimétiquement hydrologique du lexique, ni l'accent sur l'urgence, ni la focalisation sur l'identification sélective des migrants à secourir parce que « vulnérables » au détriment d'autres simplement illégaux ou criminels. L'entremêlement entre la rhétorique humanitaire et les principes sécuritaires et militaires est de même banalisé. Et comme pour le premier registre, il s'agit de mentions ne représentant qu'une minorité des occurrences.

Enfin l'essentiel du propos et du champ sémantique liquides de ces rapports et documents concerne une autre dimension : celle de la *circulation* des principes du management et du merchandising et de l'écoulement de « packages » de produits et services de contrôle et de surveillance. L'objectif de l'agence, qui s'explique par ce biais, est de générer une *culture* à la fois pour la technique de surveillance et d'intervention des garde-côtes et pour la gestion des mouvements migratoires, de « fixer des principes » et d'« établir des standards » pour pouvoir les imposer et les facturer à

des États *inondés* par des *déferlantes* de migrants comme dans le schéma narratif de l'extrême droite européenne depuis les années 1960 pour éviter de « voir le Tibre écumer d'un sang abondant » tel Enoch Powell dans son discours de 1968. L'emploi massif des notions d'*implémentation*, de *connexion*, de *coordination*, de *monitoring* et de *reporting*, est caractéristique de la langue portuaire et de la marine marchande avant d'être celle du *Public management* et des entreprises en réseau. Les cadres linguistiques sont aussi directement issus d'une culture hydrologique et hydraulique, thalassocratique en somme. Dans ces textes et ces raisonnements il s'agit le plus souvent de canaux (*channels*), « canaux de coopération », « canaux de communication », et incidemment de « canaux migratoires ». Les mesures s'expriment en termes de « niveaux et de développement graduel ». Ces textes mentionnent aussi des procédures de « mises en commun » qui, en anglais, se disent à partir de l'expression « *pool* » (bassin) (*pooling mechanisms, pooling resources*). L'agence vise à repérer des « sources d'information » et collecter de « bonnes pratiques » à « disséminer » sous forme de « packages » et de comportements à harmoniser, tout en préconisant la « proactivité ». Un ensemble de mots-clés structure ces rapports et la plupart appartiennent au registre de la liquidité, « transparence, facilitation, responsabilité », « performance, efficience, efficacité », « échange, coopération, uniformisation », mais surtout « flexibilité, fluidité », « régulation, interopérabilité, échange », « uniformisation, niveau élevé, proactivité ».

IV. Dissoudre la métaphore Frontex pour sauver les migrants et l'Europe

Ainsi on trouve dans les textes et les images produites par l'agence Frontex divers niveaux de langue et de signes à la fois techniques et imagés qui sont articulés ensemble autour de la métaphore liquide. Cet arrière-plan sémantique et sémiologique relie entre eux les objectifs de contrôle et de sécurisation des frontières maritimes, les représentations aquatiques des migrations et les modèles de fluidification et de flexibilisation de la gouvernance libérale. En fait, plutôt que des questions de mouvements de population qui apparaissent finalement comme un prétexte et une opportunité, le message fondamental de l'agence porte sur des principes de management internes et transnationaux. Frontex constitue en cela un acteur continental de l'industrie des migrations et de la contention qui profite de la médiatisation et de la politisation croissante de la question migratoire pour obtenir de nouvelles compétences et de nouveaux moyens. Cette agence fonctionne à l'interface des structures étatiques et des acteurs privés de la sécurité. En recourant de manière systématique au registre liquide pour décrire ses missions elle participe à la remise en cause des institutions publiques au profit de principes du marché et d'acteurs privatisés de la sécurité. Frontex fonctionne ainsi comme un agent culturel à la fois par l'accent mis sur « l'harmonisation des procédures » et l'intégration des périphéries européennes à son dispositif et par ses campagnes de délégitimation menées à l'encontre des ONG venant en aide aux migrants en perdition en Méditerranée. Fort de ce capital rhétorique, l'agence mène un double processus d'extension à la fois de ces zones d'interventions (dans l'Atlantique notamment) et de ses compétences. Elle poursuit aussi un processus d'externalisation

(*offshorisation*) global³⁴ d'abord au sens d'une privatisation des fonctions régaliennes, ensuite au sens d'une projection de ses forces et des zones de traitement des migrants et enfin comme transferts des responsabilités vers les périphéries de l'Europe. La réussite politique de Frontex résulte de son échec complet si l'on considère la croissance du nombre des traversées de migrants et du nombre des morts en mer. En fait que ce soit pour les institutions européennes ou pour les migrants l'agence Frontex n'est pas la solution. Elle constitue le problème. Elle ne repousse pas que les migrants, elle éloigne l'Europe d'elle-même.

Références complémentaires

- H. DRIESSEN, « A Janus-Faced Sea : Contrasting Perceptions and Experiences of the Mediterranean », *Maritime Studies*, vol. 3, n° 1, 2004, p. 41-50, <<http://www.marecentre.nl/mast/documents/ArtikelHenkDriessen.pdf>>.
- A. GEDDES, P. SCHOLTEN, *The politics of migration & immigration in Europe*, Londres, Sage, 2016.
- A. GOHARD-RADENKOVIC, J. VEILLETTE, « Nouveaux espaces dans de nouvelles logiques migratoires ? Entre mobilités et immobilités des acteurs », *Cahiers internationaux de sociolinguistique*, n° 9, 2016, p. 21-50.
- C. HELLER, L. PEZZANI, « Traces liquides : enquête sur la mort de migrants dans la zone-frontière maritime de l'Union européenne », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 30, n° 3-4, 2014, p. 71-107, <<http://remi.revues.org/7106>>.
- J. JEANDESBOZ, Y. JANSEN, R. CELIKATES, J. DE BLOOIS, « EU border control : Violence, capture and apparatus », in Y. JANSEN, R. CELIKATES, J. DE BLOOIS (eds), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation, Drowning*, 2013, p. 87-102, <https://www.researchgate.net/publication/273258963_EU_border_control_violence_capture_and_apparatus>.
- L. KAINZ, « People Can't Flood, Flow or Stream : Diverting Dominant Media Discourses on Migration », 8 February 2016, <<https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/02/people-can%E2%80%99t>>.
- D. THOMAS, « Into the Jungle : Migration and Grammar in the New Europe », *European Studies, Multilingual Europe, Multilingual Europeans*, vol.29, 2012, p. 267-284.

34 J. URRY, *Offshoring*, Cambridge, Malden, Polity Press, 2014, 212 p.

**L'« AGENCIARISATION » DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE
LES CENTRES DE GESTION DE CRISE (*HOTSPOTS*), ILLUSTRATION D'UN DROIT
« NÉOMODERNE » DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE**

Pierre BERTHELET¹

La politique migratoire européenne est le témoin d'un phénomène observé dans d'autres domaines de la construction européenne, à savoir l'agenciarisation². Mis en évidence en sciences politiques, mais aussi en droit³, il se traduit par une place accrue des agences dans le système institutionnel, ainsi que par l'élaboration de modes de régulation juridique dérogatoire au droit commun, c'est-à-dire en marge du processus décisionnel classique.

Le constat initial est l'implication de nombreuses agences en matière de politique migratoire européenne, qu'elles soient spécialisées dans ce domaine ou non⁴. Diverses agences sont en effet à l'œuvre en liaison avec d'autres instances avec lesquelles elles se coordonnent. S'opère un processus de réticulation marqué par une complexification institutionnelle, c'est-à-dire une multiplication des acteurs, tant européens (Coordonnateur pour la lutte antiterroriste, Europol, l'Agence des droits fondamentaux (FRA), l'Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM), le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO), le réseau européen des migrations (REM), etc.) que nationaux, brouillant la distinction traditionnelle en droit entre la décision (Union) et l'exécution (État membre). Le phénomène de polycentrisme institutionnel, mis en évidence par les travaux relatifs à la gouvernance⁵, se caractérise par une complexification juridique (prolifération du « petit droit »⁶ produit, le cas échéant, par les agences elles-mêmes, et multiplication des formes de régulation atypiques).

¹ Docteur en droit, chercheur associé, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

² H.C.H. HOFMANN, A. MORINI, « Constitutional Aspect of the Pluralisation of the EU Executive through “Agencification” », *European Law Review*, vol. 37, 2012, p. 419-443.

³ Par exemple : M. BLANQUET, « Agences de l'Union européenne et gouvernance européenne », in J.-F. COUZINET (dir.), *Les agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, coll. Études de l'IREDE, 2002, p. 43-78 ; R. MEHDI, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de “l'agencisation” de l'Union – Quelques questions constitutionnelles », in Collectif, *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges Claude Blumann*, Paris, LGDJ, 2015, p. 693-707 ; O. DUBOS, « Les agences décentralisées : catégories juridiques et méandres de la gouvernementalité dans l'Union », in B. BERTRAND (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 127-148 ; É. DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 57, n° 3, 2017, p. 457 et s.

⁴ E. GUILD, « The complex relationship of asylum and border controls in the European Union », in V. CHETAIL, P. De BRUYCKER, F. MAIANI, (dir.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2016, p. 41.

⁵ R. RHODES, « What is new about governance and why does it matter ? », in J. MAYWARD, A. MENON (dir.), *Governing Europe*, Oxford, OUP, 2003, p. 61-73.

⁶ S. GERRY-VERNIÈRES, « Délimitations : les figures du “petit droit” », in E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Paris, Mare & Martin, coll. Droit & Science Politique, 2016, p. 95-107.

L'objectif de cet article est d'illustrer, à travers l'exemple des centres de gestion de crise, ou *hotspots*, la manifestation de ce polycentrisme institutionnel. L'établissement de ces centres est effectué sur la base de l'art. 78 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui dispose qu'« au cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés ». Suite à la crise migratoire de 2015, le Conseil européen a décidé, le 23 avril 2015, d'apporter une réponse commune sous la forme de répartition d'urgence entre États membres d'une partie des demandeurs d'asile. Le principe de cette répartition, dénommée « relocalisation », a été validé par un autre Conseil européen, celui des 25 et 26 juin 2015. Quant aux *hotspots*, ils constituent un moyen de concentrer les capacités disponibles de l'Union, en particulier celles des agences européennes pour venir en aide aux États en première ligne. Une note explicative de la Commission précise à ce propos qu'il s'agit de plates-formes d'aide multi-agences, fonctionnant selon une approche de soutien à la fois globale et ciblée : globale en prenant en compte tous les aspects du processus de relocalisation, de l'enregistrement du migrant à l'audition en vue de la sélection des migrants éligibles au programme de relocalisation, en passant par la coordination des opérations de retour lorsque leur demande d'asile est jugée infondée, et ciblée dans la mesure où il s'agit d'un appui localisé (au sein des centres) autour d'opérations préalablement définies⁷.

Ces *hotspots*, chargés de gérer la crise générée par l'afflux massif de migrants clandestins, sont un exemple du phénomène d'agenciarisation. Ils illustrent aussi les procédés issus de la nouvelle gouvernance à l'œuvre. Agenciarisation et nouvelle gouvernance ne sont pas incompatibles, bien au contraire. L'agenciarisation est en effet un phénomène qui s'inscrit au sein d'un mouvement plus vaste, celui de polycentrisme institutionnel, qui est lui-même englobé dans le processus de nouvelle gouvernance (I). La multiplication des techniques dérivant de cette nouvelle gouvernance dans le domaine migratoire, inhérente à ce processus de polycentrisme institutionnel, est un « phénomène dans le phénomène »⁸ de mutation de la méthode communautaire – une méthode non pas dépassée, mais réinventée⁹, car ayant absorbé certaines techniques issues de la nouvelle gouvernance –, caractérisée par la création de structures assurant un mécanisme de coordination verticale (entre l'Union et les États membres à travers des enceintes rassemblant des experts nationaux) et de coordination horizontale entre les institutions européennes¹⁰.

7 Commission européenne, note explicative de l'approche « Hotspot », 2015, <<http://www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf>>.

8 M. BLANQUET, « L'appropriation par la Communauté européenne des impératifs de sécurité », in M. NICOD (dir.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ? (actes du colloque des 19 et 20 octobre 2006)*, Paris/Toulouse, LGDJ/Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2008, p. 216.

9 R. DEHOUSSE, « Conclusion: Obsolete or Obsolete? », in R. DEHOUSSE (dir.), *The « Community Method », Obsolete or Obsolete?*, Londres, Palgrave, coll. Palgrave Studies in European Union Politics, 2011, p. 199-226.

10 M. SCHAPIRO, « Independent agencies », in P. CRAIG, G. De BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 119.

Sur le plan juridique, le droit dit « néomoderne »¹¹ apparaît comme l'expression singulière de la nouvelle gouvernance (II). En ayant recours abondamment au droit mou, celle-ci questionne la normativité classique et les *hotspots* constituent un exemple. Cependant, et c'est toute la spécificité du droit néomoderne, *hard* et *soft law* s'articulent pour assurer une réponse la plus efficace aux objectifs fixés dans le cadre des politiques menées. En effet, il convient de noter que les dynamiques institutionnelles relatives à la nouvelle gouvernance et des formes de régulations juridiques atypiques émergentes ne doivent pas occulter des modes d'action plus classiques concernant la politique migratoire européenne. L'hypothèse émise dans cet article a trait au fait que cette théorie du droit néomoderne offre une grille d'analyse pertinente pour comprendre, dans la formulation de la réponse à la crise initiée par un afflux massif de migrants aux frontières extérieures de l'Union, non seulement le recours régulier à la *soft law* et le choix du polycentrisme institutionnel, mais aussi l'usage non négligeable d'une régulation plus traditionnelle. Le droit néomoderne, en tant que droit constitutif de la politique migratoire européenne, combine en effet cette régulation traditionnelle fondée sur le respect des procédures décisionnelles prévues dans le droit primaire à une régulation plus atypique, en marge de telles procédures décisionnelles.

Les *hotspots* constituent à cet effet une forme de régulation juridique innovante fondée sur du droit mou dans un environnement juridique composé de droit contraignant. À cet égard, la souplesse juridique de ces *hotspots*, visant à alléger le poids généré par les flux de migrants qui exercent une pression forte sur les régimes d'asile des pays de première ligne, permet d'adapter la réponse de l'Union en fonction des besoins du moment. La vocation de tels *hotspots* est réévaluée selon des considérations postérieures à leur création. Ainsi, d'autres objectifs, notamment la lutte contre la fraude documentaire et celle contre les passeurs, viennent ajuster les missions de ces centres de gestion de crise. Or, ces impératifs, tout comme les différents objectifs poursuivis par la politique migratoire européenne, requièrent une réponse appropriée et le droit est un moyen d'y parvenir. Le droit de la politique migratoire, en tant que droit néomoderne, assure l'ajustement des mesures déployées à ces objectifs politiques. Pour autant, ce droit néomoderne, en tant qu'ensemble de régulation juridique dynamique, n'est pas un outil servile. Droit et politique interagissent, si bien que les politiques publiques s'insèrent dans le cadre d'un système de normes juridiques qu'elles concourent à façonner.

I. L'encastrement du phénomène d'agenciarisation dans la dynamique globale de la nouvelle gouvernance

La politique migratoire européenne est marquée par un rôle prééminent des agences européennes. Il est possible de citer dans ce « bouquet d'agences »¹², CEPOL, EU-Lisa, Frontex, Eurojust et Europol. Il importe de mentionner également comme agence JAI, FRA et EASO. La construction européenne se caractérise à cet égard par un phénomène d'« agencification »¹³, c'est-à-dire l'émergence de

11 C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 26, 1999.

12 M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011, p. 102.

13 Sur ce concept, voir C. POLLIT, K. BATHGATE, J. CAUFIELD, A. SMULLEN, C. TALBOT, « Agency forever ? Analysis of an international policy fashion », *Journal of Comparative Policy Analysis*, vol. 3, n° 3, 2001, p. 271-290.

nouvelles agences comme mode de gouvernance de l'Union européenne. Ce recours aux agences est l'expression d'un polycentrisme institutionnel (A). La mécanique européenne tend à devenir désormais extrêmement décentralisée¹⁴. Ce mouvement d'agenciarisation correspond dès lors à une forme de gouvernance décentralisée. Les *hotspots* illustrent ce polycentrisme institutionnel prenant les traits d'une gouvernance en réseau (B).

A. Le polycentrisme institutionnel ou la manifestation d'une gouvernance en réseau

Le droit européen connaît une multiplication des textes instituant de nouvelles agences et étendant les compétences de celles existantes. Or cette évolution s'inscrit dans la perspective de l'approfondissement de l'intégration européenne. L'Union étend sa sphère de compétence en matière d'exécution matérielle. Elle le fait par le truchement de ces agences européennes dont le nombre est croissant. Quant aux agences compétentes en matière migratoire, à l'instar des agences européennes en général, elles témoignent d'une transfiguration inédite de l'action communautaire. La centralisation de l'action opérationnelle dans le chef de celles-ci marque l'immixtion progressive et constante du droit communautaire dans l'exécution matérielle des règles législatives¹⁵.

Les agences européennes effectuent à cet égard une « captation des compétences »¹⁶ nationales, offrant à l'Union des compétences d'exécution directe. Et une telle captation est progressive, de même que l'autonomie qu'elles acquièrent. Elle s'opère de manière incrémentale, par « petits pas »¹⁷, en écho à l'approche néofonctionnaliste de l'intégration européenne. L'évolution progressive de Frontex vers un Corps européen de garde-frontières, fondé sur un règlement de septembre 2016¹⁸, est une illustration caractéristique des avancées¹⁹. Le règlement instituant ce Corps apporte peu d'innovation²⁰. Il s'inscrit dans une logique de gestion des frontières qu'il contribue à faire perdurer. Il reste qu'il constitue, de par certaines modifications substantielles au regard des textes précédents, un pas supplémentaire dans le processus d'intégration²¹. De surcroît, il offre de nouvelles marges de manœuvre pour permettre à Frontex, à l'image d'Europol en matière policière, de renforcer sa place centrale dans le projet de gestion intégrée des frontières extérieures²².

14 J.-L. SAURON, « Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif, 2^e éd., 2014, p. 401.

15 C'est d'ailleurs la thèse centrale d'Yves Pascouau : Y. PASCOUAU, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, n° 34, 2010, p. 665.

16 M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON, *op. cit.*, p. 103.

17 P. HOBGING, *The tools called to support the « delivery » of freedom security and justice : a comparison of border security systems in the EU and in the US*, Études du Parlement européen, DG des politiques internes, Département C, 2009, p. 4.

18 Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil (JOUE n° L 251 du 16 septembre 2016, p. 1).

19 P. DE BRUYCKER, « The European Border and Coast Guard: A new model built on an old logic », *European Papers*, vol. 1, n° 2, 2016, p. 559-569, <<http://europeanpapers.eu/fr/e-journal/european-border-and-coast-guard-new-model-built-old-logic>>.

20 H. ROSENFELDT, « Establishing the European Border and Coast Guard: all-new or Frontex reloaded? », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 octobre 2016, <<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/10/establishing-european-border-and-coast.html>>.

21 J. RIJPMAN, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, Études du Parlement européen, DG des politiques internes, Département C, 2016, p. 5.

22 D. RITLÉNG, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 57, n° 3, 2017, p. 437 (p. 10 du doc. en ligne à l'adresse : <http://www.dalloz.fr/>).

Ce mouvement de captation se caractérise aussi par une mutation du processus décisionnel de l'Union. L'importance prise par les agences de l'Union correspond à une transformation de l'action publique. Celle-ci suit de nouvelles finalités et de nouveaux objets, ce qui conduit l'Union à se doter de nouveaux outils²³. La transformation de cette action serait la traduction d'un glissement du mode de gestion politique sous la forme du gouvernement à celui de la gouvernance²⁴. Et un tel mouvement est observable depuis la fin des années 1990 à l'échelle de l'Union, caractérisé par l'émergence de structures disposant d'un certain degré d'indépendance vis-à-vis des institutions européennes²⁵. L'autonomisation s'opère alors par l'extension des compétences opérationnelles de ces agences. Dans son livre blanc du 25 juillet 2001, la Commission a promu le rôle des agences comme moyen d'améliorer la mise en œuvre du droit de l'Union. Celles-ci présentent un ensemble d'avantages. Elles permettent notamment d'accroître la visibilité de l'Union, de « donner chair »²⁶ à son action et de renforcer la légitimité de son intervention en créant des pôles d'expertise.

Inspirées de la théorie du New Public Management (NPM)²⁷ exerçant une « influence grandissante »²⁸ sur la régulation juridique européenne, les agences européennes seraient une nouvelle forme de pilotage de l'action publique sous un prisme libéral, caractérisé par davantage de délégation et d'autonomie des structures. Ce mouvement d'agenciarisation correspondrait dès lors à une forme de gouvernance décentralisée. Dans cette optique, la construction européenne ne constitue pas une entité surplombante des États. Elle les pénètre en altérant leur composition²⁹. Ce processus d'hybridation Union-État se caractérise par le développement de réseaux. Rompant avec l'approche classique du transfert vertical des compétences, cette conception réticulaire signifie un transfert horizontal de compétences par l'entremise d'agences disposant d'un degré d'autonomie élevé. Ces agences interviennent dans le champ de l'exécution matérielle, qui est un domaine traditionnellement dévolu aux États. Dans cette perspective d'autonomie marquée des structures européennes, les agences européennes possèdent davantage de prérogatives tout en s'affranchissant de la tutelle des États membres³⁰.

23 M. BLANQUET, « Agences de l'Union européenne et gouvernance européenne », *op. cit.*, p. 52.

24 R. DEHOUSSE, « Regulation by Network in the European Community : the Role of European Agencies », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 246-261 ; J. CHEVALLIER, « Agencification et gouvernance », in Conseil d'État, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, Rapport public du Conseil d'État, Études et documents, n° 63, 2012, p. 239-250.

25 E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER (dir.), *op. cit.*, p. 60.

26 I. MULLER-QUOY, « L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », in J.-F. COUZINET (dir.), *op. cit.*, p. 16.

27 Voir à ce propos C. HOOD (1995), « The «New Public Management» in the 1980s : Variation on a Theme », *Accounting, Organization and Society*, vol. 20, n° 2-3, p. 93-109 ; T. CHRISTENSEN, P. LÆGREID (dir.), *New Public Management. The Transformation of Ideas and Practice*, Aldershot, Ashgate, 2001 ; J. A. G. EWALT, « Theories of Governance and New Public Management: Links to Understanding Welfare Policy Implementation », Document préparé pour la présentation de la Annual Conference of the American Society for Public Administration, Newark, 12 mars 2001, <<http://unpan1.un.org>> ; B. PETERS, « Nouveau Management Public », in L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2^e éd., 2006, p. 306-312. Pour une bibliographie complémentaire, voir A. VAN WAEYENBERGE, *Les nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne. Évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, Larcier, coll. Études, 2015, p. 65, note n° 292.

28 A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 65.

29 Frontex en est une illustration : « Le recours à une agence investie de missions à la fois de coordination et de substitution, de nature à la fois indépendante et intergouvernementale, dotée d'un corps de fonctionnaires à la fois européens et nationaux, est une illustration de la recherche d'un modèle hybride d'administration qui ne soit ni pleinement directe ni totalement indirecte, engendrant une forme complexe de confusion entre les niveaux nationaux et européen dans l'exercice des fonctions exécutives » (É. DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », *op. cit.*, p. 3 du doc. en ligne à l'adresse : <http://www.dalloz.fr/>).

30 J.-F. COUZINET, « Agences et compétences des États et de l'Union », in J.-F. COUZINET (dir.), *op. cit.*, p. 36.

Les agences apparaissent comme des « outils d'externalisation maîtrisée »³¹ destinés à dépasser les cloisonnements sectoriels. En effet, elles s'inscrivent dans des réseaux administratifs sectoriels composés d'administrations nationales et européennes³². Leur développement est alors, pour certains auteurs, l'expression d'une forme de réseaux d'administrations coordonnées³³, voire la manifestation d'une forme de gouvernance multiniveaux³⁴.

En suivant l'analyse d'Adam Svendsen, il est possible de considérer que la coopération policière est la manifestation de cette gouvernance multiniveaux³⁵. Europol constitue à ce propos l'illustration d'un réseau d'administrations policières coordonnées à l'échelle de l'Union. La complexité de l'office européen de police tient au fait qu'elle se trouve au centre d'un réseau complexe de renseignement³⁶. Si la question de son statut est clarifiée, au sens où il s'agit d'un organisme dont le régime est aligné sur celui des autres agences européennes, il est possible de considérer, au regard du point de vue développé par Mathieu Deflem, que Europol est moins un organe supranational, qu'un réseau coopératif international chargé de coordonner les autorités policières des États membres³⁷. Un certain degré d'intergouvernementalisme est conservé, mais l'opposition traditionnelle entre méthode communautaire et méthode intergouvernementale est rejetée. Une telle opposition n'apparaît en effet plus pertinente pour rendre compte des rapports étroits entre ces autorités nationales entre elles et avec les agents d'Europol, en premier lieu les analystes de l'office.

Si la coopération policière apparaît comme la manifestation d'une gouvernance multiniveaux, dans la mesure où différents réseaux se superposent et s'enchevêtrent, il en est de même concernant l'Europe du renseignement. Il s'agit d'une mosaïque de réseaux, composée d'un grand nombre d'accords qui se superposent et d'entités dont les collaborations sont fluctuantes³⁸. Les efforts menés après les attaques du 11 septembre ont consisté à structurer les différents réseaux à travers différents procédés comme l'envoi et l'échange d'officiers de liaison, l'élaboration de *task forces* et la signature d'accords interagences³⁹. Or c'est exactement cette même démarche que l'on retrouve concernant les *hotspots* : il s'agit d'une gestion concertée d'un problème donné à travers des actions en commun et une coordination mutuelle accrue visant à fluidifier cette collaboration ainsi que le partage de renseignement. Ces *hotspots* apparaissent comme un exemple de ce phénomène de polycentrisme institutionnel.

31 M. BLANQUET, « Agences de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 49.

32 *Ibidem*, p. 59 ; M. SCHAPIRO, « Independent agencies », in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (dir.), *op. cit.*, p. 119 ; E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER (dir.), *op. cit.*, p. 54.

33 R. RHODES, « What is new about governance and why does it matter ? », in J. MAYWARD, A. MENON (dir.), *Governing Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 61-73.

34 L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level governance and European integration*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2001 ; « Types of Multi-Level Governance », *Les Cahiers européens de Sciences Po*, n° 3, Paris, 2002.

35 M. DEN BOER, « Toward a governance model of police cooperation in Europe: The twist between networks and bureaucraties », in F. LEMIEUX (dir.), *International police cooperation. Emerging issues, theory and practice*, Cullompton, Willan Publishing, 2010, p. 46.

36 A. D. M. SVENDSEN, « On a "continuum with expansion" ? Intelligence cooperation in Europe in the early 21st century », in S. LÉONARD, C. KAUNERT (dir.), *European security, terrorism and intelligence: tackling new security challenges in Europe*, Londres, Palgrave MacMillan, 2013, p. 202.

37 M. DEFLEM, « Europol and the policing of international terrorism : Counter-terrorism in a global perspective », *Justice Quarterly*, vol. 23, n° 3, septembre 2006, p. 340.

38 A. D. M. SVENDSEN, *op. cit.*, p. 201.

39 P. GILL, « Les nouveaux développements des réseaux de sécurité et de renseignement », in D. BIGO, L. BONELLI, T. DELTOMBE (dir.), *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve du terrorisme*, Paris, La Découverte, coll. Cahiers libres, 2008, p. 109.

B. Les *hotspots* comme illustration d'une forme de gouvernance polycentrique

Les *hotspots* sont un exemple de projet concret mis en œuvre dans le cadre de la politique migratoire européenne, au sein duquel se déroule la coordination entre certaines de ces agences. Pour approfondir les propos introductifs à ce sujet, l'approche dite « hotspot » consiste à instaurer des centres de crise destinés à identifier, parmi les ressortissants de pays tiers, ceux ayant besoin d'une protection internationale spécifique. Plus exactement, la Commission souligne qu'elle entend, avec ces dispositifs, concrétiser le mécanisme de relocalisation des demandeurs d'asile⁴⁰. Les *hotspots* visent donc à participer à la mise en œuvre d'un programme de relocalisation avancé par le Conseil européen des 27 mai 2015 et du 9 septembre 2015. Il s'agit d'apporter une réponse à une situation d'urgence à laquelle doivent faire face la Grèce et l'Italie. Ce programme, dont les *hotspots* apparaissent comme une modalité de réalisation, est destiné à rendre effectif le principe de solidarité tel qu'évoqué à l'art. 80 TFUE. Un tel programme a pour objectif d'assurer la relocalisation de 40 000 ressortissants syriens et érythréens arrivés sur les côtes grecques et italiennes.

L'approche *hotspot* a été évoquée par la Commission dans son agenda sur les migrations de 2016. Elle a été mentionnée auparavant dans une étude de faisabilité⁴¹. Selon Lilian Tsourdi, pour la première fois, un cadre collaboratif a été clairement établi dans le domaine migratoire⁴². Au-delà, les *hotspots* constituent un maillon essentiel de la gestion de la crise migratoire observée en Méditerranée centrale et orientale en 2015 et en 2016. Concrètement, les agences impliquées dans ce dispositif sont amenées à apporter un soutien aux autorités nationales, notamment en matière d'identification des personnes ayant besoin d'une protection : des agents d'EASO facilitent le processus d'examen de la demande d'asile déposée par les ressortissants de pays tiers arrivant sur le sol européen. Ils assurent l'entretien des requérants et prennent part au processus de relocalisation. Quant aux agents de Frontex, ils réalisent les opérations de filtrage, le contrôle des documents, de même que le relevé des empreintes digitales et l'enregistrement, ainsi que la coordination des opérations de retour des demandeurs d'asile déboutés. Pour ce qui est d'Europol, il participe à l'identification des filières de passeurs de migrants à travers les auditions menées et les renseignements collectés *in situ*. En parallèle, l'office a lancé, en février 2016, son centre de lutte contre le trafic de migrants (European Migrant Smuggling Centre (EMSC)) visant à centraliser ces renseignements aux fins d'appui fourni aux États membres dans leurs enquêtes contre ces filières. De tels renseignements alimentent également la production analytique mise à leur disposition, dans le but d'obtenir une image globale des phénomènes et des groupes criminels à l'œuvre.

Les représentants des agences concernées sont présents dans les différents *hotspots* créés, de même que dans le centre de coordination, l'EU Regional Task Force (EURTF). Deux d'entre eux ont été mis en place, l'un en Italie (Catane) et l'autre au Pirée (Grèce). Outre les membres de Frontex, d'EASO

40 Commission européenne, Factsheet « The hotspot approach to managing exceptional migratory flows », 8 September 2015.

41 Unisys, *Study on the feasibility of the creation of a European System of Border Guards to control the external borders of the Union* ESBG, Final Report, Version 3.00, 16 June 2014.

42 L. TSOURDI, « Hotspots and EU Agencies: Towards an integrated European administration ? », *Eumigrationlawblog*, 26 janvier 2017, <<http://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-eu/>>.

et d'Europol, des représentants des autorités italiennes ainsi qu'une autre agence européenne sont présents. Il s'agit de l'unité de coopération judiciaire Eurojust. Cette dernière a nommé des points de contact dédiés au sein de chaque centre de gestion de crise⁴³. Le rapport annuel d'activité de cette agence, publié en 2016, souligne à ce sujet que celle-ci soutient les États membres confrontés au défi de l'afflux de migrants aux frontières dans le cadre de leurs activités menées au sein de ces *hotspots*. L'appui est apporté *via* leurs bureaux nationaux (National Desks) de l'unité de coopération judiciaire. Ainsi, il existe des contacts étroits menés entre les autorités nationales impliquées et les représentants de l'agence déployés physiquement, mais aussi entre elles et le quartier général (QG) desdites agences. Par exemple, la collaboration entre ces autorités et Europol s'opère par le canal des Unités nationales Europol (UNE), qui assurent la liaison entre les bureaux de l'office Europol et ces autorités nationales.

Cette collaboration verticale, c'est-à-dire entre agences et autorités nationales, se double d'une collaboration horizontale, à savoir entre agences elles-mêmes, et ce, en vertu des divers accords signés entre elles. Il s'agit en effet d'une collaboration inter-agences destinée à appuyer les administrations nationales. Sur le plan juridique, les *hotspots* reposent un texte non contraignant, à savoir la note explicative précitée émise par l'une des directions générales de la Commission européenne, la DG Home, le 15 juillet 2015, les principes ayant été réitérés par la suite dans une annexe d'une communication de la Commission⁴⁴. À l'époque, le Commissaire européen à l'immigration a fait parvenir une feuille de route aux deux pays concernés, la Grèce et l'Italie, cette feuille ayant été élaborée avec le soutien de Frontex et EASO notamment.

Ces efforts semblent payer si l'on en croit la Commission. Outre la réduction du nombre de migrants arrivés sur les côtes européennes, elle note que « des progrès significatifs ont été accomplis pour ce qui est d'éliminer les principaux goulets d'étranglement mis en évidence par le passé »⁴⁵. Ces agences ont notamment pris part à la réunion *ad hoc* des points de contact nationaux relative à la relocalisation, qui a eu lieu à Rome le 15 septembre 2016. La coordination se réalise à ce sujet entre les agences, mais pas seulement. Elle implique la Commission ainsi que les États membres. Ainsi, concernant la relocalisation, un travail de coordination multilatérale a été mené entre les autorités italiennes et Europol, qui ont conclu un accord au sujet des contrôles de sécurité complémentaires mis en place lors du mécanisme de relocalisation. L'objectif était d'assurer une fluidité de ce mécanisme (par exemple garantir une réponse rapide des États membres aux demandes de relocalisation) en préservant un niveau de sécurité élevé⁴⁶. Concrètement, il s'agit d'inclure Europol dans le processus d'échange des empreintes digitales et dans les entretiens de sécurité supplémentaires (ainsi qu'EASO par ailleurs, pour l'organisation d'entretiens destinés à identifier certains motifs invoqués de nature

43 M. CONINSX, « Eurojust, une réponse judiciaire plus solide que jamais de l'Union européenne », *Cahiers de la sécurité et de la justice*, vol. 38, n° 4, 2016, p. 78.

44 D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, « On the frontline: the hotspot approach to managing migration », Parlement européen, Étude, PE 556.942, mai 2016, p. 26.

45 Communication de la Commission du 28 septembre 2016 intitulée « Sixième rapport sur la relocalisation et la réinstallation » (COM (2016) 636), p. 5. Ce constat a été réitéré par la Commission dans son bilan sur l'agenda européen des migrations (communication du 29 septembre 2017 (COM (2017) 558)).

46 Communication de la Commission du 8 décembre 2016, intitulée « Huitième rapport sur la relocalisation et la réinstallation » (COM (2016) 791), p. 13.

à entraîner l'exclusion du bénéfice de la protection). Cette coordination de grande ampleur, qui déborde le seul cadre de la coordination interagences, est l'illustration que la nouvelle gouvernance et ses techniques ont pénétré, en partie du moins, la politique migratoire européenne.

II. Le droit néomoderne, expression singulière de la nouvelle gouvernance

Les *hotspots* constituent une illustration de la nouvelle gouvernance (A). Celle-ci renvoie à l'idée d'intégration européenne dans la perspective de pouvoirs partagés, d'interdépendance et de coordination, bien plus que la souveraineté et la hiérarchie⁴⁷. Elle correspond aussi à des régulations juridiques atypiques. Cette régulation diversifiée tend à battre en brèche l'approche du droit européen qui appréhende le droit comme un ensemble hiérarchisé et articulé autour de l'impératif de cohérence interne⁴⁸. Les *hotspots* sont donc un exemple de ce droit de la nouvelle gouvernance. Il est possible d'aller plus loin dans l'analyse en considérant qu'ils incarnent, ou incarneraient, puisque c'est l'hypothèse avancée, un droit européen de facture néomoderne.

A. Les *hotspots*, exemple de la nouvelle gouvernance européenne

Le recours à des agences dans le domaine de la politique migratoire européenne constitue une caractéristique de la nouvelle gouvernance. Cette dernière insiste sur l'importance de la *soft law* dans le processus décisionnel, sur la volonté de consensus et de coordination, sur le partage d'expérience et sur le traitement pragmatique des problèmes⁴⁹. Elle est fondée sur les préceptes de la gouvernance : un pilotage multi-acteurs et multiniveaux notamment⁵⁰. Quant à la MOC (méthode ouverte de coordination), elle est archétypique de la nouvelle gouvernance. Toutefois, ses idées ont largement dépassé le périmètre de la MOC, à savoir les domaines socio-économiques, pour s'étendre à d'autres politiques de l'Union⁵¹. Il est possible de considérer en effet que le phénomène de *governance turn* dépasse le champ couvert par la stratégie de Lisbonne, tel que défini par le Conseil européen en 2000, pour s'étendre à de nouvelles sphères, en particulier la politique migratoire.

La nouvelle gouvernance se manifeste donc par une multiplicité d'acteurs. Or, la politique migratoire européenne est caractéristique, à travers les *hotspots*, de cette nouvelle gouvernance à l'œuvre. Outre les agences européennes précitées ainsi que les autorités nationales compétentes, il est possible de mentionner l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) et le Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés (HCR) dont certains représentants sont dépêchés sur place. Ces deux organismes ont également participé à cette réunion *ad hoc* des points de contact

47 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 73-76.

48 S. DE LA ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Travaux du CERIC, 2007, § 45.

49 I. BRUNO, S. JACQUOT, L. MANDIN, « L'europanisation saisie par son instrumentation : benchmarking, gender mainstreaming et MOC... boîte à outils ou boîte de Pandore ? », in B. PALIER, Y. SUREL *et al.* (dir.), *L'Europe en action. L'europanisation dans une perspective comparée*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2007, p. 195.

50 J.-P. GAUDIN, « La gouvernance, nouvelle conception du pouvoir ? », in J.-V. HOLEINDRE (dir.), *Le pouvoir. Concepts, Lieux, Dynamiques*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 354.

51 C. SCOTT, « Governing without Law or Governing Without Government ? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU », *European Law Journal*, vol. 15, n° 2, 2009, p. 164.

nationaux relative à la relocalisation, qui s'est tenue à Rome le 15 septembre 2016. Les institutions européennes sont parties prenantes au processus. Cette réunion a été présidée conjointement par elle ainsi que les autorités italiennes.

Une telle multiplication des acteurs s'illustre dans le contexte dans lequel est mise en œuvre cette politique. En effet, la gestion des *hotspots* ne s'effectue pas en vases clos. Divers acteurs sont amenés à interagir, par exemple le Coordinateur européen pour la lutte antiterroriste ou bien l'OTAN. Des collaborations ont lieu en Méditerranée orientale notamment : des forces navales nationales assurent, depuis février 2015, des patrouilles en mer Égée pour apporter un soutien dans la gestion de la crise des réfugiés et lutter contre l'immigration clandestine. Frontex collabore avec ces forces navales ainsi que les capacités de l'Atlantique nord mobilisées dans le cadre de cette opération, ou bien en réalisant un échange de renseignement aux fins de lutte contre les passeurs. Un protocole d'accord a d'ailleurs été signé en mars 2016 entre l'OTAN et Frontex qui, au demeurant, fournit une assistance technique à la Grèce dans le cadre de l'opération Poséidon. Cette opération Poséidon correspond à une opération conjointe à large spectre visant à la fois à lutter contre le trafic de migrants, mais aussi le trafic d'armes et de faux documents. Elle est menée en complément à une opération spécifique de l'OTAN, *Sea Guardian* ayant été lancée quant à elle le 8 novembre 2016. Une coopération Frontex-OTAN a lieu en matière d'échange de renseignement, contribuant à réduire le nombre de flux de migrants et à désorganiser les filières de passeurs clandestins⁵².

La nouvelle gouvernance implique par définition de nombreux protagonistes, y compris des organismes et pays tiers. Elle se fonde, comme il l'a été dit, sur un pilotage multi-acteurs certes, et mais aussi multiniveaux. Il s'agit de faire en sorte que les acteurs concernés se coordonnent effectivement. Sur le terrain, cet effort est réalisé par les représentants des agences dans les différents *hotspots*. Une coordination est effectuée à l'échelle nationale au sein de l'EURTF. Il s'agit de compléter par des mécanismes de coordination informelle au sein de chacun des *hotspots*. Il n'existe pas à proprement parler de lien de subordination hiérarchique. Ainsi, chaque agence s'efforce de collaborer avec les autres, soit de manière informelle, soit dans le cadre des accords interagences. C'est le cas du protocole d'accord existant, régissant la coopération entre Eurojust et Frontex permettant notamment l'échange d'informations. Une telle collaboration est réalisée de manière bilatérale ou bien à un niveau supérieur, en vertu du plan d'action de 2013 relatif à une coopération entre elles dans le domaine JAI, et des priorités communes définies à cet effet⁵³.

À l'échelle institutionnelle, la Commission – dans le cadre de son agenda sur les migrations, ou dans sa communication instituant un programme européen spécifique en matière de retour⁵⁴ – ou bien le Conseil – dans le contexte des conclusions qu'il adopte, par exemple celles du 10 mars 2016 concernant la lutte contre les filières de migrants clandestins – dressent un cadre général au sein

52 M. E. ARGANO, « A stronger NATO means a stronger Europe. Sea Guardian and Operation Sophia together », EU LOGOS, 15 novembre 2016, <<https://europe-liberte-securite-justice.org/2016/11/15/a-stronger-nato-means-a-stronger-europe-sea-guardian-and-operation-sophia-together/>>.

53 Respectivement doc. du Conseil du 7 février 2013, n° 5022/13 et doc. du Conseil 9 février 2015, n° 5946/15, JAI 66, COSI 18.

54 Communication de la Commission du 9 septembre 2015, intitulée Plan d'action de l'UE en matière de retour (COM (2015) 453).

duquel opèrent ces agences. Les institutions européennes fournissent les orientations nécessaires à leur action. Pour reprendre l'exemple des conclusions de mars 2016, le Conseil invite « à renforcer leur coopération, en mettant plus particulièrement l'accent sur la synergie des activités de toutes les agences concernées et sur l'échange d'informations, par le recours au groupe de contact des agences de l'UE sur le trafic de migrants (en particulier Europol, Eurojust, Frontex, la FRA, le CEPOL et l'EASO) »⁵⁵. Toutefois, l'élaboration de ces textes se réalise avec le concours des agences qui sont consultées, ou bien qui élaborent des rapports, par exemple les rapports d'analyse de risque sur la base desquels sont définies ces orientations.

Ces textes élaborés à l'échelle de l'Union destinés à conférer aux agences les orientations nécessaires à leur action constituent des documents programmatifs sécants. Les travaux menés dans les différents cadres, fraude documentaire, lutte antiterroriste, relocalisation, interopérabilité, ne sont en effet pas cloisonnés, au contraire. Ainsi, est-il de l'agenda européen sur les migrations, du plan d'action renouvelé en matière de retour et du plan d'action contre la fraude documentaire.

Les *hotspots* apparaissent, quant à eux, comme un microcosme cristallisant les préoccupations exprimées dans ces divers documents : faire face à l'afflux de migrants, assurer efficacement le retour des migrants devant être éloignés et lutter davantage contre le trafic de documents de voyage. La complexité de la politique migratoire tient au fait que ces documents de programmation tendent à se combiner. Ils se chevauchent et la question de la consultation systématique des fichiers JAI aux frontières extérieures de l'Union est un exemple. Le plan d'action renouvelé pour le retour préconise que les États membres saisissent immédiatement dans le SIS tous les titres de séjour ayant été retirés ou invalidés⁵⁶. Le plan d'action en matière de lutte contre les faux documents préconise, lui aussi, l'enregistrement systématique de tous les documents volés, perdus, détournés ou invalidés dans le SIS et suggère en outre, l'alimentation systématique des bases de données d'Interpol dans ce domaine (base SLTD). Or, cette suggestion fait elle-même écho aux travaux en matière d'interopérabilité des systèmes d'information JAI. Basée sur un constat du Conseil européen de décembre 2015, cette réforme de l'architecture européenne existante en matière de gestion de l'information a été lancée par une communication d'avril 2016⁵⁷. Elle entend résorber le phénomène de fragmentation des systèmes d'information JAI et faciliter l'emploi de ceux-ci par les services nationaux utilisateurs, notamment leur consultation simultanée. Sont concernés par la réforme engagée, le SIS II dont la refonte est lancée, le système PNR fondé sur la directive éponyme⁵⁸, DubliNet, le système d'entrée/sortie (EES) et le système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS). Les grandes lignes de ce projet opérationnel visant à surmonter le cloisonnement des différents systèmes d'information, dont seulement une partie a été évoquée, ont été validées par le Conseil lors de sa session du 9 juin 2017⁵⁹.

55 Doc. du Conseil du 10 mars 2016, n° 6995/16, p. 10.

56 Communication de la Commission du 2 mars 2017 relative à une politique de l'Union européenne plus efficace en matière de retour (COM (2017) 200).

57 Communication de la Commission du 6 avril 2016 intitulée « Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité » (COM (2016) 205).

58 Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière (JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 132).

59 Doc. du Conseil du 1^{er} juin 2017, n° 9448/17.

Cependant, ces travaux menés en matière d'interopérabilité tels que présentés ci-dessus ont un impact concret, en particulier dans le cadre des activités des *hotspots*, par exemple pour identifier plus rapidement des demandeurs d'asile considérés comme à risque pour la sécurité et l'ordre public⁶⁰. Ces différents textes évoqués sont porteurs d'agendas spécifiques qui s'entrecroisent. Il existe une diversification des priorités, en même temps que les textes programmatifs qui les évoquent. Il existe de surcroît des effets de convergence des agendas qui brouillent les frontières entre politiques, et qui se répercutent sur ces documents programmatifs, chacun évoquant le même sujet, mais sous des angles spécifiques, reflets de préoccupations propres. Par exemple, les thématiques relatives à la politique migratoire sont régulièrement abordées dans l'agenda terroriste, en particulier dans des conclusions du Conseil adoptées le 20 novembre 2015⁶¹. À la suite des attentats terroristes à Paris de novembre 2015 et de Bruxelles 2016, la Commission a constaté, dans un rapport d'avril 2016, relatif à la mise en œuvre de son agenda sur les migrations, que des terroristes sont (ou étaient supposés être) entrés clandestinement sur le territoire de l'Union en se mêlant au flux de migrants en ayant recours à des faux documents⁶². Ce constat l'a amené à préconiser d'une part, un travail plus approfondi d'EASO concernant les entretiens menés avec les demandeurs d'asile, et d'autre part, le contrôle systématique des bases de données. Une telle préconisation, qui consiste à faciliter les recherches simultanées dans le SIS et la base SLTD, fait écho à des mesures figurant dans d'autres documents programmatifs, en premier lieu ceux concernant l'interopérabilité des systèmes d'information.

Tous ces documents programmatifs sont interconnectés et les mesures préconisées pour la réalisation des objectifs fixés pour chacun d'eux interfèrent entre elles. Ces mesures, très diverses, revêtent parfois une dimension pragmatique, au sens où leur mise en œuvre ne requiert pas l'adoption d'un acte juridique. Certaines d'entre elles impliquent parfois seulement l'adoption de droit mou. Ainsi en est-il justement des *hotspots*⁶³.

La complexité de l'appréhension de la politique migratoire européenne réside dans le fait qu'elle est composée, en partie du moins, des actions concrètes et des normes de *soft law* qui se superposent.

60 En effet, les centres de gestion de crise s'apparentent à des centres de tri destinés à répartir les migrants en fonction de diverses catégories : migrants économiques à expulser, « authentiques » réfugiés à protéger et criminels ou terroristes potentiels à identifier et à surveiller (J. RIJMA, *The proposal for a European Border and Coast Guard*, op. cit., p. 9-10).

61 Doc. du Conseil du 25 novembre 2015, n° 14406/15. Il est ainsi préconisé « dans le contexte de la crise migratoire qui sévit actuellement, [de] procéder à l'enregistrement systématique, y compris au relevé d'empreintes digitales, des ressortissants de pays tiers entrant illégalement dans l'espace Schengen, qu'il s'agisse de migrants ou de demandeurs de protection internationale, effectuer des contrôles de sécurité systématiques en utilisant les bases de données pertinentes, en particulier le SIS II, les bases de données d'Interpol, le VIS et les bases de données policières nationales, avec l'appui de Frontex et d'Europol, et faire en sorte que les "hotspots" soient équipés des technologies appropriées. Europol déploiera des agents invités dans les "hotspots" à l'appui du processus de filtrage, notamment en renforçant les contrôles de sécurité secondaires » (p. 3 du document).

62 Un tel constat conduit Europol à étendre ses capacités existant en matière migratoire, au terrorisme. La collecte de renseignement, notamment celle effectuée dans les *hotspots*, est utile pour lutter contre les filières de passeurs de migrants, mais aussi à des fins de lutte antiterroriste. Le coordinateur pour la lutte antiterroriste écrit à cet égard : « même si les frontières ne constituent qu'une partie de la solution en matière de sécurité, les lacunes dans le contrôle aux frontières entraînent des lacunes en matière de sécurité. L'émergence des combattants terroristes étrangers en tant que risque majeur pour la sécurité a fait ressortir la menace transfrontière et l'importance particulière de procéder à des vérifications complètes et efficaces aux frontières, y compris sur les citoyens de l'UE. Cela s'ajoute à des préoccupations plus générales selon lesquelles la lutte contre le terrorisme a été entravée par la capacité des terroristes à frapper par-delà les frontières, mettant en lumière les lacunes dans l'échange de renseignements essentiels » (doc. du Coordinateur pour la lutte antiterroriste intitulé : « Mise en œuvre du programme en matière de lutte contre le terrorisme défini par le Conseil européen » (doc. du Conseil du 20 décembre 2016, n° 14260/16)).

63 « Pour gérer correctement ces flux migratoires d'une ampleur exceptionnelle, il est impératif de réaliser des actions prioritaires dans cinq grands domaines : établir des centres de crise fonctionnels, mettre en œuvre le programme de relocalisation, garantir le retour effectif des migrants qui n'ont pas droit à une protection internationale, améliorer la gestion des frontières et créer des capacités d'accueil suffisantes et appropriées » (p. 2 du rapport d'avancement du 15 décembre 2015 sur la mise en place des centres de crise en Grèce (COM (2015) 678)).

C'est le cas de ces programmes d'action prenant la forme de réseau de documents programmatifs. La complexité de ce droit réticulaire serait une manifestation tangible de l'existence d'un droit néomoderne à l'échelle de l'Union.

B. Les *hotspots*, illustration d'un droit européen de facture néomoderne

Les *hotspots* reposent, on l'a vu, sur du droit mou. Une étude du Parlement européen fait remarquer qu'il n'existe pas de cadre juridique spécifique concernant ces centres de gestion de crise⁶⁴. Cette observation peut surprendre d'emblée, dans un domaine entièrement communautarisé. La propension au droit mou, qui rappelle les premières heures de la politique migratoire européenne sous l'empire du traité de Maastricht, peut néanmoins s'analyser au regard des thèses relatives à la nouvelle gouvernance. Jörg Monar note dans le domaine JAI en général, et en matière migratoire en particulier, un mouvement de flux et de reflux. D'un côté, il est possible d'observer, avec la communautarisation des piliers, une extension de la méthode communautaire à l'ensemble de la politique migratoire. De l'autre, il est possible de constater le mouvement inverse, à savoir une gouvernance alternative, qui tend à supplanter la méthode communautaire⁶⁵.

Or, la nouvelle gouvernance n'est pas un épiphénomène. Elle tend au contraire à constituer un mouvement majeur de la construction européenne. En tant que modèle alternatif, elle concurrence la méthode communautaire en constituant un laboratoire produisant des instruments juridiques innovants⁶⁶. Cependant, comme le note Arnaud Van Waeyenberge, la nouvelle gouvernance altère profondément la méthode communautaire en transformant sa substance. Autrement dit, les instruments et les modes de gouvernance élaborés en marge des traités se diffusent progressivement au sein de la méthode communautaire. Le clivage entre l'ancienne gouvernance et la nouvelle tend à se brouiller⁶⁷. Autrement dit, des techniques issues de la nouvelle gouvernance se mêlent à celles issues de l'ancienne, rendant le paysage juridique complexe à appréhender.

La politique migratoire européenne illustre ce phénomène. Elle s'apparente à un enchevêtrement de normes de droit non contraignant qui interagissent avec des normes de droit contraignant. Cette étude du Parlement européen observe ainsi que le déploiement des agents d'EASO et de Frontex destiné à fournir un soutien opérationnel aux autorités nationales est déterminé par les règlements respectifs des deux organismes. Les *hotspots* ne sont donc pas régis uniquement par du droit mou. À ce propos, les procédures sont mises en œuvre en vertu de normes de droit contraignant, qu'elles soient européennes (par exemple les directives européennes relatives au droit des réfugiés, notamment celles relatives aux procédures et à l'accueil⁶⁸) ou de droit national (une

64 D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, *op. cit.*, p. 29.

65 J. MONAR, « Deviations from and Alternatives to Community Method in Justice and Home Affairs », in R. DEHOUSSE (dir.), *The « Community Method »*, *op. cit.*, p. 132.

66 A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 27.

67 I. TÖMMEL, A. VERDUN (dir.), *Innovative Governance in the European Union: The Politics of Multilevel Policymaking*, Boulder, Lynne Rienner publishing, 2009.

68 Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (JOUE L 180, 29.6.2013, p. 60) ; directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (JOUE n° L 180 du 29 juin 2013, p. 96).

décision ministérielle grecque précise ainsi les modalités de la gestion journalière des *hotspots*). Cependant, il importe de noter que le droit contraignant est périphérique au sein de cet environnement juridique où se juxtaposent *hard* et *soft law*. Les deux cohabitent donc, mais, fait remarquable, la *soft law* n'est pas seulement complémentaire ou précurseur à la *hard law*. L'une et l'autre sont mises sur le même plan de manière à remplir les objectifs fixés dans le cadre de la politique migratoire européenne. Cette coexistence *hard* et *soft law* est l'illustration du phénomène constaté par François Ost et Michel Van De Kerchove : « traditionnellement, écrivent-ils, et en dépit des multiples limites que nos ordres juridiques ont toujours imposé au principe de la séparation des pouvoirs, s'est développée une conception essentiellement hiérarchique, linéaire et arborescente de la structure d'un système juridique. Largement intériorisée tant par les gouvernants que par les gouvernés cette conception a traditionnellement dominé – et domine souvent encore – la pensée juridique dans ses formes d'expression les plus diverses »⁶⁹. Or, notent-ils toujours, « sans jamais effacer entièrement l'horizon d'attente suscité par le modèle pyramidal ni infirmer radicalement la validité d'un tel modèle, comme certains l'ont suggéré, il apparaît clairement que les difficultés déjà observées n'ont fait que s'accroître au fil du temps et que la simplicité de ce modèle ne lui permet pas de rendre compte à lui seul de la complexité toujours croissante de la réalité juridique ».

La politique migratoire européenne illustre cet enchevêtrement d'un droit qui, sans être complètement horizontal, n'est plus entièrement vertical. S'opèrent en effet des phénomènes de « bouclages étranges » mis en évidence par ces deux auteurs, où le cadre juridique d'intervention des agences, comme Frontex, déterminé par un règlement de 2004 (tel que modifié par un règlement de 2011)⁷⁰, et à présent par le règlement de septembre 2016, est défini par un texte de *soft law*, en l'occurrence l'*IPCR concept note* qui lui-même, a vocation à compléter un texte de droit contraignant⁷¹. Ainsi que le fait remarquer une communication de la Commission, la crise migratoire a conduit à l'activation, le 9 novembre 2015, du dispositif intégré de l'UE pour une réaction au niveau politique dans les situations de crise (IPCR). Des « tables rondes » ont été mises en place, conformément au *Concept note*⁷². Or, ces tables rondes convoquées par la présidence du Conseil sont destinées à évaluer les faiblesses des dispositifs en place et les moyens d'y remédier, notamment les *hotspots*. C'est dans ce cadre qu'a été évoquée la question des contrôles de sécurité dans les *hotspots* impliquant le rôle de Frontex en la matière⁷³.

69 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, 2000, p. 1-92.

70 Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (*JOUE* n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1) ; règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (*JOUE* n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 1).

71 Respectivement doc. du Conseil du 24 mai 2012, n° 10207/12 et décision 2014/415/UE du Conseil du 24 juin 2014 concernant les modalités de mise en œuvre par l'Union de la clause de solidarité (*JOUE* n° L 192 du 1^{er} juillet 2014).

72 Voir p. 5 du *Concept note*.

73 Communication de la Commission du 14 septembre 2016 intitulée « Accroître la sécurité dans un monde de mobilité : améliorer l'échange d'informations dans la lutte contre le terrorisme et renforcer les frontières extérieures » (COM (2016) 602), p. 4.

Cet entrelacement de droit mou et de droit dur illustre les « bougés de la pyramide » tels que mentionnés par François Ost et Michel Van De Kerchove. Elle reflète aussi une normativité juridique qui tend à devenir plurielle⁷⁴. Dans son analyse de l'État post-moderne, Jacques Chevallier décrit le phénomène d'éclatement de la régulation juridique. Ce mouvement d'horizontalisation, lié à cette évolution vers un droit pluraliste, traduit l'idée que le schéma moniste ne rend plus compte de la réalité juridique actuelle⁷⁵. Un tel modèle du droit, distinct du droit traditionnel classique, se retrouve de diverses manières : propension pour l'élaboration de documents incitatifs, production immodérée d'actes hors nomenclature, interconnexion de textes de *soft law* (cf. réseau de documents programmatifs), disparition de la phase de la conception et de l'exécution, et surtout, production normative en marge des processus traditionnels, c'est-à-dire prévus par les traités.

La transposition de l'État post-moderne à l'Union européenne apparaît pertinente au regard des thèses relatives à la nouvelle gouvernance. Émergent des régulations juridiques qui ne correspondent plus aux paradigmes explicatifs usuels et qui s'écartent de la logique juridique classique⁷⁶. Ces régulations juridiques atypiques sont caractéristiques du droit dit « néo-moderne », transposition à l'échelle de l'Union du paradigme de l'« État incitateur ». Il s'agit d'un droit finalisé, c'est-à-dire orienté vers des objectifs de politique publique. Il correspond au droit de l'État propulsif. Ingénieur du social, écrit Charles-Albert Morand, ce type d'État se caractérise par une action qui elle-même, se singularise par sa forte teneur en *soft law*. La politique migratoire européenne est un exemple de forte concentration de *soft law*. Le droit mou, dont le volume est notable, est destiné à établir des programmes eux-mêmes nombreux.

Les institutions européennes tendent à définir les modalités de la politique dans ce domaine sous la forme de droit non contraignant. Il en est de même pour les orientations fixées concernant l'activité des agences. Les documents balisant leur action peuvent être considérés comme étant du droit mou. Les *hotspots* sont, eux aussi, l'illustration de cette régulation juridique mise en place à partir de normes de droit non contraignant.

Ces normes, qui s'imbriquent elles-mêmes dans d'autres, en premier lieu celles établissant différents programmes d'action, qu'il s'agisse de ceux ayant trait à la relocalisation, à la lutte anti-terrorisme ou à la lutte contre la fraude documentaire, sont consubstantielles au droit néomoderne. Autrement dit, le droit élaboré dans ce domaine illustre cet « État incitateur » existant à l'échelle européenne, dont la régulation juridique, de nature incitative, vise à réaliser des programmes finalisés, car orientés vers des buts définis par des politiques publiques⁷⁷.

74 Voir J. COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, p. 13-22.

75 J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société – série politique, 3^e éd., 2008, p. 123.

76 D. DOGOT, A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2013, p. 254.

77 C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 71-75.

Pour autant, et la remarque est d'importance, le droit contraignant trouve droit de cité dans la politique migratoire européenne. La permanence de *hard law*, abondante au demeurant, illustre une certaine résistance à ce phénomène d'érosion de la normativité traditionnelle. L'expansion de la normativité innovante, composée d'instruments qui ne relèvent pas de la nomenclature officielle de l'art. 288 TFUE trouverait ainsi une limite. Pour reprendre l'exemple des *hotspots*, la production de *soft law* ne doit pas masquer l'existence en arrière-plan, d'un droit contraignant, en premier lieu la décision du 22 septembre 2015. Ce texte, à l'origine du processus de relocalisation, souligne qu'« en vue de mettre en œuvre le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités, et compte tenu du fait que la présente décision constitue une nouvelle évolution des politiques dans ce domaine, il convient de veiller à ce que les États membres [...], assurent la relocalisation, depuis l'Italie ou la Grèce, de demandeurs ayant manifestement besoin d'une protection internationale »⁷⁸. Une telle décision revêt un caractère cardinal au sens où elle définit un ensemble de principes et procédures à suivre. Ainsi en est-il en matière de sécurité, puisqu'« il y a lieu de prendre en considération la sécurité nationale et l'ordre public tout au long de la procédure de relocalisation, jusqu'au transfert effectif du demandeur »⁷⁹.

Le droit contraignant est employé, et même largement. Cependant, il est sur-déterminé, car les normes juridiques constituent un moyen pour atteindre le résultat voulu par la politique migratoire européenne. Cette décision du 22 septembre 2015 doit se comprendre dans une telle perspective. Son adoption vise à concrétiser les orientations prises par le Conseil européen des 25 et 26 juin 2015, estimant qu'au regard de l'urgence de l'époque, un mécanisme de relocalisation temporaire était nécessaire.

La politique migratoire européenne mêle donc *hard* et *soft law*, selon des proportions diverses. Le recours à l'un ou à l'autre se fait en fonction des avantages comparés. Par exemple, concernant les *hotspots*, les institutions européennes ont privilégié le droit mou. Stéphane Gerry-Vernières note que ce petit droit, qui est un droit en marge du système officiel, présente certaines qualités⁸⁰. Ce sont précisément ces qualités, en particulier l'absence de contraintes formelles, qui ont été retenues pour la création des *hotspots*.

Le droit fait partie de la « boîte à outils » des institutions européennes en quête du « bon instrument »⁸¹. Pour comprendre la manière dont ces *hotspots* sont élaborés, il convient de se départir de la vision formaliste du droit. Les institutions européennes, en quête de l'instrument le plus pertinent, ont eu recours, le cas échéant, à un droit non officiel, c'est-à-dire non répertorié dans la nomenclature officielle. Il est possible de reprendre à cet égard les réflexions de Jean-Claude Thoenig qui note l'hétérogénéité de l'action normative. Celle-ci est susceptible de prendre autant la forme d'un système d'ordre sanctionné par le haut, mais pas toujours. Cependant, note-t-il encore,

78 Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (*JOUE* n° L 248 du 24 septembre 2015).

79 Considérant 36 de la décision.

80 S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012, p. 26.

81 P. LASCOUMES, L. SIMARD, « L'action publique au prisme de ses instruments », *Revue française de science politique*, vol. 61, n° 1, 2011, p. 8.

cette hétérogénéité est voulue par les acteurs qui voient dans le droit, qu'ils modèlent à l'envi, une ressource mobilisable davantage qu'une contrainte⁸². Le droit contraignant constitue à ce propos un levier parmi ceux existants pour parvenir aux objectifs fixés dans le cadre des politiques menées par l'Union européenne, en particulier la politique migratoire. Cette latitude est de nature à expliquer la variété des modes de gouvernance. La régulation juridique est diversifiée, car ces modes de gouvernance de l'action publique sont eux-mêmes pluriels⁸³. Bien entendu, la régulation juridique employée et composée de droit mou n'est pas dépourvue d'inconvénient. Les *hotspots* illustrent à ce sujet les problématiques soulevées par le recours au droit non contraignant. Si d'un côté, cette régulation composée de *soft law* présente l'avantage de la souplesse, elle possède, en parallèle, l'inconvénient, dans une certaine mesure, de l'opacité, notamment sur la manière dont le droit européen et le droit national s'articulent⁸⁴.

Cette diversification de la régulation juridique doit être mise en perspective avec un autre phénomène, à savoir une évolution de la rationalité juridique. Pour comprendre cette évolution, il importe de revenir sur la logique qui sous-tend la gouvernance, à savoir la procéduralisation de l'action publique. Le changement de rationalité se caractérise par l'abandon du formalisme, ou du moins, l'abandon de celui-ci lorsqu'il n'est plus utile pour remplir des objectifs qui sont extra-juridiques. La rationalité moderne, expliquent Jean De Munck et Jacques Lenoble, correspondait à un modèle selon lequel le processus de légitimation s'opérait à travers le respect de procédures préétablies⁸⁵. La rationalité post-moderne rejette, quant à elle, cette vision figée où la forme préexiste au fond. La forme est évolutive. Elle est en mutation constante, en s'adaptant à son environnement. L'élément central réside dans le processus d'apprentissage. Ces deux auteurs appellent « procéduralisation cognitive », l'instauration de mécanismes de nature à établir des procédures d'apprentissage visant à gérer des contextes de rationalité limitée. La légitimité des normes de droit adoptées ne dépend plus du respect des règles (par exemple, le droit entendu dans sa conception formaliste), mais elle est fonction de procédures souples, flexibles car ajustables en fonction des circonstances. Les normes de droit sont adoptées selon des procédures malléables, au gré des objectifs poursuivis. Leur légitimité est alors indirecte, car elle est fonction de leur capacité à répondre au mieux à ces objectifs. Autrement dit, le droit est soumis à l'impératif d'efficacité et sa légitimité est jaugée à sa performance, c'est-à-dire son aptitude à parvenir à remplir de manière efficace de tels objectifs⁸⁶.

82 J.-C. THOENIG, « L'usage du concept de régulation », in J. COMMAILLE, B. JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, vol. 24, 1998, p. 38.

83 L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, « Les nouveaux modes de gouvernance », in R. DEHOUSSE (dir.), *Politiques européennes*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 410.

84 D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, « On the frontline: the hotspot approach to managing migration », Parlement européen, Etude, PE 556.942, mai 2016, p. 29.

85 J. DE MUNCK, J. LENOBLE, « Les mutations de l'art de gouverner », in O. DE SCHUTTER, N. LEBESSIS, J. PATERSON (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Bruxelles, Commission européenne, coll. Les Cahiers de la cellule de prospective, 2001, p. 42.

86 Sur cette question de l'efficacité, voir notamment M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012 et notamment R. MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 295-330.

Quant au droit mou, il constitue, dans ce contexte, un moyen particulièrement approprié pour mettre en œuvre la réponse souhaitée face à une situation donnée. Libéré du carcan rigide de procédures codifiées ayant trait à son mode d'élaboration, il assure la fluidité des politiques dont il est un instrument privilégié. Ces politiques, mises en œuvre au moyen du droit, sont modifiées au fil du temps, en fonction de la situation. Le retour d'expérience sert de base à l'ajustement des objectifs et l'élaboration de nouveaux moyens. En matière migratoire, les rapports sur la relocalisation et la réinstallation font un panorama des avancées effectuées, et dressent un bilan du fonctionnement des *hotspots* en particulier. Au regard des informations reçues, de nouvelles mesures sont préconisées, comme un renforcement de la coopération interagences des dispositifs de sécurité, pour reprendre un exemple déjà mentionné. Toujours dans cette optique de retour d'expérience, les enseignements tirés de la pratique des *hotspots* ont conduit la Commission à présenter fin 2017, des lignes directrices les concernant, comprenant un modèle de procédures standards destinées à être appliquées en cas de nouvel afflux massif.

Ce mouvement de bouclage réflexif permanent n'est pas sans rappeler la conception du droit de Niklas Luhmann et de Günther Teubner : le droit interagit avec son environnement, politique en premier lieu, et, en fonction des stimuli reçus ainsi que par effet de rétroaction, il tend à se recomposer en permanence⁸⁷. Le droit néo-moderne, tel que défini par Charles-Albert Morand, prend en considération ce processus systémique de *feed back*. Les normes juridiques ne fonctionnent plus d'après un modèle phénomène linéaire et déductif, mais selon un mouvement d'ajustement constant à la lumière duquel les procédures d'adoption sont flexibles et ce, en vue de répondre au mieux aux stimuli politiques, à savoir les réorientations constantes des buts fixés par les politiques publiques⁸⁸. Le droit, au service du système politique, permet d'apporter la réponse adéquate. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'adoption de droit contraignant a lieu. Les institutions peuvent y avoir recours en cas de besoin. Elles peuvent aussi procéder à un panachage en combinant *hard* et *soft law*. Cette inventivité mène à des modes d'action publique innovants et à des régulations juridiques inédites. Les *hotspots* sont précisément une illustration de ces modes d'action publique novateurs créés à partir de *soft law* pour répondre à des objectifs de politique publique. Pour autant, les institutions, désireuses de parvenir efficacement aux buts qu'elles se sont fixés, n'hésitent pas à avoir recours en parallèle, à du droit contraignant. Une telle composition droit contraignant-non contraignant, dont les proportions varient selon la période et le domaine concerné, est le reflet de cette mutation que connaît à l'heure actuelle le droit européen, du moins certains pans de celui-ci.

* * *

87 N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, n° 31, 1986, p. 163-188 ; G. TEUBNER, « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in Collectif, *Philosophie du droit et droit économique, Mélanges Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 309-329.

88 C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 93.

Les *hotspots* sont l'expression d'une reconfiguration actuelle de la normativité juridique⁸⁹. La normativité traditionnelle n'est pas abandonnée, mais elle est concurrencée par une normativité hétérodoxe. Le défi auquel l'observateur est confronté est de parvenir à dissocier l'une et l'autre. Tout comme la nouvelle gouvernance et la méthode communautaire s'interpénètrent, il existe des liens étroits entre ces deux types de normativité. Cependant, les théories classiques du droit, en particulier celle du formalisme juridique, ne parviennent pas à rendre compte de l'état d'une partie du droit européen dont la rationalité tend à évoluer profondément. La politique migratoire européenne est, à cet égard, le reflet de ce changement. Le droit néomoderne de cette politique correspond en effet à un droit finalisé : assurer la relocalisation des demandeurs d'asile, gérer les flux migratoires, lutter contre la fraude documentaire, les réseaux criminels et le terrorisme notamment. Il paraît donc difficile de faire abstraction de la dimension politique du droit. Le droit est employé au sein des politiques, dont il est l'instrument. Cependant, l'inverse est également vrai. Ce dernier permet le pilotage de ces politiques publiques et il constitue même un instrument privilégié⁹⁰. Comme le note Danièle Bourcier, de telles politiques sont appliquées dans le cadre d'un système de normes⁹¹. Sa métaphore est pertinente pour rendre compte d'une normativité juridique qui tend à être un « droit système » en écho à la théorie décrite par Luhmann, et non pas un « système droit », en référence à celle dépeinte par Kelsen. Dans le contexte de la nouvelle gouvernance, qui implique une multitude d'acteurs, à l'image de fourmis formant une colonie, l'ordre s'élabore par la mise en place d'une régulation juridique, mais cette régulation est dynamique. Une telle colonie tend à surmonter le désordre en coordonnant l'action de chacun de ses membres. Le mouvement de l'horloge vient, quant à lui, perturber cet effort de régulation. Cependant, les membres de cette colonie, par effet de rétroaction, parviennent à réguler le désordre généré. À l'instar de la colonie de fourmis en question, le droit, en tant que système, est perturbé par certains événements, par exemple un afflux migratoire massif de migrants, ou des vagues terroristes de grande ampleur. Néanmoins, le désordre est régulé à travers la mise en place de nouveaux dispositifs innovants qui viennent réagencer ce système, au sens de « droit système » passablement complexe⁹², au sein desquels les normes ne sont plus organisées de manière hiérarchique, mais de façon enchevêtrée, donnant ce sentiment à l'observateur de la politique migratoire européenne, même chevronné, d'un droit parfois opaque et souvent incohérent.

89 Sur cette évolution de la normativité, voir F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2012.

90 Voir à ce sujet P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, décembre 1993, p. 1-45.

91 D. BOURCIER, « Régulation juridique, complexité et sérendipité », in D. BOURDIER, R. BOULET, P. MAZZEGA (dir.), *Politiques publiques. Systèmes complexes*, Paris, Hermann, 2012, p. 32.

92 Voir notamment A.-J. ARNAUD, « Vers un processus de décision complexe en droit », in D. BOURCIER, J.-P. MACKAY (dir.), *Lire le droit : langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, 1992, p. 155-163 et L. BASLÉ, « L'État surmené entre l'indécidable et l'ingouvernable : une perspective luhmanienne », in D. BOURDIER, R. BOULET, P. MAZZEGA (dir.), *op. cit.*, p. 49-70.

PARTIE II
LES AGENCES SAISIES
DANS LEUR(S) DYNAMIQUE(S)

LA CRISE EN MÉDITERRANÉE COMME FACTEUR D'ÉVOLUTION ET DE STRUCTURATION DE L'AGENCE FRONTEX

Chiara PAIANO¹

L'agence Frontex semble avoir acquis le rôle de catalyseur de tous les maux. L'incapacité à faire face à cette urgence humanitaire affreuse qui frappe aux frontières extérieures de l'Union européenne et la propension à une sécurisation majeure de celles-ci ces dernières années, représentent certaines des principales critiques avancées par ses détracteurs. Il est indéniable que Frontex est un des acteurs centraux de l'agenciarisation de la politique européenne d'immigration et d'asile face aux enjeux de la crise des réfugiés en Méditerranée. Pourtant, la surcharge d'information en ce domaine appelle, à notre avis, un effort de clarification du rôle et des tâches de l'agence Frontex, afin de la libérer de ce que le législateur européen n'a pas prévu qu'elle fasse.

Le point de départ de cette réflexion est l'hypothèse que les avancées juridiques expérimentés par l'agence Frontex, notamment aux frontières maritimes du Sud de l'Union européenne, ne représentent pas un processus évolutif indépendant par rapport aux dynamiques et aux enjeux qui ont intéressé la mer Méditerranéenne ces dernières années. Ils reflètent, d'une certaine manière, une adaptation progressive aux défis se présentant aux frontières européennes et qui demandaient une réponse *commune* conformément aux objectifs en la matière. Cette adaptation s'est concrétisée par la prévision de nouveaux instruments et de nouvelles tâches grâce à quatre règlements adoptés entre 2004 et 2016, année de l'adoption du règlement concernant le Corps de garde-frontières et de garde-côtes. Une adaptation qui continue par ailleurs à se produire, comme le montre l'adoption du nouveau règlement 2019/1896 le 13 novembre 2019².

Il apparaît alors nécessaire de comprendre le cadre politique et juridique dans lequel l'agence Frontex a été créée (I) et quels types de développements ont été progressivement choisis afin d'en faire un moyen de coopération opérationnelle adapté à une situation frontalière complexe (II).

¹ Doctorante, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

² 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, *JOUE* n° L 295 du 14 novembre 2019, p. 1.

I. Frontex, une agence au cœur de la gestion des flux migratoires en Méditerranée

Onze ans séparent le moment où l'agence Frontex est devenue opérationnelle, pour la première fois en octobre 2005 et en tant que nouvelle agence du Corps de garde-frontières et de garde-côtes le 6 octobre 2016. Abstraction faite pour la coïncidence du mois, il est intéressant de noter que tout ce que nous allons analyser s'est étalé sur un intervalle temporel d'un peu plus d'une décennie : le règlement de 2004 adopté sur la base des articles 62³ et 66⁴ du traité instituant la Communauté européenne (TCE) et celui de 2016 sur la base des articles 77⁵ et 79⁶ du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cette précision permet de comprendre que le législateur de l'Union a identifié les jalons de l'espace d'action de l'agence Frontex dans le cadre des contrôles du franchissement des frontières et de la coopération administrative entre autorités nationales compétentes. En 2016, il a d'ailleurs insisté sur l'objectif de la gestion intégrée des frontières tout en précisant que l'agence représente une mesure dans le domaine de la lutte contre l'immigration clandestine et du séjour irrégulier. Ceci sera le point de départ de notre réflexion, afin qu'on puisse dissiper toute considération erronée. Le législateur n'a pas décidé de créer un organisme consacré aux opérations de recherche et de sauvetage, domaine qui reste davantage écarté d'une approche véritablement *communautaire*, au moins dans la lettre des règlements qui renvoient constamment aux États membres le respect de leurs obligations au titre du droit international. Il a façonné une agence capable d'assister les États membres dans les activités de contrôle et de surveillance des frontières extérieures, pendant lesquelles peuvent se révéler nécessaires des activités de recherche et de sauvetage⁷.

Il fallait alors déterminer les périodes les plus marquantes dans le cadre de la crise en Méditerranée. D'une manière entièrement arbitraire mais, à notre avis, pertinente puisqu'elles représentent deux conjonctures significatives parallèlement dans le cadre évolutif de l'agence Frontex et de la situation migratoire méditerranéenne, les périodes choisies ont été les années qui précèdent et qui suivent 2011. Dans un premier temps, il sera question d'analyser le contexte politique dans lequel l'agence Frontex a été créée jusqu'au premier banc d'essai de son activité représenté par les événements du Printemps arabe (A) ; dans un second temps, nous analyserons comment l'agence Frontex a traversé les années cruciales de 2014-2015 de la *crise*⁸ en Méditerranée (B).

3 « Le Conseil, [...] arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam : [...] 2) des mesures relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres qui fixent : a) les normes et les modalités auxquelles doivent se conformer les États membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures ».

4 « Le Conseil, [...] arrête des mesures pour assurer une coopération entre les services compétents des administrations des États membres [...] ainsi qu'entre ces services et la Commission ».

5 « 2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures portant sur : [...] b) les contrôles auxquels sont soumises les personnes franchissant les frontières extérieures ; [...] d) toute mesure nécessaire pour l'établissement progressif d'un système intégré de gestion des frontières extérieures ».

6 « 2. [...] le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures dans les domaines suivants : [...] c) l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris l'éloignement et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier ».

7 Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 189 du 27 juin 2014, p. 93, considérant 1.

8 R. MEHDI, « La politique migratoire de l'Union européenne à l'épreuve des crises », *Les Cahiers de la fonction publique*, 2017, halshs-01790643 ; Médecins Sans Frontières, *Obstacle course to Europe. A policy-made humanitarian crisis at EU borders*, January 2016 : « It [2015] will be remembered

A. Les initiatives européennes au prisme d'une réalité complexe

L'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (Frontex) est une des agences de régulation de l'Union européenne. Il s'agit d'organismes indépendants et spécialisés chargés de la mise en œuvre d'une politique européenne sectorielle. En l'espèce, l'agence Frontex a été créée le 26 octobre 2004 par un règlement du Conseil⁹ dans le cadre de la politique européenne relative au contrôle des frontières extérieures.

L'activité de l'agence Frontex pertinente dans cette contribution est celle qui intéresse la mer Méditerranée, dont l'importance géographique et politique pour l'Union européenne n'est pas à démontrer. Plus particulièrement, les relations euro-méditerranéennes se sont structurées au fil du temps selon différents schémas, bilatéraux et multilatéraux, et différents niveaux d'intensité. Cette politique méditerranéenne promue depuis les années 1960, qu'on pourrait décrire avec un regard *a posteriori* comme discontinue et peu ambitieuse, a pourtant vécu en 1995 un moment apical. Réunis à Barcelone¹⁰ dans une conférence à l'initiative de l'Union européenne, de nombreux pays¹¹ de la région méditerranéenne jetaient les bases pour la construction d'un processus de coopération multilatérale euro-méditerranéen. Ce partenariat visait à donner une nouvelle dimension à la coopération entre les pays du bassin méditerranéen dans le cadre de trois axes d'action : un « dialogue politique renforcé et régulier, un développement de la coopération économique et financière et une valorisation accrue de la dimension sociale, culturelle et humaine »¹². Malgré l'absence de valeur contraignante, cette déclaration marquait des points essentiels dans l'établissement des relations entre les deux rives de la Méditerranée, principes malheureusement oubliés alors qu'ils auraient dû être mobilisés quelques années plus tard. Après avoir identifié « la stabilité et la sécurité de la région méditerranéenne »¹³ en tant que *bien commun*, les partenaires s'engageaient à agir conformément à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration universelle des droits de l'Homme, à développer l'État de droit et la démocratie dans leur système politique, à renforcer la coopération en matière de lutte contre le terrorisme et à développer une zone de prospérité économique partagée, afin de réduire l'écart de développement entre le nord et le sud de la Méditerranée.

Or, cette étape du partenariat euro-méditerranéen de novembre 1995 s'insérait dans le contexte plus large d'une politique européenne de gestion des frontières extérieures qui venait de se construire. En effet, le 26 mars 1995 entrait en vigueur la Convention d'application de l'Accord de Schengen signée en 1990 et qui rendait exécutive, parmi d'autres, les règles du contrôle du franchissement des frontières de l'Union établies à Schengen en 1985.

as the year in which Europe catastrophically failed in its responsibility to respond to the urgent needs of assistance and protection of hundreds of thousands of vulnerable people ».

9 Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1-11.

10 Déclaration de Barcelone et programme de travail (Barcelone, 27 et 28 novembre 1995).

11 En plus des États membres de l'Union de l'époque, à la conférence euro-méditerranéenne ont participé également l'Algérie, Chypre, l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, Malte, le Maroc, la Syrie, la Tunisie, la Turquie et l'Autorité palestinienne.

12 Déclaration de Barcelone, p. 3.

13 *Ibid.*

Il faudra toutefois attendre l'année 2006 pour un *Code communautaire* relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes¹⁴ tout en sachant que déjà dans la période 2003-2004, l'on assiste à une inclusion des relations euro-méditerranéennes dans le cadre de la Politique européenne de Voisinage naissante. En d'autres termes, la tentative ambitieuse établie à Barcelone d'une approche commune laissera la place à des accords entre l'Union européenne, ses États membres et les pays tiers où, quelques années plus tard, la question de la libéralisation des visas et des relations économiques entre les deux rives contribueront à dessiner un tableau complexe du point de vue de l'accès des ressortissants des pays tiers sur le territoire européen. Ce sera en 2008 pendant la Présidence française du Conseil de l'Union européenne que le Président Nicolas Sarkozy décidera de relancer le Processus de Barcelone à travers l'initiative de l'Union pour la Méditerranée. La Déclaration conjointe signée par 43 États partenaires¹⁵ qui envisageait une application concrète des objectifs prévus dans la déclaration de Barcelone s'est révélée pourtant un deuxième échec. Entravée par des États membres confrontés à des taux de chômage importants et par des événements sociaux et politiques au Sud de la Méditerranée, elle n'a pas su représenter un *vrai* « partenariat multilatéral »¹⁶ capable surtout de « stimuler les investissements et la création d'emplois, et favoriser une utilisation optimale des ressources humaines »¹⁷.

La relance de ce partenariat a eu lieu peu après l'adoption du premier règlement modificatif¹⁸ de l'agence Frontex. En 2007, le législateur européen cherche à donner une réponse aux cas de « situation nécessitant une assistance technique et opérationnelle renforcée »¹⁹ aux frontières extérieures des États membres. En s'appuyant sur le constat que la pression migratoire n'est pas un phénomène homogène pour l'Union européenne car certains États membres et certains tronçons frontaliers sont plus concernés que d'autres, le législateur européen enrichit la capacité d'action de Frontex par la prévision d'équipes d'intervention rapide pour une durée limitée dans le temps et dans des situations présentant un caractère urgent et exceptionnel. Cette limitation temporelle montrera, à court terme et face à des flux migratoires importants, toutes ses carences.

En 2011, d'un point de vue européen, les événements du Printemps arabe ont provoqué un bouleversement profond de la donne politique dans les pays de l'Afrique du nord et par conséquent, les relations euro-méditerranéennes entraient dans une nouvelle phase. L'intérêt pour la mer Méditerranée commençait à se déplacer de manière prépondérante sur le terrain de la sécurité intérieure de l'Union européenne. L'approche inclusive qui, jusqu'alors, avait vu des pays liés à des défis communs et engagés à les relever d'une façon coordonnée, laissait place à l'inquiétude que ces demandes de changement politique avancées par les jeunes générations

14 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006, *JOUE* n° L 105 du 13 avril 2006, p. 1.

15 Il s'agit des vingt-sept États membres de l'Union européenne ainsi que l'Albanie, l'Algérie, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, la Mauritanie, Monaco, le Monténégro, le Maroc, l'Autorité Palestinienne, la Syrie, la Tunisie et la Turquie.

16 COM (2008) 319 final du 20 mai 2008, Le processus de Barcelone : Union pour la Méditerranée.

17 *Ibid.*

18 Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, *JOUE* n° L 199 du 31 juillet 2007, p. 30-39.

19 *Ibid.* Considérant (2).

puissent se heurter au besoin de *stabilité* politique des gouvernements européens. Cela pourrait expliquer la réaction initiale assez prudente des États membres de l'Union, une sorte d'incapacité à prévoir une alternative au cas où les régimes politiques existants n'auraient plus pu garantir leur rôle d'interlocuteurs sur les matières chères à l'Union européenne, notamment la question d'endiguer les flux migratoires au départ de ces pays²⁰, la lutte contre le terrorisme international et la sécurité énergétique. Au lieu de relancer une politique méditerranéenne de développement ambitieuse, l'Union n'a pas su répondre à une croissance démographique au-delà de ses frontières qui correspondait, entre autres, à des volumes de chômage grandissants à l'intérieur. Elle n'a pas su déplacer le traitement de ces questions sur le terrain commun des exigences opposées mais complémentaires, comme cela avait été le cas avec la question démographique.

Si le premier événement déclencheur de la période connue comme « Printemps arabe » remonte au 10 décembre 2010 en Tunisie, quand le vendeur ambulant Mohamed Bouazizi s'immolait par le feu sur la place de la mairie de Sidi Bouzid, les intentions européennes de soutenir ces processus de transition politique se révèlent quelques mois après²¹, au moment où les révoltes s'étaient déclenchées également en Égypte et en Algérie (janvier 2011), en Libye, en Jordanie, en Syrie (février 2011) et le silence européen apparaissait désormais fautif. En effet, dans son discours, le Président de la Commission européenne de l'époque, José Manuel Barroso, déclarait que les événements au Sud de la Méditerranée représentaient un *rendez-vous avec l'histoire*²² et que l'Union disposait d'un éventail de mesures politiques et économiques pour y faire face. Notamment, la mise à disposition de dix millions d'euros dans le cadre de l'aide humanitaire pour répondre aux nécessités des réfugiés aux frontières égyptiennes et tunisiennes et la mise en place de l'Opération conjointe Hermès dans la Méditerranée centrale par Frontex et l'Italie.

Pourtant, l'utilisation des Fonds et l'intervention militaire en Libye n'ont pas véritablement donné un nouvel élan aux relations euro-méditerranéennes. Au contraire, l'Union s'est montrée incapable de prévoir la portée des conséquences que ces événements auraient eues dans les années à venir et elle a manqué l'opportunité de réécrire sa position méditerranéenne non pas sur les sables mouvants de la sécurité à tout prix mais en la basant sur un dialogue mûr reflétant les nouvelles conditions politiques et sociales.

20 Parmi les accords bilatéraux de gestion concertée des flux migratoires, ceux entre l'Italie et la Libye en 2009 et entre l'Italie et la Tunisie en 2008 en sont quelques exemples.

21 Document SPEECH/11/137, José Manuel Durão Barroso, President of the European Commission, Statement by President Barroso on the situation in North Africa, Brussels, 2 March 2011 ; Document SPEECH/11/122, Catherine Ashton, EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy and Vice President of the European Commission, Remarks at the Senior officials' meeting on Egypt and Tunisia, 23 February 2011 ; P7_TA(2011)0038, Résolution du Parlement européen du 3 février 2011 sur la situation en Tunisie.

22 SPEECH/11/137 : « The ongoing events bring tremendous hopes and promises for the future of the peoples in the Arab world. I believe they have embarked on a bold, transformational journey towards freedom, democracy and a better life. I think it is our duty to say to the Arab peoples that we are on their side! [...] Of course, we all know the risks in these transition processes very well. But Europe would rather be accused of holding illusions of democracy than be guilty of cynicism or of missing this rendezvous with history ».

B. La gestion de la pression migratoire montre toutes ses faiblesses

L'année 2011 a été une des périodes les plus meurtrières en Méditerranée²³. Lors du 60^e anniversaire de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, le respect du principe de *non-refoulement* posait encore question pour certains États membres et l'agence Frontex devait elle-même remédier à des *carences structurelles* en matière de droits fondamentaux devenues insurmontables, notamment à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

Les statistiques sur les franchissements irréguliers des frontières extérieures de l'Union montraient que le premier trimestre 2011²⁴ se caractérisait par une hausse imprévue des arrivées irrégulières concernant, pour la première fois, un pays autre que la Grèce. C'est ainsi que la route de la Méditerranée centrale commençait à s'imposer parmi les principales voies d'accès au territoire européen, utilisée notamment par des ressortissants tunisiens arrivant à l'île de Lampedusa. La nationalité tunisienne sera très tôt remplacée par celle des ressortissants de pays tiers en provenance de la Libye. Il s'agissait jusqu'alors d'un pays de transit et qui après des accords bilatéraux discutables avec l'Italie²⁵ avait presque disparu des principaux pays de départ vers l'Union européenne. Ce pays devenait, à ce moment-là, l'origine d'une route migratoire périlleuse où l'espoir d'une vie meilleure domine de loin les risques d'une traversée sur des embarcations de fortune gérée par des réseaux criminels. Les raisons de ce choix avaient très bien été expliquées par l'Avocat général Paolo Mengozzi dans ses conclusions sur une affaire récente concernant la délivrance d'un visa à validité territoriale limitée²⁶.

Les conditions politiques en Libye s'ajoutaient à une situation méditerranéenne déjà précaire suite aux événements en Syrie, considérée comme la plus grande crise humanitaire depuis la Deuxième Guerre mondiale²⁷. En fait, la route migratoire orientale concernant la frontière gréco-turque représentait, après Lampedusa, plus de la moitié des franchissements irréguliers des frontières européennes. Dans ces conditions, la gestion des flux migratoires ne s'épuisait pas lors de l'activité de surveillance et, au contraire, les opérations de protection et de sauvetage de la vie en mer s'imposaient au cœur de l'action des États membres et de l'agence Frontex en Méditerranée.

23 Avec plus de 58 000 personnes arrivées en Europe traversant la Méditerranée, le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) estimait que plus de 1 500 personnes se sont noyées ou ont été portées disparues (Source UNHCR, Point de presse quotidien du Bureau du Porte-parole du Secrétaire général de l'ONU, 31 janvier 2012, <http://www.un.org/press/fr/2012/dbf120131.doc.htm>).

24 Frontex Risk Analysis Network Quarterly Report, FRAN Quarterly, Issue 1, January-March 2011.

25 L'accord bilatéral de coopération pour la lutte contre l'immigration clandestine signé à Tripoli le 29 décembre 2007 ; le Traité d'amitié, partenariat et collaboration entre la République Italienne et la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste, Benghazi, 30 août 2008. Sur la question, S. PRESTIANNI, « Un accord italo-libyen sur l'immigration contrepartie de l'indemnisation coloniale italienne », *Combats pour les droits de l'homme* (CPDH), 25 octobre 2008 ; S. KLEPP, « A contested Asylum System : The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea », *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), p. 1-21 ; B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, « The "Arab Spring" and the Extraordinary Influx of People who arrived in Italy from North Africa », *European Journal of Migration and Law*, 13 (2011), p. 341-360.

26 Conclusions de l'Avocat Général M. P. Mengozzi présentées le 7 février 2017, affaire C-638/16 PPU, X, X contre État belge, ECLI:EU:C:2017:93, point 6 : « C'est [...] le refus de reconnaître une voie légale d'accès au droit à la protection internationale sur le territoire des États membres - qui précipite malheureusement souvent les ressortissants de pays tiers en quête d'une telle protection à rejoindre, au péril de leur vie, le flux actuel des immigrés illégaux aux portes de l'Union - qui me paraît particulièrement préoccupant, au vu, notamment, des valeurs humanitaires et de respect des droits de l'homme sur lesquelles repose la construction européenne ».

27 JOIN(2017) 11 final, Joint Communication to the European Parliament and the Council, Elements for an EU Strategy for Syria, 14 mars 2017.

L'adaptation de Frontex de 2011²⁸ au fait que dans l'accomplissement de ses tâches, l'agence devait assurer le plein respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des obligations relatives à l'accès à la protection internationale allait dans cette direction. Par ailleurs, l'institution d'un Forum consultatif et la nomination d'un officier aux droits fondamentaux pour l'élaboration et la mise en œuvre de la stratégie en matière de droits fondamentaux n'a pas dispensé l'agence Frontex d'être le destinataire d'une enquête d'initiative²⁹ du Médiateur européen de l'époque, P. Nikiforos Diamandouros, afin de vérifier l'application des dispositions du règlement de 2011. Par une décision de novembre 2013, le Médiateur constatait que malgré des avancées significatives dans le cadre de la stratégie de l'agence en matière de droits fondamentaux, de son plan d'action et des codes de conduite, un mécanisme de recours internes pour faire face à des incidents individuels de violation des droits fondamentaux faisait défaut à Frontex. Sur une question extrêmement importante l'agence Frontex se limitait à ne pas accepter la recommandation du Médiateur car son mécanisme de contrôle du respect des droits fondamentaux était en cours de définition et à avancer que malgré cela elle était capable de recevoir les notifications d'éventuelles violations, dont l'examen restait une responsabilité des États membres.

Dans la même période, et précisément le 23 février 2012, la Cour européenne des droits de l'Homme condamnait l'Italie³⁰ sur la base, entre autres, d'une violation de l'article 4 du Protocole 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³¹. Pour la première fois, la Cour de Strasbourg était appelée à se prononcer sur la possibilité d'une application extraterritoriale du principe de l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers. La réponse positive de la Cour qui avait entraîné la condamnation du gouvernement italien, concernait des faits datant de 2009 quand un groupe d'environ deux cents personnes quittant la Libye sur des navires de fortune avait été intercepté au large de l'île de Lampedusa et reconduit à Tripoli par les autorités italiennes sur des navires militaires « en l'absence de tout examen de la situation personnelle de chacun d'eux »³².

La question des renvois des migrants en Libye et les opérations d'interception des embarcations en haute mer monopolisaient le débat public. En octobre 2013, au lendemain du naufrage au large de l'île de Lampedusa où plus de 360 personnes avaient perdu la vie en mer, l'Italie décidait de mettre en place l'opération *Mare Nostrum* et la Commission proposait, en décembre 2013, la mise en place d'une *Task force pour la Méditerranée*³³ avec la prévision d'une série de mesures d'assistance aux États membres. L'opération *Mare Nostrum* d'une durée d'un an, jusqu'à octobre 2014, conduite par la Marine italienne sous l'autorité du Ministère Italien de la Défense était en réalité le renforcement d'une autre mission italienne préexistante pour la surveillance du Canal de Sicile lancée en 2004 et

28 Règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 1-17.

29 Affaire : OI/5/2012/BEH-MHZ.

30 Cour EDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*, Requête n° 27765/09.

31 « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ».

32 Cour EDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*, précité, point 163.

33 COM(2013) 869 final, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les travaux de la task-force pour la Méditerranée, 4 décembre 2013.

connue comme *Constant Vigilance*³⁴. Mare Nostrum répondait à deux objectifs majeurs, la protection et la sauvegarde de la vie en mer et la lutte contre le trafic de migrants par les groupes criminels organisés. Au mois de novembre 2014, *Mare Nostrum* était remplacée par la nouvelle opération *Triton* réalisée sous l'autorité du ministère italien de l'Intérieur, coordonnée par l'agence Frontex et moins ambitieuse du point de vue de la zone de compétence et des tâches confiées. Par rapport à son prédécesseur, l'opération *Triton* était en effet centrée de façon prioritaire sur la surveillance des frontières et donc la zone opérationnelle qui avec l'opération *Mare Nostrum* s'étendait jusqu'aux eaux internationales, était, à ce stade, limitée aux 30 milles marins.

La centralité des frontières maritimes extérieures de l'Union européenne dans les opérations de surveillance, de recherche et de sauvetage a été reconnue formellement lors de l'adoption d'un nouveau règlement modificatif adopté en 2014³⁵ : la surveillance des frontières « ne se cantonne pas [...] à la détection des tentatives de franchissements non autorisés des frontières, mais englobe également des mesures telles que l'interception des navires soupçonnés d'essayer d'entrer dans l'Union sans se soumettre aux vérifications aux frontières, ainsi que des dispositifs visant à faire face à certaines situations, comme les activités de recherche et de sauvetage »³⁶. Ce règlement définit alors les règles majeures lors d'une opération en mer prévoyant que « les unités participantes utilisent tous les moyens [...] pour identifier les personnes interceptées ou secourues, évaluer leur situation personnelle [...] et leur offrir la possibilité d'expliquer les raisons pour lesquelles un débarquement dans le lieu proposé serait contraire au principe de non-refoulement »³⁷. Bien que le texte adopté ne résolût pas les carences signalées déjà dans la proposition de la Commission³⁸, il s'agissait en tout cas d'une avancée importante sur la voie de la protection des droits fondamentaux. Malheureusement, il s'agissait d'avancées beaucoup trop faibles pour éviter les nombreuses pertes de vies humaines en mer, le long de la route de la Méditerranée centrale, qui avaient tristement caractérisé l'année 2016³⁹.

II. Frontex, la nouvelle Agence du corps des garde-frontières et des garde-côtes

Comme on a déjà eu l'occasion de le mentionner, le règlement n° 1624/2016⁴⁰ façonne une nouvelle version de cette Agence pour la coordination de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures de l'Union européenne. Cette configuration institutionnelle ne s'éloigne pas

34 <http://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/operazioni-concluse/Pagine/mare-nostrum.aspx>.

35 Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par L'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 189 du 27 juin 2014, p. 93-107.

36 *Ibid.* Considérant (1).

37 *Ibid.* Article 4 « Protection des droits fondamentaux et principe de non-refoulement », paragraphe 3.

38 UNHCR comments on the Commission proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing rules for the surveillance of the external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) COM 2013(197) final, <http://www.unhcr.org/534fd9e99.pdf>.

39 E. GALOS, L. BARTOLINI, H. COOK and N. GRANT (2017), *Migrant Vulnerability to Human Trafficking and Exploitation : Evidence from the Central and Eastern Mediterranean Migration Routes*, International Organization for Migration (IOM), Geneva.

40 Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) no 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, *JOUE* n° L 251 du 16 septembre 2016, p. 1-76.

véritablement du modèle d'agence intergouvernementale des origines⁴¹ et une fois de plus, aucune mention n'est faite dans ledit règlement de la signification et de l'étendue des termes *coordination* et *coopération opérationnelle*⁴². Cependant, il s'agit d'une avancée sur le chemin de la réalisation d'une police européenne aux frontières (A) et d'une gestion efficace des frontières extérieures de l'Union européenne (B).

A. Parvenir à une *gestion intégrée des frontières de l'Union européenne*

En 2016, le règlement du Corps de garde-frontières et de garde-côtes permet au législateur européen de révéler son option concernant la physionomie d'une police européenne des frontières, un choix parmi les multiples solutions à la disposition de l'Union européenne depuis longtemps.

L'une des premières étapes de ce projet remonte au début des années 2000. Faisant suite au Conseil européen de Tampere⁴³ qui avait demandé une *coopération plus étroite* entre les services nationaux de contrôles aux frontières, l'Italie, la Belgique, la France, l'Allemagne et l'Espagne présentaient, dans le cadre du Programme Odysseus⁴⁴, le document final⁴⁵ d'une étude de faisabilité pour la mise en place d'une police européenne des frontières.

Le document faisait référence à trois modèles théoriques : un modèle centralisé, un modèle en réseau et un modèle intermédiaire. Le premier modèle se caractérisait par une structure décisionnelle et opérationnelle unitaire ce qui aurait conféré à ce corps de police une unité d'action au détriment éventuel d'une prompt réaction aux situations imprévisibles. Le deuxième modèle, fondé sur une structure décentralisée, aurait permis une flexibilité majeure dans la capacité d'adaptation à l'instabilité frontalière mais au risque d'un degré d'autonomie opérationnelle importante pour certaines de ses parties. Le troisième modèle cherchait à combiner l'exigence d'une uniformité opérationnelle avec une souplesse décisionnelle à travers un système polycentrique et multifonctionnel.

Dans cette étude de faisabilité, le modèle en réseau choisi par ces États membres s'articulait autour d'une série de centres opérationnels gérés au niveau local par des groupes d'experts. Au centre, la coordination technique était assurée par un Conseil de représentants nationaux composé de responsables de la Police aux frontières des différents États membres ayant la tâche de sauvegarder l'unité des objectifs et l'harmonisation des activités. La participation au projet, fixée sur une base volontaire, était ouverte à tous les États membres. Du point de vue théorique, celle-ci a représenté le premier archétype de police européenne des frontières au cœur d'une gestion intégrée et cohérente.

41 P. DE BRUYCKER, « The European Border and Coast Guard : A New Model Built on an Old Logic », *European papers*, 2016, n° 2, Vol. 1, p. 559-569, www.europeanpapers.eu.

42 S. CARRERA, L. DEN HERTOOG AND J. PARKIN, « The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control : Beyond Accountability versus Autonomy », *European Journal of Migration and Law*, 15 (2013) p. 337-358.

43 Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la Présidence, point 24.

44 98/244/JAI : Action commune du 19 mars 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne instaurant un programme de formation, d'échanges et de coopération dans le domaine des politiques de l'asile, de l'immigration et du franchissement des frontières extérieures (programme Odysseus), *JOUE* n° L 99 du 31 mars 1998, p. 2-7.

45 Feasibility study for the setting up of a "European Border Police", Final Report, Rome, May 30, 2002.

Cette approche avait été confirmée dans le Programme de Stockholm⁴⁶ alors que le Conseil européen « invit[ait] l'agence Frontex à envisager, dans le cadre de son mandat, d'ouvrir des bureaux régionaux et/ou spécialisés afin de prendre en compte la diversité des situations, en particulier pour les frontières terrestres de l'est et les frontières maritimes du sud. La création de ces bureaux ne devrait pas, en tout état de cause, porter atteinte à l'unicité de l'agence Frontex »⁴⁷. Dans le document, le Conseil allait plus loin et « invit[ait] la Commission à lancer un débat sur le développement à long terme de l'agence Frontex »⁴⁸ conformément à la prévision avancée dans le Programme de La Haye⁴⁹ de créer un système européen de gardes-frontières.

La gestion intégrée des frontières extérieures de l'Union avait été traitée en 2006 par le Conseil européen JAI⁵⁰. Le document faisait référence à une gestion composée de cinq dimensions : le contrôle aux frontières tel qu'il est décrit dans le Code Schengen⁵¹ ; la détection et l'investigation de la criminalité transfrontière ; le modèle de contrôle d'accès à quatre niveaux⁵² ; la coopération inter-agence et la coordination des activités entre États membres et institutions européennes. En réalité, ce même Conseil dans un document⁵³ de 2001 relatif au *concept européen de gestion des contrôles aux frontières*, sans pourtant encore mentionner d'une façon explicite le terme *intégré*, se penchait sur les conditions qu'une gestion des frontières aurait dû respecter pour se prétendre véritablement européenne. Ces conditions incluaient le renforcement et l'uniformisation des contrôles effectués par les autorités nationales, la mise en place d'une coopération opérationnelle qui se traduira dans les faits plus tard dans la création de l'agence Frontex et la facilitation de la « gestion des crises ». Mais malgré tous ces efforts pour décrire, dans la pratique, les composantes de cette gestion des frontières, le mot « intégré » demeure dépourvu d'une définition juridique explicite.

Les Programmes de La Haye et de Stockholm n'abordaient pas la question et laissaient alors ouvertes les caractéristiques d'un éventuel développement de l'agence Frontex dans la direction soit d'une intégration sous la forme d'une force policière unitaire soit d'un réseau de corps nationaux de gardes-frontières⁵⁴. L'évolution vers une forme de coopération peu centralisée restait pourtant la plus attractive pour les États dans un domaine, la gestion des frontières, très lié aux questions de la souveraineté étatique. Néanmoins, à côté des modifications du règlement de l'agence⁵⁵, d'autres cir-

46 Conseil européen, Le programme de Stockholm : une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2010/C 115/01, *JOUE* n° C 115 du 4 mai 2010, p. 1-38.

47 *Ibid.*, point 5.1.

48 *Ibid.*

49 Conseil européen, Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 2005/C 53/01, *JOUE* n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1-14, point 1.7.1.

50 Document 13926/3/06, Integrated Border Management ; Strategy deliberations.

51 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), article 2 § 10.

52 Pour une description du modèle, voir Conseil de l'Union européenne, *UE Catalogue Schengen*, Contrôles aux frontières extérieures, éloignement et réadmission : recommandations et meilleures pratiques, février 2002.

53 Document 14570/01 FRONT 69, European management concept on border control (Concept européen de gestion des contrôles aux frontières), 27 novembre 2001.

54 P. HOBGING and E. DE CAPITANI, *The Feasibility of a European System of Border Guards : A practitioner's perspective*, Academy of European Law (ERA) & Frontex, Warsaw, 28-29 October 2013, Conference report, 9 January 2014.

55 Le règlement (UE) n° 1168/2011 modifie l'article 33 § 2 bis du règlement (CE) n° 2007/2004 prévoyant que « la première évaluation [...] analyse également les besoins en termes de coordination renforcée de la gestion des frontières extérieures des États membres, y compris la possibilité de créer un système européen de gardes-frontières », *JOUE* n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 1-17.

constances préparaient le terrain pour des mesures plus ambitieuses. Une majeure convergence des niveaux national et européen avait été facilitée par la création de deux autres agences européennes, le Bureau européen d'appui en matière d'asile en 2010 et l'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA) en 2011 et l'amélioration de l'échange d'information entre les États membres et Frontex à travers une connaissance immédiate de la situation aux frontières grâce au système Eurosur⁵⁶.

Les modèles sur les formes de coopération des États membres dans l'espace Schengen ont également fait l'objet d'une étude⁵⁷ publiée en 2014 et commandée par la Direction générale de la migration et des affaires intérieures de la Commission européenne. Les trois modèles sont exposés comme étant des étapes successives dans la direction d'une intégration progressive. Dans la première phase, caractérisée par une utilisation optimale des instruments existants, les États membres gardaient une autonomie pleine dans la gestion des frontières extérieures et le niveau européen entrait en scène dans le cadre des activités de formation des autorités nationales et d'amélioration de l'échange d'information. Dans la phase intermédiaire, les États membres auraient délégué au niveau européen la responsabilité de certaines activités, par exemple l'organisation d'opérations conjointes, comme étape préalable d'une intégration complète caractérisée par un centre décisionnel de la gestion des frontières placé au niveau de l'UE. Cependant, ce processus final aurait demandé une modification, très peu probable, du TFUE car le domaine des frontières extérieures relève, jusqu'à présent, de la compétence partagée. L'intention des États membres, mise en évidence dans le document, de renforcer le rôle de l'agence Frontex dans certains domaines d'actions (le retour, la négociation des accords de réadmission et les activités de formation), sans pourtant ouvrir la voie à d'autres formes d'intégration plus poussées concourait également à confirmer cette improbabilité.

B. Parvenir à une *gestion efficace* des frontières de l'Union européenne

La proposition de la Commission européenne présentée en décembre 2015 dans le cadre du paquet législatif Frontières devait alors nécessairement se placer entre la deuxième et la troisième phase, même si elle avait été accueillie, peut-être à cause du titre trompeur, comme la réalisation d'une police européenne des frontières. Pourtant, si cette évolution de l'agence Frontex était loin de créer une gestion des frontières véritablement intégrée au niveau de l'UE, elle a au moins eu l'avantage de tenir compte des lacunes décelées au cours des dernières années afin d'en faire un instrument plus *efficace*.

Premièrement, ce Corps européen de garde-frontières et de garde-côtes se compose des autorités nationales chargées de la gestion des frontières et de l'agence européenne Frontex⁵⁸. Cette dernière « devrait avoir pour rôle essentiel [...] de superviser le fonctionnement effectif du contrôle aux

56 Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur), *JOUE* n° L 295 du 6 novembre 2013, p. 11-26.

57 DG Home, Study on the feasibility of the creation of a European System of Border Guards to control the external borders of the Union (ESBG), Final Report, 16 June 2014, Produced by Unisys.

58 Considérant (5) du Règlement 2016/1624.

frontières extérieures ; d'apporter une assistance technique et opérationnelle accrue aux États membres au moyen d'opérations conjointes et d'interventions rapides aux frontières ; d'assurer l'exécution pratique de mesures dans une situation exigeant une action urgente aux frontières extérieures ; d'apporter une assistance technique et opérationnelle en vue de soutenir les opérations de recherche et de sauvetage de personnes en détresse en mer ; et d'organiser, de coordonner et de mener des opérations de retour et des interventions en matière de retour »⁵⁹. Malgré la référence dans le règlement à une *responsabilité partagée*, aucune définition précise de ce partage n'est dessinée dans la gestion des frontières extérieures entre l'agence et les États membres et Frontex n'acquiert ni son propre corps de police ni des pouvoirs de contrôle sur les autorités nationales⁶⁰. Une des principales innovations résidait cependant dans la prévision d'une *réserve de réaction rapide* en tant que corps permanent de 1 500 garde-frontières et garde-côtes nationaux mobilisables promptement dans une situation de pression migratoire démesurée. Dans le cadre du renforcement du mandat de l'agence par le règlement 2019/1896, cette réserve est censée devenir, avec le personnel statutaire, le personnel des États membres détaché pour une longue durée à l'agence et celui à mobiliser pour des déploiements de courte durée, une des quatre catégories qui composent le contingent permanent. Ce contingent, qui dans le règlement vise à atteindre progressivement les dix mille unités, fait une nouvelle fois apparaître une détermination à consolider les ressources, humaines et techniques, dont dépend finalement l'efficacité d'action de l'agence. L'objectif reste celui de dépasser le critère originaire de la participation volontaire des États membres aux opérations conjointes et aux interventions rapides, un principe qui avait été trop souvent transposé, dans la pratique, en la contrainte pour l'agence Frontex d'opérer d'une façon sous-dimensionnée, et donc inefficace.

Deuxièmement, l'agence Frontex acquiert un rôle majeur dans le cadre de la prévision des crises aux frontières extérieures à travers des pouvoirs améliorés dans l'évaluation de la vulnérabilité et l'analyse des risques. Cependant, suite à une évaluation de la vulnérabilité, et dans des situations nécessitant une action urgente, si l'État membre ne se conforme pas à la décision du Conseil relative aux mesures correctrices pour éviter de mettre en péril le fonctionnement de l'espace Schengen, la Commission ne pourrait pas adopter une décision d'exécution prévoyant une intervention directe de Frontex comme énoncé dans la proposition de règlement en 2015⁶¹. La seule procédure que la Commission peut déclencher en cas de non-conformité de l'État membre aux mesures énumérées dans la décision du Conseil, comme l'indique également le nouveau règlement de 2019, est celle établie à l'article 29 du Code Frontières Schengen⁶², qui autorise la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures.

59 Considérant (11) du Règlement 2016/1624.

60 J. RIJMA, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, Study for the LIBE Committee, 2016, PE 556.934.

61 COM(2015) 671 final, 2015/0310 (COD), Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant le règlement (CE) n° 2007/2004, le règlement (CE) n° 863/2007 et la décision 2005/267/CE du Conseil.

62 Règlement (UE) 2016/399, article 29 § 1 : « Dans des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures du fait de manquements graves persistants liés au contrôle aux frontières extérieures [...] le contrôle aux frontières intérieures peut être réintroduit [...] pour une durée n'excédant pas six mois. ».

Troisièmement, l'agence Frontex obtient un rôle clé dans *l'approche points d'accès ou centres de crise (hotspots)* sous la coordination de la Commission européenne. Inaugurée en 2015 dans l'Agenda européen en matière de migration⁶³, cette approche visait à créer des lieux de coopération entre agences européennes (Frontex, Bureau européen en matière d'asile et Europol) et autorités nationales des pays en première ligne afin de rendre plus rapide et efficace les opérations d'identification, d'enregistrement et de prise des empreintes digitales des personnes arrivant aux frontières de l'Union. Il s'agissait, en d'autres termes, du déplacement d'équipes d'appui à la gestion des flux migratoires pour aider les États membres en cas de situation d'afflux massifs. À côté des critiques formulées au sujet de cette approche⁶⁴, et tout en sachant que les obligations en matière de protection internationale incombent aux États membres bénéficiant du soutien de l'agence, ce que le règlement omet est la nature et l'étendue de cette *assistance* sur le terrain, aux *hotspots*, mise en œuvre par Frontex. Toujours dans le cadre de la protection des droits fondamentaux, il faudra en outre rappeler que, malgré la mise en place d'un mécanisme administratif pour le traitement des plaintes en coopération avec l'Officier aux droits fondamentaux, des lacunes demeurent. Aucune précision n'est donnée, par exemple, à la question « d'assurer un suivi correct »⁶⁵ aux plaintes parvenues, en dehors des procédures d'examen de la recevabilité, d'enregistrement de la plainte et de sa transmission au directeur exécutif de l'agence et aux services compétents de l'État membre concerné. Le règlement de 2016 établit à l'article 25 § 4⁶⁶ le retrait du financement de l'opération de l'agence ou la suspension des activités s'il existe des violations graves des droits fondamentaux et des obligations en matière de protection internationale et conformément à l'article 72 § 8 le retrait des équipes de l'agence du garde-frontière ou de l'expert national en cas d'une violation commise par un membre du personnel de l'agence. En particulier, le règlement de 2019 en cas de plainte concernant un membre du personnel prévoit que le directeur exécutif, sur recommandation de l'officier aux droits fondamentaux, en plus d'adopter des mesures disciplinaires, peut également saisir la justice pour l'ouverture de procédures civiles ou pénales. Ces signes de progrès s'inscrivent dans l'objectif déclaré dans le dernier règlement de « continuer à développer un mécanisme de traitement des plaintes indépendant et efficace »⁶⁷.

Quatrièmement, si le règlement de 2016 avait permis une extension du mandat de l'agence Frontex en matière de retour, prévoyant la possibilité d'organiser, de sa propre initiative, des opérations de retour conjointes, le règlement de 2019 énonce expressément, parmi les missions du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, celle d'accroître l'efficacité de la politique de l'Union en matière de retour⁶⁸. Sans pourtant intervenir dans la prise d'une décision de retour, compétence qui incombe aux États membres, le rôle de l'agence se renforce du point de vue opérationnel pour l'exécution

63 COM (2015) 240 final du 13 mai 2015.

64 M.-L. BASILIEN GAINCHE, « Mécanisme des flux migratoires & conception utilitariste des droits. L'approche par les hotspots sous examen », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 11, 2017, dossier « Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché », p. 138-157.

65 Considérant (50) du Règlement 2016/1624.

66 « Le directeur exécutif, après avoir consulté l'officier aux droits fondamentaux et informé l'État membre concerné, retire le financement d'une opération conjointe, d'une intervention rapide aux frontières, d'un projet pilote, du déploiement d'une équipe d'appui à la gestion des flux migratoires, d'une opération de retour [...] s'il estime qu'il existe des violations graves ou susceptibles de persister des droits fondamentaux ou des obligations en matière de protection internationale [...] ».

67 Règlement (UE) 2019/1896, article 111 § 1.

68 Règlement (UE) 2019/1896, article 1.

de ces décisions. Dans le cadre des activités de coordination et d'organisation des opérations de retour, pour ce qui est des retours forcés, l'agence peut compter spécifiquement sur des « réserves de contrôleurs des retours forcés, d'escortes pour les retours forcés et de spécialistes des questions de retour »⁶⁹. Parmi les nouvelles initiatives, l'agence poursuit le développement d'une plateforme pour l'échange d'informations dans le cadre des opérations de retour afin que les autorités nationales puissent se servir d'un système intégré de gestion des retours.

Ces avancées décrites n'épuisent pas la liste des points sur lesquels l'on pourrait se plonger pour une étude plus approfondie de l'agence Frontex. Cependant, les points mis en relief témoignent des questions qui ont été régulièrement invoquées au cours de cette décennie et qui trouvent en 2019, pour l'instant du moins, leur dernière étape.

Mais la gravité de la question migratoire appréhendée au seul prisme de l'agence Frontex serait erronée et simpliste. Si l'on élargit le cadre de l'analyse, les critiques adressées à Frontex, concernent en premier lieu les États membres. Du reste, comment pourrait-on exiger d'un instrument juridique ce qu'on ne retrouve pas dans ses auteurs ? Comment pourrait-on retrouver la concrétisation d'une solidarité et d'une responsabilité partagée si cela n'a pas été le cas maintes fois dans d'autres initiatives, dont notamment le programme temporaire de relocalisation d'urgence ?

La mer Méditerranée constituera le lieu majeur d'un échec pour l'Union européenne tant que ses États membres ne décideront pas d'abandonner une politique migratoire centrée sur l'objectif d'endiguer les flux. Aucune politique migratoire dissuasive ne pourrait s'opposer à l'espoir, et au droit, d'une vie loin des guerres et des persécutions. Aucune évolution de Frontex ne sera suffisante pour éviter le drame de chaque vie perdue en mer en l'absence de l'ouverture des couloirs humanitaires⁷⁰. De même, aucune mesure ou accord visant à la réduction du nombre d'arrivées ne pourra être saluée en tant que succès sans examiner les *vraies* raisons qui endiguent les flux migratoires⁷¹.

La situation à nos frontières et les démarches adoptées par les États⁷² demandent avant tout une prise de conscience authentique de la part de l'Union européenne et de ses États membres. Un changement de cap courageux quant à la manière d'aborder ces défis, afin que l'on puisse témoigner d'une application tangible des valeurs qui inspirent notre identité européenne, ne peut plus être seulement souhaité mais il se révèle désormais urgent et absolument nécessaire.

69 Considérant (37) du Règlement 2016/1624.

70 Le projet pilote de la Communauté de Sant' Egidio disponible sur : <http://www.santegidio.org/pageID/3/langID/fr/itemID/16664/Couloirs-humanitaires--un-projet-%C5%93cum%C3%A9nique-pour-accueillir-et-int%C3%A9grer.html>

71 United Nations Support Mission in Libya and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, « "Detained and Dehumanised". Report on Human Rights Abuses against Migrants in Libya », 13 December 2016.

72 <https://www.msf.fr/actualites/drame-du-nivin-un-an-apres-querelles-responsabilites-pour-l-italie>

**AGENCES ET OPÉRATION NAVALE DE L'UNION EUROPÉENNE
DANS LA « SÉCURITISATION » DE L'AFFLUX MIGRATOIRE
EN MÉDITERRANÉE**

Philippe Ch.-A. GUILLOT¹

La crise provoquée par l'afflux migratoire vers l'Europe, surtout après les « printemps arabes », a conduit l'Union européenne (UE) à déployer plusieurs de ses agences dans certains États membres – notamment Grèce et Italie – ou en haute mer, ainsi qu'à créer une opération de police maritime, officiellement dénommée EUNAVFOR MED mais communément appelée Opération *Sophia*. Ce recours aux agences participe du phénomène d'agenciarisation – appelée aussi parfois « agencification » par emprunt direct à l'anglais² – qui est une « expression aussi inélégante qu'imprécise »³. Pour s'accorder sur une définition, il faut définir l'agence : « Une agence est un organisme de droit public européen possédant la personnalité juridique. Elle est créée en vue d'accomplir une tâche clairement identifiée dans l'acte constitutif. Elle jouit d'une autonomie de gestion et de moyens »⁴. Bien que décrivant une situation de droit interne, il semble pertinent de s'inspirer aussi de la définition de l'agence par le Conseil d'État français qui insiste sur « deux critères cumulatifs : l'autonomie et l'exercice d'une responsabilité structurante dans l'exercice d'une politique publique »⁵. Il convient d'ajouter que l'agenciarisation – *alias* gouvernance partagée – est un élément central de la Nouvelle gestion publique (*New Public Management*) fondée sur la création d'organismes *ad hoc* soumis à des critères de performance et ayant une fonction de dérégulation qui se traduit souvent par une « re-régulation »⁶. Pour sa part, l'agenciarisation frénétique (*agency fever*) de l'UE « peut être considérée comme un compromis entre, d'une part, la nécessité fonctionnelle d'assurer une plus grande capacité de régulation au niveau européen et, d'autre part, la réticence des États membres à transférer des compétences d'exécution à la Commission européenne »⁷. Si les premières agences communautaires

1 Maître de conférences (HDR) en droit public à l'Université de Rouen, Détaché à l'École de l'Air. Membre associé du CUREJ (EA 4703). Les propos sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Armée de l'Air.

2 Cf. A. CARTONNET, « L'Europe – De la sécurité (configurations historiques et dimensions politiques de la sécurité européenne) », in S.-Y. LAURENT, B. WARUSFEL (dir.), *Transformations et réformes de la sécurité et du renseignement en Europe*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2016, p. 40.

3 R. MEHDI, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de "l'agenciarisation" de l'Union. Quelques questions constitutionnelles », in F. PICOD, A. BERTRAND, S. ROLAND (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur du Doyen Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 654.

4 *Ibidem*.

5 Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ?, Paris, La Documentation française, 2012, p. 12.

6 Cf. D. P. MOYNIHAN, « Ambiguity in Policy Lessons : The Agencification Experience », *Public Administration*, vol. LXXXIV, 2006, p. 1029.

7 M. EGEBERG, J. TRONDAL, *Agencification of the European Union Administration : Connecting the Dots*, Oslo, ARENA Working Paper, n° 3, 2016, p. 1 [ma traduction] ; plutôt qu'une fièvre, « un recours croissant et désordonné aux agences » est évoqué par F. SAINT-MARTIN, *Le système institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Gualino, 2016, p. 271-287.

– le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP) et la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (EUROFOUND) – ont été créés en 1975, ce n'est toutefois que dans les années 1990 que le phénomène d'agenciarisation apparut véritablement, mais il faudra attendre le début du siècle pour que la Commission européenne conceptualise le recours à ces entités⁸.

Les agences de l'UE engagées pour faire face à l'afflux migratoire mettent en œuvre une approche sécuritaire de la crise, illustrant le concept que les spécialistes de relations internationales désignent du terme, peu élégant mais assez précis, de « sécuritisation » (*securitization*). La paternité de ce concept revient au professeur anglais Barry Buzan⁹ et à l'école de Copenhague qui mettent en évidence la sécurité sociétale – notion selon laquelle les vulnérabilités d'une société sont multiples alors que la cohésion sociale est un facteur majeur de sécurité dans les sociétés développées où de nouvelles difficultés sont apparues avec l'immigration et la montée de la pauvreté¹⁰ – et fondent le concept de « sécuritisation » sur l'affirmation que, le monde étant un construit social, il est impossible de pouvoir totalement évaluer si les menaces sont « réelles » ou non, et en tirent la conclusion que les études de sécurité doivent se focaliser sur les procédés par lesquels une question devient socialement construite et reconnue comme une menace à la sécurité. En effet, la « sécuritisation » réussit lorsque la rhétorique dramatisante d'un acteur parvient à faire accepter par son « auditoire » (gouvernement, opinion publique, etc.) qu'un problème donné est une menace existentielle et que celui-ci réclame l'adoption des actions d'urgence et justifie des mesures d'exception¹¹. Contrairement à l'école de Copenhague, les études critiques mettent l'accent non sur les discours mais sur les « pratiques de sécuritisation » pour reprendre l'expression du bourdieusien Didier Bigo¹² tandis que Thierry Balzacq s'intéresse aux « instruments de sécuritisation », sans négliger l'importance du discours¹³.

8 Cf. H. M. EKELUND, *The Agencification of Europe : Explaining the Establishment of European Community Agencies*, thèse, Université de Nottingham, 2010, p. 3-4, <http://eprints.nottingham.ac.uk/11269/1/PhD_thesis_Helena_Ekelund.pdf>.

9 Aujourd'hui considéré comme un éminent représentant de l'école anglaise des relations internationales, il fut d'abord en poste à l'Université de Copenhague. Son ouvrage majeur à titre individuel, initialement publié en 1983, est *People, States and Fear : An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, 3^e éd., Hertfordshire, Harvester Wheatsheaf, 2008. Cf. M. STONE, *Security According to Buzan: A Comprehensive Security Analysis*, Groupe d'Études et d'Expertise « Sécurité & Technologies », *Security Discussions Papers*, n° 1, 2009 ; P. SCHOUTEN, « Barry Buzan on International Society, Securitization, and an English School Map of the World », *Theory Talks*, n° 35, 2009, <<http://www.theory-talks.org/2009/12/theory-talks-35.html>>.

10 Cf. J.-F. GUILHAUDIS, L. BALMOND, *Relations internationales contemporaines*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 1012.

11 Cf. A. BUZAN, O. WAEVER, J. DE WILDE, *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, L. R., 1998, p. 25 ; pour approfondir, cf. O. WAEVER, « Securitization and Desecuritization », in R. D. LIPSCHUTZ (dir.), *On Security*, New York, Columbia University Press, 1995, p. 46-86 ; R. TAURECK, « Securitization Theory and Securitization Studies », *Journal of International Relations and Development*, vol. IX, 2006, p. 53-61 ; H. STRITZEL, « Towards a Theory of Securitization : Copenhagen School and Beyond », *European Journal of International Relations*, vol. XIII, 2007, p. 171-201 ; M. McDONALD, « Securitization and the Construction of Security », *European Journal of International Relations*, vol. XIV, 2008, p. 568-587.

12 Cf. « Europe passoire et Europe forteresse : La sécuritisation/ humanitarisation de l'immigration », in A. REA (dir.), *Immigration et racisme en Europe*, Bruxelles, Complexe, 1998, p. 203-241 ; cet auteur s'intéresse tout de même aux discours puisqu'il démonte le processus de sécuritisation (même s'il n'emploie pas le terme) des « néo-modernes » qui tentent de faire accepter « la mondialisation de l'insécurité », cf. « Sécurité intérieure, sécurité extérieure : séparation ou *continuum* ? », in S.-Y. LAURENT, B. WARUSFEL (dir.), *op. cit.*, p. 65-75.

13 Cf. « The Three Faces of Securitization : Political Agency, Audience and Context », *European Journal of International Relations*, vol. XI, 2005, p. 171-201 ; « The Policy Tools of Securitization : Information Exchange, E.U. Foreign and Interior Policies », *Journal of Common Market Studies*, vol. XLVII, 2008, p. 75-101 ; *Théories de la sécurité. Les approches critiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2016, p. 216-229.

Constatant que le discours de l'Union européenne sur l'afflux migratoire est pétri de considérations humanitaires alors même que son approche sécuritaire lui est reprochée, non seulement par le Saint-Siège¹⁴ et les lobbys pro-migrations ou les ONG caritatives¹⁵ mais aussi par un grand nombre d'universitaires¹⁶, Sarah Léonard préfère se concentrer sur les pratiques de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (Frontex), non seulement celles relatives à des défis largement perçus comme sécuritaires – trafic illicite ou terrorisme – mais aussi celles qui sont extraordinaires – au sens de jamais, ou rarement, appliquées auparavant – dans les domaines de l'asile ou des migrations¹⁷. Antoine Mégie parle même de « colonisation » des questions migratoires par les services de police et de sécurité¹⁸ et Virginie Giraudon observe une « "Schengenisation" des discours sur l'immigration, la mainmise des ministères de la Justice et de l'Intérieur, et la volonté de faire de la "lutte contre l'immigration clandestine" un enjeu transversal »¹⁹. Plus précisément sur notre sujet, Agathe Piquet note : « Une fois qu'un enjeu est sécuritisé, les acteurs seraient en mesure de gérer cette "nouvelle menace" de la manière la plus appropriée à leurs yeux, menant ici à un durcissement du contrôle des frontières extérieures et à des conséquences négatives pour les migrants et les demandeurs d'asile, notamment en termes de droits fondamentaux. »²⁰ Or, ce qu'il est convenu d'appeler la « crise des réfugiés » aurait très bien pu être traité sous un angle principalement humanitaire, sans pour autant céder à l'angélisme, plutôt que d'afficher un discours de fermeté pour, finalement, présenter comme humanitaires des mesures prises sous la pression du nombre²¹.

En effet, parmi les migrants qui affluent vers l'Europe ne figurent pas que des étrangers en situation irrégulière, mais se trouvent des personnes qui bénéficient de garanties trouvant leur source dans la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, complétée par le protocole de New York du 31 janvier 1967, lequel universalise la protection initialement réservée aux ressortissants de pays européens ayant fui les persécutions avant 1951. De même, certains de

14 Cf. Lettre encyclique « Caritas in Veritate » du souverain pontife Benoît XVI aux prêtres et aux diacres, aux personnes consacrées, aux fidèles laïcs et à tous les hommes de bonne volonté sur le développement humain intégral dans la charité et la vérité, 29 juin 2009, § 62 ; Migrants mineurs, vulnérables et sans voix. Message du Pape François pour la journée mondiale du migrant et du réfugié [15 janvier 2017], 8 septembre 2016 ; Accueillir, protéger, promouvoir et intégrer les migrants et les réfugiés. Message du Pape François pour la journée mondiale du migrant et du réfugié [14 janvier 2018], 15 août 2017 ; Les migrants et les réfugiés : des hommes et des femmes en quête de paix. Message du Saint-Père François pour la célébration de la LI^e Journée Mondiale de la Paix [1^{er} janvier 2018], 13 novembre 2017.

15 Cf. E. SPIEGEL, *Frontex – Legitimate Agent for Border Security or Ruthless Deportation Agency ? An Analysis of the Activities of the European Union's Border Agency with a Special Focus on Legitimacy and Controllability of its Operations*, mémoire, Université de Twente, 2010, p. 16-18 ; AMNESTY INTERNATIONAL, *The Human Cost of Fortress Europe. Human Rights Violations against Migrants and Refugees at Europe's Borders*, Londres, 2014 et le site de la campagne inter-associative « Frontexit » <<http://www.frontexit.org>>.

16 Cf. J. VIARD, *Quand la Méditerranée nous submerge. Réfugiés, terrorisme, islam, quartiers, populisme... Entretien avec José Lenzini*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2017 ; pour des points de vue de juristes, cf. E. PAPASTAVRIDIS, « Fortress Europe and Frontex : Within or Without International Law ? », *Nordic Journal of International Law*, vol. LXXIX, 2010, p. 75-111 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de solidarité soumise à l'argument de réalité », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne – Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011, p. 248-260 ; N. PERKOWSKI, *A Normative Assessment of the Aims and Practices of the European Border Management Agency Frontex*, Oxford, Refugee Studies Centre's Working Paper, n° 81, 2012 ; C. PEYRONNET, « Le programme de travail de Frontex pour 2015 : Une fuite en avant mal dissimulée », *Revue des Droits de l'Homme*, juin 2015, <<http://revdh/revues.org/1373>> ; J. MATRINGE, « Errements de la politique de Bruxelles », *Le Monde Diplomatique*, mai 2017.

17 « EU border security and migration into the European Union : FRONTEx and securitisation through practices », *European Security*, vol. XIX, n° 2, 2010, p. 236-238. *Contra*, A. W. NEAL, « Securitization and Risk at the EU Border : The Origins of FRONTEx », *Journal of Common Market Studies*, vol. XLVII, 2009, p. 333-356.

18 Cf. *Eurojust et le mandat d'arrêt européen, l'europanisation du pouvoir judiciaire*, thèse, IEP Paris, 2007, p. 119.

19 « Les effets de l'europanisation des politiques d'immigration et d'asile », *Politique européenne*, n° 31, 2010, p. 19.

20 « Europol et la "sécuritisation" des migrations irrégulières », *Migrations Société*, n° 165, 2016, p. 135.

21 Cf. G.-F. DUMONT, « Des migrations incontrôlées ? », *Questions internationales*, n° 85-86, 2017, p. 68.

ces migrants sont des demandeurs d'asile²² ou des personnes éligibles à une protection subsidiaire²³. Toutefois, la réalité de la politique européenne rend difficile la protection de ces personnes « car la fermeture des frontières de l'Union conduit à une dissociation progressive des frontières politiques de son territoire et des frontières effectivement rencontrées par les migrants, qui se déplacent de plus en plus souvent en amont de l'arrivée dans l'Union »²⁴.

La présente communication envisage comment l'Union européenne réagit à l'afflux migratoire en Méditerranée en l'identifiant à une menace face à laquelle elle déploie des agences : Frontex à titre principal, mais aussi l'Office européen de police (EUROPOL) ou, dans un but plus humanitaire, le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) qui assiste les autorités nationales à déterminer si les demandeurs d'asile sont éligibles à la relocalisation en Europe ou doivent être renvoyés vers un pays tiers sûr ou vers leur pays d'origine²⁵.

Instituée par le règlement du Conseil 2007/2004/CE du 26 octobre 2004, Frontex a reçu mission de coordonner des opérations conjointes de maîtrise des frontières dans les trois dimensions – terre, mer, air – proposées par les États membres ou lancées par l'Agence elle-même avec l'accord de l'État membre (ou d'États membres) concerné(s). Ces opérations sont menées grâce aux ressources humaines et matérielles de divers États membres, mais aussi d'États non-membres associés aux accords de Schengen, étant entendu que la maîtrise des frontières demeure de la pleine responsabilité des États et que Frontex n'a qu'un rôle de coordination. Frontex est donc un phénomène atypique en comparaison des autres agences de l'UE puisqu'elle n'opère pas dans un domaine de compétence clairement européen, mais doit négocier son rôle dans un champ où certains pouvoirs

22 Si le statut de réfugié se constate, en revanche l'asile s'octroie : « acte souverain, l'octroi de l'asile est, pour l'État d'asile, un simple "accomplissement de ses devoirs d'humanité", un geste humanitaire qui ne lui fait encourir aucune responsabilité internationale et doit être respecté par tous les autres États » selon F. CREPEAU, *Droit d'asile : de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 185. Pour M. BETTATI : « Généralement, la notion de refuge implique une protection temporaire contre un péril immédiat. Elle se distingue de l'asile qui organise une protection définitive » (*L'asile politique en question. Un statut pour les réfugiés*, Paris, PUF, 1985, p. 79), mais les deux notions sont, en pratique, étroitement imbriquées : « Pour obtenir le statut conventionnel, le candidat au "refuge" doit pouvoir séjourner sur le territoire de l'État d'accueil jusqu'à ce que sa demande soit traitée par l'organe de décision. La situation intermédiaire précaire (qui n'est pas réglementée par la Convention de 1951) de ceux que l'on dénomme couramment les demandeurs d'asile et qui sont plus précisément candidats au statut conventionnel de réfugié constitue sans doute une forme d'asile » (F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Aix-en-Provence / Paris, PUAM / Economica, 1997, p. 14) ; « To speak of refugees is to speak of asylum, the very condition of their existence » (S. AGA KAHN, « Legal Problems Relating To Refugees and Displaced Persons », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, t. 149, La Haye, Nijhoff, 1976, I, p. 316) ; « Dans les faits, pour la plupart des pays, la reconnaissance de la qualité de réfugié entraîne le droit au séjour, c'est-à-dire l'asile, tel qu'il est défini par les lois en vigueur » (P. SÉGUR, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998, p. 107). En droit français, la réforme de l'ancienne Commission de recours des réfugiés en Cour nationale du droit d'asile par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 accentue la confusion entre les deux notions.

23 La protection subsidiaire est née à la fin du siècle dernier lorsque de nombreuses personnes, fuyant notamment les conflits en ex-Yougoslavie, ne relevant pas de la Convention de Genève affluèrent dans les pays de l'Union européenne. Pour des raisons humanitaires, une sorte d'asile temporaire leur fut offerte, cf. J. FITZPATRICK, « Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime », *American Journal of International Law*, 2000, p. 292-293 ; plus largement, cf. D. BOUTELLET-PAQUET, *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, Bruxelles, Bruylant, 2002. La directive du Conseil de l'Union européenne 2004/83/CE concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts du 29 avril 2004 dite « qualification » refondue par la directive éponyme 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011 constitue aujourd'hui le cadre juridique de cette protection accordée aux personnes sérieusement menacées par des situations de violence indiscriminée lors de conflits armés, cf. L. BAY LARSEN, « Assessing the "risk" in cases involving persons fleeing armed conflicts and other situations of violence », in M. HAPFOLD, M. PICHOU (dir.), *La protection des personnes fuyant un conflit armé et d'autres situations de violence*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 41-49.

24 A. TURMO, « La protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile : une nouvelle construction prétorienne en droit de l'Union européenne », in R. TINIÈRE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 248.

25 Cf. R. PARLES, « Migration to Europe : the number game », *European Union Institute for Security Studies Brief Issues*, n° 18, juin 2016, p. 1.

relèvent de l'Union et où d'autres ressortissent des États membres²⁶. Pour compliquer la chose, les États membres de Frontex ne sont pas tous ceux de l'Union – même si le Royaume-Uni et l'Irlande sont représentés dans son conseil d'administration – mais ceux de l'espace Schengen, y compris les États non-membres de l'Union – Islande, Norvège, Suisse, Liechtenstein – qui y participent. Le 16 octobre 2016, Frontex est devenue l'Agence européenne des garde-frontières et garde-côtes, chargée de la maîtrise des frontières extérieures de l'espace Schengen²⁷.

Établi en raison de la disparition des frontières intérieures par la Convention du 26 juillet 1995, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998²⁸, EUROPOL est devenu le 1^{er} janvier 2010 une agence de l'Union à part entière avec un nouveau cadre juridique et un mandat étendu à la lutte contre la criminalité organisée – trafic de drogue, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants, contrefaçons et piratages, blanchiment d'argent et faux monnayage – et le terrorisme transnational. EUROPOL soutient les services répressifs des États membres en facilitant l'échange d'informations et de renseignements, en fournissant une analyse opérationnelle pour soutenir les opérations des États membres, en rédigeant des rapports et analyses et en offrant un soutien technique pour les enquêtes et opérations et opérations menées sous la responsabilité d'un État membre. EUROPOL a mis en place, en février 2012, le Centre européen d'expertise chargé de lutter contre le trafic de migrants – analyse stratégique, facilitation des échanges d'information, soutien stratégique et opérationnel au démantèlement des réseaux criminels impliqués dans l'immigration irrégulière – qui est le principal nœud d'information et l'entité de coordination dans ce domaine.

EASO, instituée par le règlement 439/2010/UE, a pour but d'assurer un soutien opérationnel aux États membres de l'Union ou de l'espace Schengen en matière d'asile et à cette fin, elle fournit des données sur les pays d'origine des migrants, elle conduit des études de risques, elle envoie des spécialistes auprès des autorités locales et elle coordonne les mesures de relocalisation décidées au niveau de l'Union.

Ces trois agences coopèrent entre elles – ainsi qu'avec d'autres – pour tenter d'endiguer l'afflux migratoire. Nous nous intéresserons d'abord à la synergie entre ces agences (I), avant d'envisager la militarisation du traitement de la question migratoire avec la coopération de Frontex et d'EUNAVFOR MED *Sophia* (II).

26 Cf. H. M. EKELUND, *op. cit.*, p. 179.

27 Cf. P. DE BRUYCKER, « The European Border and Coast Guard : A New Model Built on an Old Logic », *European Papers*, vol. I, 2016, p. 559-569 ; H. TOURARD, « La mise en œuvre de la solidarité dans la politique migratoire de l'Union européenne », in Ph. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 38-40 ; C. CHEVALLIER-GOVERS, « La création du corps européen des garde-frontières et garde-côtes », in C. CHEVALLIER-GOVERS, R. TINIERE (dir.), *De FRONTEX à FRONTEX. Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 25-40.

28 Cf. C. GREWE (dir.), *La convention Europol : L'émergence d'une police européenne ?*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001 ; J.-L. CLERGERIE, « EUROPOL ou l'amorce d'une police fédérale européenne », *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Tome I, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 333-371.

I. Les synergies entre agences

Selon un ancien directeur de Frontex : « Contrôle aux frontières et prévention de la criminalité ne peuvent désormais plus être traités de manière indépendante. L'heure est au renforcement de la coopération »²⁹. Les trois agences sont respectivement chargées de la protection des frontières, de la lutte contre la criminalité et du droit des réfugiés, en s'attachant plus particulièrement à la façon dont sont pris en considération les droits fondamentaux des personnes en migration, notamment, par rapport à la protection des données personnelles (entre autres les systèmes European asylum dactyloscopy database – EURODAC – et European Travel Information and Authorization System – ETIAS)³⁰. Dès mars 2008, Frontex et EUROPOL ont conclu un accord de coopération stratégique sur l'échange d'informations, lequel a été remplacé, en décembre 2015, par un nouvel accord intégrant les échanges de données personnelles. Plus généralement, la coopération inter-agences dans la gestion de l'afflux migratoire en Méditerranée se déroule d'abord en mer (A) et se poursuit à terre, notamment dans les centres spéciaux en Grèce et en Italie dénommés *hotspots* (B).

A. En mer

Frontex a une expérience certaine des patrouilles maritimes extraterritoriales – menées par des bâtiments militaires ou assimilés en haute mer ou dans les eaux territoriales d'États tiers – bien que le fondement juridique de ses actions hors du territoire européen soit contesté³¹ : les opérations *Hera II* et *Hera III* qui se sont déployées pour prévenir les migrations dans les eaux territoriales du Sénégal, de Mauritanie et du Cap-Vert³² – avec évidemment l'accord des États riverains auxquels les migrants interceptés étaient remis – sont considérées comme des succès. Ce ne fut pas le cas des opérations *Jason* et *Nautilus* dirigées contre les migrants partant de Libye étant donné que la *Jamahiyya* refusa l'accès des navires européens à ses eaux territoriales ainsi que de réadmettre sur son sol les migrants interceptés en haute mer³³.

Actuellement, Frontex conduit des patrouilles maritimes – dans le cadre du *European Patrols Network* – avec les opérations *Poseidon Sea*³⁴ (qui a pris la relève des *Rapid Border Interventions Teams* – *RABIT*) engageant, à la demande de la Grèce, une quinzaine de navires en mer Égée et *Triton* (qui a remplacé, le 1^{er} novembre 2014, l'opération italienne *Mare Nostrum* – lancée le 18 octobre 2013

29 G. A. FERNÁNDEZ, « La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne », *Regards croisés sur l'économie*, 2010/2, n° 8, p. 223.

30 Cf. F. LAFARGE, « L'accès des services répressifs des États membres et d'EUROPOL à EURODAC », *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 327-341 ; C.-A. CHASSIN, « L'échange de données dans le domaine de l'asile », in C. CHEVALLIER-GOVERS (dir.), *L'échange des données dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne*, Paris, Mare & Martin, 2017, p. 113-133 ; J. BURCHETT, « FRONTEx et l'interopérabilité des systèmes d'information. Réflexion à propos de l'articulation entre les impératifs de sécurité et de liberté », in C. CHEVALLIER-GOVERS, R. TINIERE (dir.), *op. cit.*, p. 99-114.

31 Cf. L. DEN HERTOOG, « Fundamental Rights and the Extra-Territorialisation of E.U. Border Policy : a contradiction in terms ? », in D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD (dir.), *Foreigners, Refugees or Minorities ? Rethinking People in the Context of Border Controls and Visas*, Ashgate, Farnham, 2013, p. 205-226 ; N. FABRIZI-RACINE, « Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : Des données et des hommes », *Revue des Droits de l'Homme*, 21 mars 2017, § 4, <<http://revdh.revues.org/3037>> ; J.-C. MARTIN, « Les interventions en mer de FRONTEx », in C. CHEVALLIER-GOVERS, R. TINIERE (dir.), *op. cit.*, p. 115-130.

32 La première opération *Hera* ne concernait que les eaux territoriales des Canaries et leurs approches maritimes et était menée à la demande de l'Espagne.

33 Cf. M. FINK, « Frontex Working Arrangements : Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding “Technical Relationships” », *Merkourios – Utrecht Journal of International and European Law*, vol. XXVIII, n° 75, 2012, p. 22.

34 Frontex mène aussi depuis 2011 une opération *Poseidon Land* aux frontières terrestres gréco-turque et bulgare-turque.

– mais est centrée sur la sécurité des frontières et la lutte contre les trafiquants plutôt que d'être une opération de sauvetage en mer, même si cette mission lui a été ajoutée en 2015 ; en outre son budget est trois fois moins élevé que celui de *Mare Nostum*)³⁵ avec une demi-douzaine de navires au sud de l'Italie, principalement italiens mais aussi norvégiens ou islandais³⁶. *Triton* (transformé en *Themis* en 2018) et *Poseidon* ont donc pour mission de maintenir à distance les navires transportant des migrants, parmi lesquels peuvent se trouver des réfugiés et des demandeurs d'asile, ce qui amène d'aucuns à douter que ces personnes puissent être en mesure d'exercer leur droit à une protection internationale « lorsqu'elles sont appréhendées en pleine mer et perçues en premier lieu comme des migrants irréguliers à refouler au plus vite »³⁷. Nonobstant l'accord du 13 juin 2008 entre Frontex et le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), l'Agence est accusée de ne pas respecter l'article 33 de la Convention de Genève posant le principe du « non-refoulement »³⁸.

Par ailleurs, une équipe d'experts *Joint Operational Team Mare* – 12 États membres – a été mise en place, en mars 2015, afin de lutter contre les groupes criminels impliqués dans la facilitation de l'immigration irrégulière *via* les bateaux qui traversent la Méditerranée avec le soutien de Frontex et d'INTERPOL. L'Agence européenne de sécurité maritime (EMSA) met en œuvre des activités de surveillance – satellites, avions, drones, hélicoptères, patrouilleurs – au profit de Frontex et de l'Agence européenne de contrôle des pêches (EFCA) : selon l'accord sur les services inter-agences, l'EMSA fournit cinq types d'informations à Frontex :

- surveillance et traçabilité des navires ;
- détection des navires (navires de plus de trois cents tonnes non identifiés ou navires de moins de quinze mètres) ;
- détection des anomalies (comportement suspect des navires ou navires en détresse détectés grâce à des algorithmes avancés) ;
- détection des activités (*via* images satellite et images optiques à haute résolution pour interprétation visuelle) ;
- et rapport sur les navires présentant un certain intérêt (navires suspects ou d'intérêt particulier).

À titre d'exemple, le 5 septembre 2016, l'EMSA prévient Frontex qu'un petit objet non identifié avait été repéré entre le Maroc et l'Espagne, le centre espagnol de coordination (*Guardia Civil*) transmet l'information à un avion de la *Guardia di Finanza* qui patrouillait dans la zone, lequel découvre qu'il s'agissait d'une embarcation pneumatique avec 35 personnes à bord, un patrouilleur espagnol recueille les personnes les amenant à bon port³⁹.

35 Cf. H. BRADLY, « *Mare Europaeum ? Tackling Mediterranean Migration* », *European Union Institute for Security Studies Brief Issues*, n° 25, septembre 2014, p. 1-2.

36 Cf. A. DUMOULIN, N. GROS-VERHEYDE, *La politique européenne de sécurité et de défense commune*, Paris, B2 ; Le Dévoluy, Éditions du Croquant, 2017, p. 216.

37 A. TURMO, *op. cit.*, p. 255.

38 Cf. H. FLAUTRE, F. KELLER, A. LOCHBIHLER (dir.), *Agence FRONTEX : Quelles garanties pour les droits de l'Homme. Étude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la réforme de son mandat*, Groupe des Verts/ALE au Parlement européen, novembre 2010, p. 9-10 ; M. RUSKYTE, *The European Union Agency's FRONTEX mandate and operations in the framework of transparency and human rights*, mémoire, Université de Tilburg, 2014, p. 48-51 ; l'article 33 interdit de refouler une personne sollicitant la reconnaissance du statut de réfugié vers un pays où elle risquerait d'être persécutée ; ce principe de non-refoulement est de surcroît renforcé par l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture.

39 L. BAL, « EMSA's contribution to Task 1 – Information Sharing », atelier Creation of a European Coastguard Function, Lisbonne, 2 juin 2017.

Une équipe maritime conjointe inter-agences (JMIT) a été mise en place pour coordonner les opérations à buts multiples (*multipurpose operations*) composée d'officiers de liaison de Frontex et de l'EFCA – déployés physiquement ou virtuellement – et des autorités nationales de garde-côtes dans les centres opérationnels⁴⁰.

B. Dans les *hotspots*

Apparu pour la première fois dans une étude de faisabilité sur un système européen de garde-frontières⁴¹, le concept de *hotspot* – ou « zone d'urgence migratoire » selon le règlement 2016/1624 – consiste à identifier et à enregistrer les migrants ainsi qu'à prendre leurs empreintes digitales pour enregistrement dans la base de données EURODAC destinée à déterminer à quel État incombe la responsabilité de traiter la demande d'asile conformément à la Convention de Dublin du 15 juin 1990 remplacée par le règlement UE 604/2013 (« Dublin III »), mais aussi de détecter les fraudeurs et les personnes à risque⁴². À ces fins, une *task force* régionale de l'Union (EURTF) regroupant EUROPOL, EASO, Frontex, l'Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne (EUROJUST), voire l'Agence des droits fondamentaux (FRA) et les autorités nationales locales est chargée de coordonner les actions des différents intervenants⁴³ étant donné qu'il n'y a aucune hiérarchie entre les agences et que les autorités nationales ont évidemment le dernier mot.

Les agents d'EUROPOL fournissent un soutien analytique et scientifique⁴⁴, conférant aux *hotspots* l'aspect de bureaux d'EUROPOL installés dans les États membres plutôt que des centres d'accueil pour réfugiés. « Ce glissement progressif d'EUROPOL vers le contrôle et la gestion des flux migratoires peut par conséquent créer une certaine confusion entre d'une part les migrants irréguliers, traditionnellement la cible de Frontex, et d'autre part les groupes criminels responsables de l'immigration irrégulière et de la traite des êtres humains, au cœur du travail d'EUROPOL. Cette interconnexion entre police et contrôle des frontières tend alors à accentuer le processus de sécurisation des migrants en général, qui sont encore plus perçus comme un risque. »⁴⁵

Le rôle d'EASO dans les *hotspots* consiste essentiellement à aider les autorités grecques et italiennes à enregistrer les migrants, à opérer le tri entre ceux pouvant bénéficier d'un statut de réfugiés, d'asile ou de protection temporaire – qui seront relocalisés – et ceux qui doivent être renvoyés vers leur pays d'origine ou vers un pays tiers sûr. EASO a signé des accords de coopération avec Frontex le 26 septembre 2012, avec la FRA le 11 juin 2013, avec le HCR le 13 décembre 2013 et

40 V. LUKAS, N. ANSELL, « Task 4 : Capacity sharing, including the planning and implementation of multipurpose operations and the sharing of assets and other capabilities across sectors and borders », *ibidem*.

41 UNISYS, *Study on the feasibility of the creation of a European System of Border Guards to control the external borders of the Union*, ESBG, juin 2014, <ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/border-crossing/docs/20141016_home_esbg_frp_001_esbg_final_report_3_00-en_pdf.>.

42 Cf. S. GANTY, M. BAUMGÄRTEL, « Établir un droit juste de la migration », in C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 100.

43 L'EURTF au Pirée comprend des représentants de FRONTEx, EASO, EUROPOL, EUROJUST et FRA ainsi que des garde-côtes helléniques ; l'EURTF à Catane comprend un représentant de la Commission européenne, de FRONTEx, d'EUROPOL, d'EUROJUST et d'EASO ainsi que de la *Guardia di Finanza*, des garde-côtes italiens et de la police italienne.

44 Cf. A. PIQUET, *op. cit.*, p. 146-147.

45 *Ibidem*, p. 148.

avec EU-LISA⁴⁶ le 4 novembre 2014. EASO tend à prendre une part importante dans les examens de situation individuelle des migrants et, donc, du refus de reconnaissance à certains d'entre eux du statut de réfugié, ce qui soulève des questions en termes de responsabilité de l'Agence⁴⁷.

La prééminence de Frontex dans ces *hotspots* – elle s'occupe notamment de l'enregistrement, de la détermination de la nationalité des migrants et de leur inscription dans EURODAC – semble contredire l'approche multi-acteurs censée les inspirer et démontre que l'accent est mis sur la maîtrise des frontières plutôt que sur le besoin de protection des demandeurs d'asile⁴⁸. La réponse de Frontex à l'afflux migratoire fait primer le contrôle sur les libertés et réclame continuellement plus de moyens⁴⁹. En dépit d'un budget augmentant à chaque pic d'afflux migratoire ou après chaque naufrage massif médiatisé, Frontex n'a pourtant gagné ni en autonomie, ni en compétences et moyens opérationnels pour absorber ce financement accru⁵⁰.

Si les coopérations entre les agences et entre celles-ci et les autorités nationales semblent assez bien fonctionner, la politique européenne en matière de tri des migrants est vivement contestée. Au-delà des attaques contre le principe même de la détermination de qui est réfugié et qui ne l'est pas – pourtant consubstantielle à la Convention de Genève – les critiques fusent contre la façon dont les *hotspots* s'acquittent de cette tâche. Un juriste ayant travaillé dans les *hotspots* dresse un constat accablant : « Les privations de liberté sans cadre légal [...] participent à la dissuasion et à la répression de l'immigration. Les nombreuses et graves violations des droits des migrants ont poussé le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) et Médecins sans frontières à cesser certaines de leurs activités au sein des *hotspots*, notamment après la signature de l'accord UE-Turquie. Ce que la Commission européenne présentait comme étant “des dispositifs d'accueil et de premier accueil dans les États membres situés en première ligne” peuvent aujourd'hui être déceimment considérées comme des zones de rétention, si ce n'est de refoulement»⁵¹. Le tout sans contrôle juridictionnel⁵².

46 Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, cf. F. PYNCKELS (président du Conseil d'administration d'EU-LISA), « How to achieve rational data integration on the European level », in C. CHEVALLIER-GOVERS, *op. cit.*, p. 259-264.

47 Cf. *The Implementation of the hotspots in Italy and Greece. A Study*, Amsterdam, Dutch Council for Refugees, 2016, p. 51 et la communication de Ch. VLACHOU dans le présent ouvrage..

48 Cf. M. DEN HEIJER, J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, « Coercion, Prohibition, and Great Expectations : The Continuing Failure of the Common European Asylum System », *Common Market Law Review*, vol. LIII, 2016, p. 628.

49 Cf. C. WIHTOL DE WENDEN, « Le tournant de 2004 : l'élargissement de l'Union européenne et la création de Frontex », *Migrations Société*, n° 158, 2015, p. 128.

50 Cf. S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, *A European Border and Coast Guard : What's in a name ?*, Bruxelles, CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, n° 88, mars 2016, p. 12.

51 P. CHIRON, *Les politiques migratoires européennes, à la frontière du droit*, Paris, IRIS, Observatoire des Questions Humanitaires, juin 2017, p. 5. L'auteur se réfère à la déclaration conjointe UE-Turquie du 18 mars 2016, sur cet « accord », cf. P.-F. LAVAL, « L'instrumentalisation de l'État tiers : vers un dévoiement de la coopération européenne en matière d'asile », *Revue de l'Union européenne*, n° 599, 2016, p. 281-286 ; N. ALOUPI, « Les accords de réadmission de l'Union européenne », in Ph. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *op. cit.*, p. 207-212.

52 Cf. S. SLAMA, « FRONTEx : un juge national aux abonnés absents », in C. CHEVALLIER-GOVERS, R. TINIÈRE (dir.), *op. cit.*, p. 238-245 ; sur les recours possibles, cf. dans le même ouvrage C. MAUBERNARD, « Réflexions sur les voies de recours devant la Cour de justice de l'Union européenne à l'égard des actes et actions de l'agence FRONTEx », p. 247-265 et M. AILINCAI, « Quel(s) juge(s) pour contester les conséquences d'une opération FRONTEx ? La Cour européenne des droits de l'homme », p. 267-289.

II. La militarisation de la gestion de crise

La « prolifération des contrôles migratoires s'appuie sur trois raisons essentielles : le développement de l'économie sécuritaire, où des sociétés privées se sont spécialisées dans le convoyage des expulsés et où la technologie militaire propose ses instruments au domaine civil, la surenchère sécuritaire, amalgamant immigration illégale et lutte contre le terrorisme international, et l'utilisation des migrants comme instruments de négociation avec les pays du Sud (Sénégal, Libye, Algérie, Tunisie, Maroc) »⁵³. De surcroît, la sécuritisation de la question migratoire conduit Frontex à coopérer avec l'opération *Sophia* (A), voire avec l'OTAN (B).

A. Les agences et l'opération Sophia

L'approche sécuritaire de l'Union européenne implique une certaine militarisation – ou une « semi-militarisation » selon l'expression de Sarah Léonard – caractérisée par :

- la ressemblance des opérations navales de Frontex avec des actions de lutte contre des défis sécuritaires usuels (piraterie, trafic de drogue, voire agression armée) ;
- le statut militaire ou « quasi-militaire » de certains personnels mis à disposition de l'Agence (Guardia Civil, Guardia di Finanza) ;
- la sophistication des opérations notamment en ce qui concerne le renseignement ;
- le nombre d'États impliqués y compris des pays d'origine ou de transit *via* différents accords ;
- et par la durée des opérations⁵⁴.

Au demeurant, il est significatif que Frontex utilise le concept de renseignement (*intelligence*) – lequel ne figure pas dans le règlement 2007/2004 – qui est traditionnellement connoté avec les menaces à la sécurité nationale, plutôt que des mots plus neutres tels que « données » ou « information »⁵⁵. En ce domaine, Frontex met en œuvre le système de surveillance EUROSUR⁵⁶ – avec notamment l'assistance du Centre satellitaire de l'Union européenne (SATCEN)⁵⁷ – ce qui permet à l'agence de surveiller les approches maritimes mais aussi de détecter les embarcations de fortune et de participer à des opérations de secours.

Frontex est amenée à coopérer avec l'opération EUNAVFOR MED *Sophia* menée au titre de la Politique de sécurité et de défense commune (PSDC), mission de police menée avec des moyens militaires et non une opération de gestion des frontières extérieures et dont le cadre juridique atteste

53 C. WIHTOL DE WENDEN, *Migrations, une nouvelle donne*, Paris, Maison des sciences de l'Homme, 2016, p. 86-87; sur l'implication des industries de défense (Thalès, EADS, Finmeccanica, etc.) dans les outils de gestion des frontières, cf. R. JONES, C. JOHNSON, « Border militarization and the re-articulation of sovereignty », *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. XLI, 2016, p. 191-194.

54 S. LÉONARD, *op. cit.*, p. 240.

55 *Ibidem*, p. 242.

56 Système européen de surveillance des frontières méridionales de l'UE (Méditerranée et mer Noire) créé en 2013 et dont les données proviennent de diverses sources (satellites, aéronefs, navires), cf. L. LEBON, « Le contrôle aux frontières : l'exemple de Schengen », in Ph. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *op. cit.*, p. 225.

57 Institué par l'action commune du Conseil 2001/555/PESC du 20 juillet 2001 et situé sur la Base aérienne de Torrejón de Ardoz (Espagne), le SATCEN est chargé de l'exploitation et de la production des informations résultant de l'analyse des images satellitaires de la Terre. Il exerce ses activités sous la surveillance du Comité politique et de sécurité (COPS).

de la sécuritisation de la « crise des réfugiés »⁵⁸ voire de la volonté des États membres de réaffirmer leur souveraineté en ce domaine face à Frontex⁵⁹. Créée par la décision-cadre du Conseil n° 2015/778/PESC du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale afin de lutter contre la traite humaine et les réseaux criminels, EUNAVFOR MED *Sophia* est même la première opération de la PSDC à lier sécurité intérieure et sécurité extérieure et à être dotée d'un mandat ouvertement coercitif qui pourrait engager l'Union dans des activités de rétablissement de la paix (*peace enforcement*). *Sophia* est devenue pleinement opérationnelle le 27 juillet 2015, mais l'opération comprend trois phases. La première phase, consacrée au recueil d'informations sur les réseaux de trafiquants, se déroule sans encombre. La deuxième phase n'a été que partiellement réussie puisqu'elle comprend la recherche, l'arraisonnement, la fouille et la saisie ou le déroutement des navires utilisés pour le trafic de migrants en haute mer⁶⁰ et était devenue routinière, mais elle aurait dû comprendre aussi les mêmes missions dans les eaux territoriales de la Libye, ce qui nécessite soit une autorisation du Conseil de sécurité, soit le consentement des autorités libyennes, or aucune de ces permissions n'était à ce jour obtenue. Il en va évidemment de même pour la troisième phase qui permettrait d'utiliser tous les moyens nécessaires contre les navires et installations des trafiquants sur le sol libyen⁶¹. Il en résulte que l'opération *Sophia* a pu altérer le *business model* des trafiquants mais non le détruire, ni même réduire significativement leurs activités⁶².

Par l'intermédiaire du système de satellites du système EUROSUR, Frontex fournit donc à *Sophia* d'utiles informations sur la situation en lisière des eaux territoriales libyennes. Un officier de liaison de Frontex était embarqué sur chaque bâtiment d'EUNAVFOR MED afin d'aider pour l'identification des migrants et des passeurs. Enfin, l'opération navale et l'Agence participent conjointement à la formation des garde-côtes libyens. Cependant, cette coopération, d'une part, tournerait à la compétition entre Frontex et le Service européen d'action extérieure, responsable de l'opération navale, dans une logique de « guerre des services », et, d'autre part, se heurterait à des différences de perceptions entre civils et militaires. Il en va ainsi par exemple du rapport avec les ONG, *Sophia* adoptant une approche plus conciliante avec la société civile, héritée de l'expérience des opérations de contre-insurrection, alors que Frontex apprécie peu que certaines ONG – ou « soi-disant ONG » selon l'expression du directeur exécutif de l'Agence, Fabrice Leggeri⁶³ – pénètrent dans les eaux libyennes pour aller chercher des migrants, ce qui d'un point de vue douanier, est un trafic illicite de personnes⁶⁴.

58 Cf. M. DEN HEIJER, J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, *op. cit.*, p. 630.

59 Cf. J. HIMMICH, « Beyond Operation Sophia. What role for the military in migration policy ? », *Dahrendorf Forum Policy Brief*, 4 mars 2019, p. 3.

60 Missions réaffirmées par les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU 2240 (2015), 2312 (2016), 2380 (2017) et 2437 (2018), cf. M. ESTRADA-CANAMARES, « Operation Sophia BEfore and After UN Security Council Resolution No 2240 (2015) », *European Papers*, vol. I, 2016, p. 187-188.

61 T. TARDY, « Operation Sophia. Tackling the refugee crisis with military means », *European Union Institute for Security Studies Brief Issues*, n° 30, septembre 2015, p. 1-2 ; en revanche, le Conseil de sécurité a autorisé Sophia à contrôler les navires suspectés de violer l'embargo sur les armes à destination de la Libye par ses résolutions 2292 (2016), 2357 (2017), 2420 (2018) et 2473 (2019).

62 Audition de MM. S. JONES, directeur adjoint de la politique de sécurité euro-atlantique, et E. HOBART, envoyé spécial pour les migrations, du *Foreign and Commonwealth Office*, HOUSE OF LORDS/ SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN UNION/ EXTERNAL AFFAIRS SUB-COMMITTEE, *Corrected oral evidence : Operation Sophia*, 30 mars 2017, p. 6-8.

63 Cité par J.-C. PLOQUIN, « L'Union européenne face aux migrants, l'agence Frontex élargit ses missions », *Paris Planète*, 26 février 2017, <<http://paris-international.blogs.la-croix.com>>.

64 Cf. R. PARKES, « Managing Migration Abroad. Why, where, what and how ? », *European Union Institute for Security Studies Brief Issues*, n° 31, novembre 2016, p. 4.

Contre l'avis de la Haute Représentante Federica Mogherini, le Conseil de l'Union a décidé le 29 mars 2019, puis le 26 septembre 2019, de proroger le mandat de *Sophia* mais de suspendre ses activités navales, autrement dit de ne plus déployer de bâtiments, pour se concentrer sur les moyens aériens (hélicoptères, avions de surveillance maritime, drones) et sur la coopération avec les garde-côtes libyens et la marine libyenne⁶⁵. Cette décision a été très vilipendée, d'une part, parce que *Sophia* est une opération navale qui ne sera plus à même d'appliquer efficacement son mandat sans moyens maritimes⁶⁶, et, d'autre part, parce que même si le sauvetage n'était pas dans le mandat de *Sophia* – il n'avait pas à l'être puisqu'il s'agit d'une obligation internationale – l'opération a secouru près de 50 000 naufragés. En fait, cette décision provient d'un manque d'accord entre les États, l'Italie refusant que les personnes secourues soient systématiquement débarquées dans ses ports.⁶⁷

B. Frontex et l'OTAN

Sophia et Frontex profitent des informations transmises par les opérations navales de l'OTAN, d'abord *Active Endeavour*, déclenchée au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 sur le fondement de l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord (opération de défense collective) et qui avait pour tâche de sécuriser les routes commerciales en Méditerranée, puis *Sea Guardian*, lancée en octobre 2016, et qui a pour missions de contribuer à la connaissance de la situation maritime en Méditerranée, de lutter contre le terrorisme et de participer à la constitution des capacités de sûreté maritime.

D'aucuns prétendent que le « déploiement de l'OTAN afin d'entreprendre “des missions de reconnaissance, de contrôle et de surveillance des traversées illicites de la mer Égée” montre aussi le manque d'effectivité opérationnelle de l'UE »⁶⁸. C'est cependant oublier que l'avantage de l'OTAN sur l'UE est de compter parmi ses membres la Turquie, laquelle certes « fait régulièrement obstruction à une meilleure coordination des missions UE-OTAN ou à l'échange d'informations entre l'OTAN et l'UE »⁶⁹, mais n'en demeure pas moins un partenaire incontournable.

Plus largement, l'UE et l'OTAN souhaitent « élargir et adapter la coopération opérationnelle » en mer et sur la question des migrations et organiser « un partage accru de la connaissance de la situation maritime » et développer une « meilleure coordination et un renforcement mutuel des activités en Méditerranée »⁷⁰. Le 6 décembre 2016, le Conseil de l'Alliance atlantique réuni au niveau des ministres des Affaires étrangères et le Conseil de l'Union ont chacun adopté une feuille de route commune⁷¹ comportant une quarantaine de mesures pour donner corps à cette coopération, ce qui dans notre domaine se traduit par :

65 Cf. K. BAMBERG *et alii*, « European Programme in Integration and Migration Policy Update », European Policy Centre, avril 2019, p. 1-5 ; A. PONCELA SACHO, « Training the Libyan Coast Guard and Navy in the framework of Operation Sophia : a practical example of the externalisation of border within the EU Scope », *I.E.E.S. Opinion Paper*, n° 65, 2019, p. 4-9.

66 *Le Figaro*, 29 mars 2019.

67 Cf. S. CARRERA, R. CORTINAVIS, *Search and Rescue, Disembarkation and Relocation arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility ?*, Bruxelles, CEPS Papers on Liberty and Security in Europe, n° 10, juin 2019, p. 7-9.

68 M. DEN HEIJER, J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, *op. cit.*, p. 624-625 [ma traduction].

69 A. DUMOULIN, N. GROS-VERHEYDE, *op. cit.*, p. 433.

70 *Déclaration commune du président du Conseil européen, du président de la Commission européenne et du secrétaire général de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord*, adoptée à Varsovie le 8 juillet 2016.

71 Communiqué du Conseil de l'Atlantique Nord, PR(2016)178 & Conclusions du Conseil de l'UE 15283/16.

- le renforcement de la coordination entre *Sea Guardian* et *Sophia*, grâce à un partage de l'information, un soutien logistique et une interaction pratique ;
- l'usage du mécanisme Appréciation commune de la situation et déconfliction en Méditerranée (*Shade Med*) ;
- et l'accroissement de la fréquence des réunions entre partenaires participant aux différentes opérations.

Toutefois, la collaboration entre les deux organisations demeure assez faible, l'OTAN étant tièdement motivée à jouer un rôle important dans l'endigement de l'afflux migratoire ou dans la chasse aux contrebandiers, alors que des bâtiments russes et chinois manœuvrent en Méditerranée⁷².

Conclusion : vers une diplomatie sécuritaire ?

Les réseaux de coopération que Frontex et EUROPOL tissent avec les services de sécurité (au sens large du terme) des pays tiers⁷³ afin de lutter contre l'immigration illégale voire la traite humaine donnent naissance à une sorte de « diplomatie sécuritaire » sur laquelle le Parlement européen ou la Cour de justice exercent peu de contrôle, surtout lorsqu'il s'agit d'accords de gestion conclus entre une agence et les autorités d'un pays tiers⁷⁴. Ces pouvoirs en relations extérieures délégués à Frontex témoignent d'un déplacement d'une coopération intergouvernementale au sein du Conseil vers une approche plus supranationale d'une agence⁷⁵.

72 Cf. R. PARKES, « The internal-external nexus : Re-bordering Europe », *European Union Institute for Security Studies Brief Issues*, n° 28, octobre 2016, p. 4.

73 Cf. la communication de Carole BILLET dans le présent ouvrage.

74 Cf. E. OTTAVY, O. CLOCHARD, « Franchir les dispositifs établis par Frontex. Coopérations policières transfrontalières et refoulements en mer Égée », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. XXX, 2014, p. 145-146.

75 Cf. M. FINK, *op. cit.*, p. 24.

PARTIE III
LES AGENCES EN ACTION,
DES INTERRELATIONS PLURIELLES

LE DÉVELOPPEMENT DE LA COOPÉRATION DES AGENCES ELSJ AVEC DES ÉTATS TIERS

ENTRE RECHERCHE D'EFFICACITÉ DANS LA GESTION DE LA « CRISE DES RÉFUGIÉS » ET COHÉRENCE DE L'ACTION EXTÉRIEURE DE L'UNION EUROPÉENNE

Carole BILLET¹

Les agences ELSJ (Espace de liberté, de sécurité et de justice) développent depuis leur création des relations avec des États tiers, et des dispositions ont d'ailleurs toujours été prévues à cet effet dans leurs actes constitutifs, qu'il s'agisse de l'office européen de police (« Europol », 1995)², du Collège européen de police (« Cepol », 2000)³, de l'Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne (« Eurojust », 2002)⁴, de l'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (« Frontex, 2004)⁵, du Bureau européen d'appui en matière d'asile (« EASO », 2010)⁶ ou de l'agence pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle (« EU-LISA », 2011)⁷. À titre d'exemple, l'article 42 de la Convention Europol de 1995, ou encore les articles 13, 14 § 2 et 23 du règlement Frontex de 2004, permettaient à ces deux agences de conclure des accords avec des États tiers ou des organisations internationales compétentes. Au fil du développement de ces agences et de l'extension de leurs mandats respectifs, ces possibilités ont été maintenues et bien souvent étoffées, afin de leur permettre de faciliter la réalisation des objectifs qui leur ont été assignés. Les mandats de ces agences ELSJ ont, en effet, fait l'objet de nombreuses adaptations, voire de profondes rénovations et lors de celles-ci, les dispositions relatives aux relations extérieures de ces agences ont fait l'objet d'importantes modifications. Le mouvement actuel de réforme, qui touche l'ensemble des agences ELSJ, ne fait pas exception.

¹ Maître de Conférences en droit public à l'Université de Nantes, membre de l'UMR CNRS 6297 Droit et changement social.

² Convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police (convention Europol), *JOCE* n° C 316 du 25 novembre 1995, p. 2.

³ Décision 2000/820/JAI du Conseil du 22 décembre 2000 portant création du Collège européen de police, *JOCE* n° L 336 du 30 décembre 2000, p. 1.

⁴ Décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOUE* n° L 63 du 6 mars 2002, p. 1 et décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust [...], *JOUE* n° L 138 du 4 juin 2009, p. 14.

⁵ Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1.

⁶ Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, *JOUE* n° L 132 du 29 mai 2010, p. 11.

⁷ Règlement (UE) n° 1077/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *JOUE* n° L 286 du 1^{er} novembre 2011, p. 1.

Ce mouvement de réforme découle d'une volonté de renforcer les missions et moyens des agences, afin de les rendre plus efficaces face aux crises, et tout particulièrement face à la crise des réfugiés. Cette volonté fut clairement affichée dans le cadre de la transformation de l'agence Frontex, devenue l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes depuis le règlement 2016/1624 du 14 septembre 2016⁸. Le premier considérant du règlement révèle en effet clairement que cette réforme fait suite à la demande du Conseil européen d'effectuer « de plus vastes efforts pour régler la question des flux migratoires sans précédent vers le territoire de l'Union selon une approche globale, y compris par le renforcement de la gestion des frontières afin de mieux gérer les flux croissants de migration mixte ». Cette réforme a notamment permis d'accroître largement les compétences et les moyens matériels et humains de cette agence en vue de la rendre plus efficace pour faire face à la crise migratoire⁹. La proposition de réforme de l'EASO, déposée par la Commission en mai 2016 et visant à transformer ce Bureau en Agence de l'Union européenne pour l'asile¹⁰, constitue un des volets pour l'amélioration du régime d'asile européen commun, et affiche également la volonté de renforcer le rôle de cette agence dans l'élaboration et l'application de la politique d'asile européenne eu égard au contexte de la crise¹¹.

Pour les autres agences, le lien entre leur rénovation et la crise des réfugiés est moins exposé, ce qui s'explique au regard de leur objet qui est davantage tourné vers la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Il n'en demeure pas moins que le mouvement actuel de rénovation touche ces agences, et coïncide donc également avec la crise des réfugiés. Le Cepol, dont la perspective de fusion avec Europol a finalement dû être abandonnée¹², a en effet été modifié – isolément donc – en 2015¹³. Europol a, de son côté, été rénovée profondément en mai 2016¹⁴. La réforme d'Eurojust reste, quant à elle, un chantier en cours depuis 2013, celle-ci peinant à aboutir en raison de son lien inextricable avec le projet de parquet européen¹⁵. L'agence EU-LISA a également fait l'objet d'une

8 Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes [...], *JOUE* n° L 251 du 16 septembre 2016, p. 1. Sur les transformations apportées à cette agence, V. notamment le dossier « La réforme de Frontex : du neuf vraiment ? Dans quelle mesure ? » *RTDE* 2017, constitué des articles suivants : D. RITLÉNG, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », p. 437-456 ; E. DUBOUT « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », p. 457-476 ; A. BOUVERESSE, « Frontex : une agence responsable et sous contrôles ? Ni blanc-seing ni « dirty hands », p. 477-496 ; F. GAZIN, « Peut-on mettre du « vin nouveau dans de vieilles outres ? », p. 487 et L. CLEMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex », p. 511-523.

9 V. sur ce point l'exposé des motifs de la proposition de réforme : Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes [...], COM (2015) 671 final du 15 décembre 2015.

10 Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM (2016) 271 du 4 mai 2016.

11 L'exposé des motifs de la Commission indique clairement que selon celle-ci, « l'Agence fait partie des outils qui peuvent être utilisés pour remédier efficacement aux faiblesses structurelles du RAEC [Régime d'asile européen commun], qui ont encore été aggravées par l'arrivée massive et incontrôlée de migrants et de demandeurs d'asile dans l'Union européenne, en particulier au cours de l'année écoulée », COM (2016) 271 précitée, p. 2.

12 Cette fusion avait été proposée par la Commission (v. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération et la formation des services répressifs (Europol) [...], COM (2013) 173 final du 27 mars 2013) mais a dû être abandonnée suite à l'opposition ferme du Parlement européen et du Conseil.

13 Règlement (UE) 2015/2219 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 sur l'Agence de l'Union européenne pour la formation des services répressifs (CEPOL) et remplaçant et abrogeant la décision 2005/681/JAI du Conseil, *JOUE* n° L 319 du 4 décembre 2015, p. 1.

14 Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI, *JOUE* n° L 135 du 24 mai 2016, p. 53. Auparavant la convention adoptée sur le fondement de l'article K.3 avait été remplacée en 2009 par la décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), *JOUE* n° L 121 du 15 mai 2009, p. 37.

15 Cette agence a déjà été modifiée à plusieurs reprises (v. décision 2003/659/JAI du Conseil du 18 juin 2003, *JOCE* n° L 245 du 29 septembre 2003, p. 44 et décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008, *JOUE* n° L 138 du 4 juin 2009, p. 14). Pour la proposition de modification actuelle, v. Commission européenne, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2013 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust), COM (2013) 535 final. La récente adoption du règlement (UE)

proposition de réforme en 2017¹⁶. Au-delà de la question de l'impact de la crise sur ce mouvement de réforme, le rôle de certaines de ces agences a pu être souligné dans le cadre de la crise des réfugiés. Principalement, le rôle d'Europol est régulièrement mentionné dans les documents d'orientation politique liés à la crise, à l'image de la communication de la Commission relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration¹⁷ ou de la communication intitulée « La migration le long de la route de la Méditerranée centrale – Gérer les flux migratoires, sauver des vies »¹⁸. Cette agence a en effet un rôle important à jouer concernant le démantèlement des réseaux de trafic de migrants dans le cadre de la gestion de la crise des réfugiés, rôle qu'elle a d'ailleurs endossé¹⁹.

Dans ce contexte, la crise des réfugiés, par son ampleur et ses caractéristiques, a mis en exergue l'importance des relations extérieures des agences ELSJ. En effet, de nombreux États tiers voisins voient arriver sur leur territoire des millions de réfugiés qui, pour bon nombre d'entre eux, cherchent ensuite à rejoindre l'Union européenne (UE). Cela rend nécessaire une coopération accrue entre ces agences ELSJ et ces États tiers qui sont, d'une part, confrontés à cette crise humanitaire et peuvent à ce titre avoir besoin d'un soutien opérationnel que les agences sont à même de leur procurer, et qui, d'autre part, apparaissent comme des partenaires clés pour les agences afin d'atteindre les objectifs qui leur sont assignés. Ce constat se vérifie particulièrement pour Frontex, EASO et Europol, agences sur lesquelles sera donc centrée l'analyse dans le cadre de cette contribution.

Cette crise a ainsi largement influencé la réflexion institutionnelle ce qui a conduit à d'importantes évolutions – ou perspectives d'évolutions dans le cadre de l'EASO – dans les dispositions relatives aux relations extérieures de ces organismes. Ces évolutions sont sous-tendues par deux enjeux majeurs qui sont tous deux essentiels et pourtant potentiellement contradictoires : l'efficacité de l'action de l'agence, d'une part, et la cohérence de l'action de l'Union européenne dans la gestion de la crise des réfugiés, d'autre part. La recherche d'efficacité inciterait à laisser à l'agence une souplesse d'action et un degré suffisant d'autonomie pour pouvoir agir rapidement et s'adapter aux circonstances. À l'opposé, la recherche de cohérence nécessite de se tenir à une vision stratégique fixée sur le long terme, et implique un encadrement du travail de ces agences, un contrôle accru de la part des institutions afin de pouvoir appréhender l'action extérieure de l'Union de façon globale, en incluant les relations extérieures des agences. Si face à la crise le besoin d'efficacité est réel, il n'en demeure pas moins essentiel de préserver la cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne dans son ensemble, conformément aux exigences de l'article 21 § 3 du traité sur l'Union européenne

2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen (*JOUE* n° L 283 du 31 octobre 2017, p. 1) devrait permettre la relance de la réforme d'Eurojust.

16 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, modifiant le règlement (CE) n° 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 1077/2011, COM (2017) 352 final du 29 juin 2017.

17 COM (2016) 385 final du 7 juin 2016, p. 5 et 6.

18 JOIN (2017) 4 final/2 du 17 février 2017, p. 6.

19 V. Europol External Strategy 2017-2020, document adopté par le Conseil d'administration d'Europol du 13 décembre 2016, non publié. Ce document souligne p. 2 le rôle de l'agence dans le trafic de migrants, et souligne également p. 4 que la crise migratoire implique un renforcement de la coopération entre l'agence et les États méditerranéens.

(TUE). Il n'est donc pas question de sacrifier l'un ou l'autre et il apparaît bien au contraire nécessaire de trouver un subtil équilibre entre les deux.

L'étude des règles juridiques applicables et de la pratique dans le cadre de la crise des réfugiés révèle ici une emprise croissante des institutions de l'UE sur les relations extérieures des agences, reflétant cette recherche d'équilibre entre efficacité et cohérence. Cette emprise vise à soutenir le développement de la coopération des agences avec les États tiers et à développer de nouveaux outils permettant de satisfaire les objectifs des agences, tout en s'assurant que cette coopération s'intègre pleinement dans l'action extérieure de l'Union européenne. Ainsi, si les institutions ont étendu les possibilités de coopération des agences avec les tiers (I), elles ont, en parallèle, instauré un encadrement accru du développement ces coopérations (II).

I. Une extension des possibilités de coopération des agences avec les États tiers

À la lecture des actes constitutifs rénovés (pour Frontex et Europol) et en cours de rénovation (pour l'EASO – future agence de l'Union européenne pour l'asile) on peut comprendre que la logique actuelle est celle d'une volonté d'étendre les possibilités de coopération des agences avec les tiers. Les éléments insérés visent à permettre plus d'efficacité dans leur action tout en s'assurant de leur pleine intégration dans l'action de l'Union européenne. Ainsi, le législateur a non seulement tenu à souligner l'importance d'une coopération accrue des agences avec les États tiers, laquelle est dorénavant reconnue et affichée (A), mais il a aussi offert aux agences des modalités de coopération enrichies (B).

A. L'importance reconnue d'une coopération accrue des agences avec les États tiers

À la lecture des différents actes constitutifs des agences (récents ou proposés) un premier constat s'impose : le législateur européen souhaite renforcer les possibilités de coopération des agences avec les États tiers. En effet, bien que ces dispositions soient variables d'une agence à l'autre, elles ont en commun d'être de plus en plus étoffées et structurées ce qui témoigne, d'ores et déjà, de l'importance de ces questions. Au-delà de cet aspect formel, dans les différentes dispositions ayant trait à la coopération avec les États tiers présents dans les actes constitutifs des agences, est affirmée non seulement l'importance de cette coopération en lien avec les objectifs de l'agence (ce qui traduit la recherche d'efficacité pour l'action de ces agences), mais il est également affirmé un lien avec la politique de l'Union en matière de relations extérieures (ce qui traduit la recherche de cohérence de l'action de l'UE).

Le lien entre cette coopération externe et les objectifs de l'agence transparaît grâce à l'insertion d'une formule que l'on retrouve systématiquement dans les actes constitutifs, au début des dispositions relatives aux relations des agences avec les partenaires tiers. Il s'agit donc d'une formule-type

au libellé comparable, même si l'on peut observer quelques ajustements selon les agences. Dans le cadre du règlement Frontex de 2016, l'article 54 précise que « dans les domaines qui relèvent de ses activités, et dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, l'Agence facilite et encourage la coopération technique et opérationnelle entre les États membres et les pays tiers [...] ». Dans le règlement relatif à Europol de 2016, l'article 23 indique que « dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de ses missions, Europol peut établir et entretenir des relations de coopération [...] avec des autorités de pays tiers ». Une formule quasi-identique apparaît à l'article 35 de la proposition de règlement relatif à l'agence de l'Union européenne pour l'asile²⁰. Une telle formule est assez classique et figure d'ailleurs depuis longtemps dans ces dispositions relatives aux relations extérieures des agences.

Ce qui est plus novateur est la référence, de plus en plus marquée, à la « politique de l'UE en matière de relations extérieures ». Toutes les agences ne sont toutefois pas concernées par ce mouvement, il n'existe en effet pas de telle référence explicite dans le règlement de 2016 relatif à Europol²¹. À l'inverse, cette référence est particulièrement marquée dans le cadre du nouveau règlement de 2016 relatif à l'agence Frontex. On en trouve une au 46^e considérant introductif du règlement qui indique que « l'agence devrait faciliter et encourager une coopération technique et opérationnelle entre les États membres et les pays tiers dans le cadre de la politique de l'Union en matière de relations extérieures ». La formule est intéressante car il est bien souligné l'importance de cette mission spécifique de l'agence, mais aussi en filigrane la nécessité d'une cohérence avec l'action extérieure de l'Union. Une référence au « cadre de la politique de l'Union en matière de relations extérieures » est également reprise à l'article 54 paragraphe 2 du règlement (l'article portant sur la coopération avec les pays tiers). Une telle formule figure à l'identique dans la proposition de règlement relatif à l'agence européenne pour l'asile dans le considérant introductif 24 et à l'article 35 du texte proposé par la Commission²². Ce dernier article va d'ailleurs plus loin puisqu'il est ajouté, juste après cette formule, que l'agence « ne devrait en aucun cas développer une quelconque politique extérieure indépendante ».

Ces dispositions générales s'accompagnent par ailleurs parfois de précisions supplémentaires sur le rôle stratégique susceptible d'être joué par l'agence dans le cadre global de l'action extérieure de l'UE. L'article 54 paragraphe 1, dernière phrase, du règlement de 2016 relatif à l'agence Frontex indique ainsi que « [l]a mise en place d'une coopération avec les pays tiers permet de promouvoir des normes européennes en matière de gestion des frontières et de retour ». Ainsi, ces relations ne visent pas seulement la pleine réussite des objectifs de l'agence. Il s'agit également d'un moyen de promotion des normes européennes. Concernant la proposition de règlement relatif à l'agence de l'UE pour l'asile, l'article 35 paragraphe 2 évoque le rôle de la future agence pour « promouvoir les

20 La formule proposée est la suivante : « dans les domaines liés à ses activités, et dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, l'Agence facilite et encourage la coopération opérationnelle entre les États membres et les pays tiers ».

21 Cette absence est toutefois contrebalancée par une autonomie beaucoup plus limitée dans le développement des relations conventionnelles avec les partenaires tiers, v. *infra*.

22 Article 35 § 1 : « dans les domaines liés à ses activités, et dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, l'Agence facilite et encourage la coopération opérationnelle entre les États membres et les pays tiers dans le cadre de la politique de l'Union en matière de relations extérieures ».

normes de l'Union européenne en matière d'asile ». On trouve encore d'autres dispositions dans le cadre du règlement Frontex de 2016 ou de la proposition de règlement relatif à l'agence de l'UE pour l'asile, indiquant que l'agence concernée participe à la mise en œuvre des accords externes conclus par l'Union²³, ou encore qu'elle peut bénéficier des instruments financiers de l'action extérieure pour mener ces actions²⁴.

Au-delà de ces éléments de cadrage, on retrouve ponctuellement des dispositions visant à indiquer comment peut être assurée cette cohérence. Ainsi, par exemple, sont évoqués des liens avec d'autres institutions, organes ou organismes de l'UE. L'article 54 paragraphe 2 du règlement relatif à l'agence Frontex mentionne bien que l'agence peut coopérer avec des autorités de pays tiers compétentes « avec le soutien des délégations de l'Union et en coordination avec celles-ci ». L'article 35 paragraphe 1 de la proposition de règlement relatif à l'agence de l'Union européenne pour l'asile indique quant à lui que la coopération avec les pays tiers s'effectue « en coopération avec le Service européen pour l'action extérieure ».

Ces éléments témoignent de cette appréhension nouvelle des relations extérieures des agences, qui sont clairement revalorisées dans le cadre du mouvement actuel de réforme des agences, dans la mesure où elles ne contribuent plus seulement à la réalisation des objectifs de l'agence, mais s'intègrent aussi pleinement dans l'action extérieure de l'Union. Des modalités nombreuses de coopération sont également prévues, lesquelles permettent d'identifier plus clairement comment peut se développer cette coopération.

B. L'enrichissement des modalités de coopération entre les agences et les États tiers

Les modalités de coopération avec les États tiers envisagées dans les actes constitutifs des agences sont nombreuses et ont été largement étoffées par rapport aux précédentes versions de ces instruments. En outre, elles sont dorénavant fréquemment accompagnées de garde-fous visant à préserver la cohérence de l'action de l'UE lors de leur mise en œuvre. Elles sont pour partie communes et pour partie spécifiques à chaque agence, et dans tous les cas adaptées en fonction des objectifs des agences.

Il s'agit tout d'abord de la possibilité d'échanger des informations avec les États tiers. Pour l'agence Europol, il s'agit indiscutablement d'un aspect central de la coopération avec les États tiers, lequel est évoqué tout au long du règlement et fait également l'objet, au sein du chapitre V du règlement sur les relations avec les partenaires, d'une mention spécifique à l'article 23 § 5 (réception et traitement des données provenant de partenaires tiers) et § 6 (transfert de données vers un partenaire tiers).

²³ L'article 54 § 8 du règlement relatif à l'agence Frontex et l'article 35 § 5 de la proposition de règlement relatif à l'agence de l'UE pour l'asile indiquent, dans une formulation identique, que « l'agence participe à la mise en œuvre d'accords internationaux conclus par l'Union avec des pays tiers dans le cadre de la politique de l'Union en matière de relations extérieures et dans des matières régies par le présent règlement ».

²⁴ L'article 54 § 9 du règlement relatif à l'agence Frontex et l'article 35 § 6 de la proposition de règlement relatif à l'agence de l'UE pour l'asile indiquent, dans une formule identique, que « l'agence peut bénéficier de financements de l'Union conformément aux dispositions des instruments pertinents qui appuient la politique de l'Union en matière de relations extérieures ».

Il fait également l'objet d'un article spécifique, l'article 25, lequel détaille les conditions du transfert des données à caractère personnel à une autorité d'un pays tiers. Dans le cadre de la proposition de règlement relatif à une agence de l'UE pour l'asile, l'article 35 paragraphe 4 évoque aussi explicitement l'échange de données « de manière à répondre aux besoins de protection internationale des réfugiés dans les pays tiers et à témoigner sa solidarité avec le pays d'accueil ». Il est d'ailleurs indiqué, ce qui est nouveau par rapport à l'actuel EASO, que l'agence « recueille des informations » et qu'elle peut aussi « sous réserve de l'accord du pays tiers et en accord avec la Commission, coordonner cet échange d'informations ou d'autres actions entre les États membres et un pays tiers sur le territoire de ce dernier ». Dans le cadre de l'agence Frontex, l'échange d'informations ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques au sein des articles du règlement dédiés à la question des relations avec les pays tiers. Cette modalité de coopération apparaît néanmoins tout aussi cruciale que pour les autres agences en pratique, et notamment pour la mise en œuvre de l'article 54 paragraphe 6 du même règlement qui indique que l'agence « coopère avec les autorités compétentes des pays tiers en matière de retour, y compris pour l'acquisition des documents de voyage ».

La mise en place d'officiers de liaison dans les pays tiers est également une modalité de coopération privilégiée et qui connaît une recrudescence depuis la crise des réfugiés comme en témoigne le cas de l'agence Frontex. Un article du règlement de 2016 a d'ailleurs été consacré à cette question, signe que le législateur a souhaité accorder à cette modalité de coopération une attention particulière. L'article 55 évoque ainsi l'hypothèse de l'envoi d'officiers de liaison, qui sont des experts issus du personnel de l'agence, ainsi que l'accueil d'officiers détachés par un pays tiers. L'envoi et l'accueil de ces officiers est décidé par le conseil d'administration sur la base d'une analyse des risques, laquelle doit dès lors mettre en exergue les besoins spécifiques justifiant la mise en place d'officiers de liaison vers (ou provenant d') un État donné. Ces officiers permettent ainsi de renforcer la coopération avec les États tiers, à travers des contacts permanents, afin de mieux surveiller les flux migratoires dans des zones ciblées (« key migratory routes »). Un premier officier de liaison a ainsi été déployé en Turquie au printemps 2016, et deux officiers de liaison supplémentaires l'ont été en 2017, au Niger et en Serbie. D'autres devraient être suivis dans les années à venir ; en effet, la Commission a pu indiquer dans un rapport de suivi sur l'agence qu'il était envisagé de déployer dans les années à venir jusqu'à dix officiers de liaison dans des pays considérés comme prioritaires²⁵. Dans le cadre de l'EASO, il n'est pas évoqué directement la possibilité de mettre en place de tels officiers de liaison. Toutefois, la coopération développée avec le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) a conduit à l'installation au sein de l'agence d'un représentant qui, bien qu'il ne porte pas ce nom d'officier de liaison, en remplit bien les fonctions et va même au-delà. En effet, le règlement (UE) n° 439/2010 prévoit bien une coopération étroite avec le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, et même une présence au sein de l'agence puisque l'article 25 § 4 indique qu'« un représentant du HCR est membre du conseil d'administration, sans droit de vote ». Il en est de même dans la proposition de règlement relatif à l'agence de l'UE pour l'asile²⁶. Il s'agit toutefois là d'un

25 Rapport sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, COM (2017) 42 du 25 janvier 2017, p. 11.

26 V. Article 39 de la proposition de règlement de la Commission.

cas très particulier. Dans le cadre d'Europol, le réseau d'officiers de liaison est un élément crucial de la coopération avec les États tiers depuis de nombreuses années. Si contrairement à Frontex, il n'existe pas de disposition portant spécifiquement sur cette question – les officiers de liaison évoqués à l'article 8 du règlement étant les officiers de liaison détachés par les États membres – de nombreux officiers de liaison ont toutefois déjà été mis en place. Ils ont en réalité été prévus dans des instruments conventionnels, c'est-à-dire dans les accords de coopération conclus par Europol avec les États concernés²⁷. La stratégie extérieure d'Europol 2017-2020²⁸ souligne à cet égard que cette « communauté » des officiers de liaison – incluant donc les officiers des États membres et ceux détachés par les États tiers – constitue une des originalités de l'agence, et que le réseau devrait s'étendre et la coopération avec les officiers déjà en place être accrue²⁹.

Est également envisagée la possibilité d'inviter des observateurs de pays tiers à participer aux activités de l'agence. Cette possibilité, qui ne figure pas dans le règlement 2016 relatif à Europol, est à l'inverse prévue pour Frontex à l'article 54 paragraphe 7 du règlement de 2016 et a été largement sollicitée par l'agence pour la gestion de la crise des réfugiés. Ainsi, dans le cadre de l'opération *Triton*, le rapport annuel 2016 fait état du déploiement d'observateurs provenant de plusieurs États tiers au sein du centre de coordination internationale qui dirige l'opération, à savoir l'Albanie, la Moldavie, l'Ukraine et le Nigeria³⁰. L'utilité de ces observateurs est soulignée par ce rapport, notamment grâce à la mention d'un exemple concret qui relate le rôle déterminant joué par l'observateur albanais dans l'interception d'un bateau ayant conduit à l'arrestation de trafiquants³¹. La proposition de règlement relatif à l'agence de l'UE pour l'asile prévoit en son article 35 paragraphe 3 que l'Agence pourra « avec l'accord de l'État membre d'accueil, inviter des représentants de pays tiers à observer les mesures opérationnelles et techniques ». Un garde-fou est toutefois immédiatement posé puisqu'il est indiqué que cette possibilité ne pourra être utilisée que « pour autant que leur présence ne compromette pas la réalisation des objectifs de ces mesures et qu'elle soit susceptible d'améliorer la coopération et l'échange de bonnes pratiques »³².

Enfin, on notera que le règlement relatif à l'agence Frontex prévoit une modalité de coopération inédite à l'article 54 paragraphe 3, à savoir la possibilité de déployer des équipes dans un pays tiers, sous certaines conditions précisément fixées par le règlement³³ et incluant la mise en place d'un accord conclu avec l'État tiers concerné.

On relèvera par ailleurs, qu'au-delà de ces différentes modalités de coopération, les partenaires sont appréhendés de manière globale dans les statuts, aucune restriction ou aucun ciblage particulier n'est effectué, exception faite, pour les agences relevant de l'acquis de Schengen, du cas particulier des

27 V. par exemple l'article 9 de l'accord opérationnel conclu avec la Géorgie, disponible sur le site de l'agence Europol à l'adresse suivante : <https://www.europol.europa.eu/partners-agreements/operational-agreements> (consulté en janvier 2018).

28 Document précité adopté par le Conseil d'administration du 13 décembre 2016.

29 Europol External Strategy, p. 3.

30 Rapport annuel Frontex 2016, p. 20. http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/Governance_documents/Annual_report/2016/Annual_Activity_Report_2016.pdf (consulté en janvier 2018).

31 *Idem*.

32 COM (2016) 271, précité, p. 43.

33 Article 54 § 4.

États associés Schengen³⁴. Cela laisse aux agences l'opportunité de développer des relations au gré des besoins, sauf dans l'hypothèse où un accord est nécessaire pour mettre en place ces relations, auquel cas le contrôle des institutions est de plus en plus poussé. En dehors de cette dernière hypothèse, qui fera l'objet d'un développement spécifique *infra*, les dispositions peuvent être mises en œuvre avec beaucoup de souplesse et permettent une adaptabilité face aux enjeux auxquels doivent faire face une agence donnée ou l'évolution d'une situation telle que la crise des réfugiés.

Les évolutions des règlements constitutifs des agences ELSJ reflètent ainsi largement la volonté des institutions d'étendre les possibilités de développement des relations extérieures des agences. Celles-ci ont déjà été largement sollicitées dans le cadre de la crise des réfugiés. Le libellé de ces dispositions témoigne de l'équilibre recherché entre la quête d'efficacité de l'action des agences et la cohérence de l'action de l'UE dans la mesure où sont presque systématiquement insérés des éléments visant à établir des garde-fous applicables lors du développement des relations extérieures des agences. Il s'agit donc ici de soutenir le développement de ces relations extérieures, tout en s'assurant que cette extension restera maîtrisée. Les institutions sont toutefois allées bien au-delà, et ont développé diverses techniques permettant un encadrement accru du développement de la coopération des agences avec les pays tiers.

II. Un encadrement accru du développement de la coopération des agences avec les États tiers

L'ampleur de la crise des réfugiés a incontestablement poussé les institutions de l'Union européenne à vouloir renforcer le contrôle exercé sur les agences ELSJ impliquées, et tout particulièrement sur les relations extérieures développées par ces agences afin de pouvoir développer une vision stratégique globale des relations avec les États tiers. Cela a conduit les institutions à encadrer plus strictement le développement des relations extérieures des agences, réduisant *a fortiori* l'autonomie de ces dernières. Cela passe tout d'abord par une réappropriation du développement des instruments conventionnels organisant les relations extérieures de ces agences (A). Dans le prolongement, cela passe ensuite par une intégration systématique des relations extérieures des agences dans les documents d'orientation politique de l'UE (B).

34 Ces États (Islande, Norvège, Suisse et Liechtenstein) bénéficient, du fait de leur participation à la coopération Schengen, d'un statut très particulier, et tout à fait dérogatoire, dans les agences ELSJ relevant de l'acquis de Schengen, soit ici Frontex et l'EASO. V. par ex. l'article 63 § 3 du règlement relatif à l'agence Frontex qui indique qu'ils participent aux activités de l'agence et disposent d'un représentant au conseil d'administration. V. également les arrangements conclus pour organiser la participation de ces États aux activités de l'agence : arrangement entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur les modalités de la participation de ces États aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 188 du 20 juillet 2007, p. 19 et arrangement entre la Communauté européenne, d'une part, et la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein, d'autre part, sur les modalités de la participation de ces États aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* n° L 243 du 16 septembre 2010, p. 4.

A. La réappropriation partielle des instruments conventionnels structurant les relations extérieures des agences par les institutions de l'UE

Une des transformations les plus notables dans les modifications apportées aux actes constitutifs des agences tient à ce que les accords structurant les relations extérieures des agences ne sont plus négociés et conclus directement par les agences elles-mêmes, mais peuvent être – dans des proportions variables selon les agences – conclus par les institutions de l'UE elles-mêmes, ce qui entraîne une réappropriation par ces institutions des relations conventionnelles de l'agence avec ses partenaires. La sollicitation d'un accord négocié et conclu par les institutions de l'UE pour structurer les relations extérieures des agences n'est pas totalement inédite, mais cette solution n'était utilisée auparavant que dans un cas très spécifique pour ces agences ELSJ, à savoir lorsqu'il fallait organiser la « pleine participation » des États associés Schengen aux agences constituant un développement de l'acquis de Schengen. Pour le reste, ces accords organisant les relations de l'agence avec les États tiers relevaient de la compétence de l'agence, même si un contrôle plus ou moins intense pouvait être exercé par les institutions. Le mouvement actuel de réappropriation est donc manifeste, même si le degré ou les modalités varient selon les agences, ce qui implique d'identifier séparément, pour chacune des agences, les évolutions enregistrées.

Concernant l'agence Frontex, l'ex-article 14 évoquait, dans sa formule découlant du règlement (CE) n° 2007/2004 que « l'agence peut coopérer avec les autorités de pays tiers compétentes dans les domaines régis par le présent règlement dans le cadre d'accords de travail conclus avec ces autorités, conformément aux dispositions pertinentes du traité ». Une grande autonomie était alors donc laissée à l'agence. Le règlement (UE) n° 1168/2011 avait apporté une précision visant à encadrer quelque peu le contenu de ces accords. La mention suivante avait été ajoutée : « ces accords de travail ont uniquement trait à la gestion de la coopération opérationnelle », ce afin d'éviter que l'accord de travail n'empiète sur la coopération développée directement par les institutions de l'Union avec l'État tiers concerné. La procédure de conclusion de ces accords de travail avait été établie par l'agence elle-même, *via* une décision du conseil d'administration du 1^{er} septembre 2006³⁵. L'agence bénéficiait donc d'une très large autonomie. Ces dispositions ont été largement sollicitées puisque dix-huit accords de travail ont été conclus entre Frontex et des autorités compétentes des États tiers³⁶. Dans le cadre du règlement de 2016, le contrôle sur le développement de ces relations conventionnelles se voit largement renforcé. Le règlement, en son article 54 paragraphe 2, précise quelque peu le contenu de ces accords, renommés d'ailleurs « arrangements de travail ». En effet, il est indiqué que ces derniers « précisent l'étendue, la nature et la finalité de la coopération et ont trait à la gestion de la coopération opérationnelle ». Surtout, il est précisé que les projets d'arrangements doivent être « préalablement approuvés par la Commission », laquelle pourra donc effectuer un contrôle sur le contenu de l'arrangement et s'assurer de la cohérence de son contenu avec l'action extérieure de

35 Decision of the management board of Frontex of 01/09/2006, laying down the procedures for negotiating and concluding working arrangements with third countries and international organisations. Ce document n'est toutefois plus consultable sur le site de l'agence.

36 De tels accords de travail ont été conclus entre Frontex et dix-huit États tiers sur la base de cette procédure. Sont concernés la Russie, l'Ukraine, la Moldavie, la Géorgie, l'Ancienne République Yougoslave de Macédoine (ARYM), la Serbie, l'Albanie, la Bosnie et Herzégovine, les États-Unis, le Monténégro, la Biélorussie, le Canada, le Cap-Vert, le Nigeria, l'Arménie, la Turquie, l'Azerbaïdjan et le Kosovo.

l'UE. Le Parlement européen devra quant à lui être « informé » préalablement à la conclusion d'un arrangement de travail. Par ailleurs, aux côtés de ces arrangements de travail sont mis en place, par l'article 54 paragraphe 4, une nouvelle catégorie d'accords dénommés « accords sur le statut » qui, bien que portant également sur les relations entre l'agence et les États tiers, échappent quant à eux complètement à l'agence dans leur élaboration. Ces nouveaux accords ont vocation à intervenir dans l'hypothèse, elle aussi nouvelle, d'un déploiement des équipes de Frontex sur le territoire d'un État tiers, laquelle a été introduite suite à certaines difficultés rencontrées en 2015 pour le traitement des flux migratoires le long de la route des Balkans occidentaux³⁷. Au regard du caractère sensible sur le plan politique d'un tel déploiement, le législateur européen a souhaité réserver la conclusion de tels accords aux institutions de l'Union. Ces accords sur le statut qui « couvre[nt] tous les aspects nécessaires à l'exécution des actions »³⁸ doivent indiquer « en particulier, l'étendue de l'opération, la responsabilité civile et pénale, ainsi que les tâches et les compétences des membres des équipes ». Ils doivent par ailleurs être conclus entre « l'Union et les pays tiers concernés », sur le fondement de la procédure prévue à l'article 218 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), soit la procédure relative à la conclusion des accords externes de l'Union. La Commission travaille actuellement activement à la mise en place de tels accords : elle a dès le mois de novembre 2016 élaboré un modèle pour ces accords³⁹, puis, courant 2017 a présenté des recommandations au Conseil, afin d'autoriser l'ouverture de négociations avec divers États des Balkans. Le Conseil a d'ailleurs déjà autorisé l'ouverture des négociations pour de tels accords avec la Serbie et l'ARYM en février 2017⁴⁰, et avec le Monténégro, l'Albanie et la Bosnie et Herzégovine en octobre 2017⁴¹. Les négociations avec la Serbie ont même déjà commencé⁴². On relèvera que les décisions autorisant l'ouverture de négociations font référence à la possibilité d'une représentation de l'agence pendant les négociations. Toutefois, il ne s'agit que d'un rôle limité puisqu'il est prévu que « la Commission sera assistée d'un représentant de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes, en qualité d'expert technique »⁴³.

Dans le cadre de l'agence Europol, le législateur est allé plus loin en généralisant le recours à des accords conclus par l'UE régissant les relations entre l'agence et les États tiers. Il faut toutefois rappeler que les accords visant à structurer les relations entre Europol et les États tiers et à permettre le transfert de données entre l'agence et les États tiers faisaient déjà, avant la rénovation de l'agence en 2016, l'objet d'un encadrement particulièrement important par les institutions de l'UE. En effet,

37 COM (2017) 42 du 25 janvier 2017, p. 11.

38 Article 54 § 4.

39 Un tel modèle d'accord était prévu par le règlement à l'article 54 § 5. V. Communication de la Commission, Modèle d'accord sur le statut, tel que visé à l'article 54, paragraphe 5, du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, COM (2016) 747 du 22 novembre 2016.

40 V. Document du Conseil n° 6179/17 du 21 février 2017 concernant l'autorisation d'ouverture de négociations avec la Serbie, et document du Conseil n° 6180/17 du 21 février 2017 concernant l'autorisation d'ouverture de négociations avec l'ancienne République yougoslave de Macédoine.

41 V. Document du Conseil n° 12066/17 du 2 octobre 2017 concernant l'autorisation d'ouverture de négociations avec le Monténégro, document du Conseil n° 12061/17 du 2 octobre 2017 concernant l'autorisation d'ouverture de négociations avec l'Albanie, et document du Conseil n° 12060 du 2 octobre 2017 concernant l'autorisation d'ouverture de négociations avec la Bosnie et Herzégovine.

42 Deux premières sessions ont en effet eu lieu en avril 2017 et mai 2017.

43 Formulation que l'on retrouve dans toutes les décisions d'ouverture des négociations, dans des articles différents selon la décision concernée : v. article 3 des décisions concernant la Serbie et l'ARYM et article 2 des décisions concernant le Monténégro, l'Albanie et la Bosnie et Herzégovine.

comme pour Frontex, c'était bien l'agence elle-même qui négociait et concluait ces accords, prévus à l'article 23 de la décision 2009/371/JAI⁴⁴. Toutefois, plusieurs décisions du Conseil avaient été adoptées pour encadrer ces accords, l'une « portant adoption des règles d'application régissant les relations d'Europol avec ses partenaires »⁴⁵, et l'autre « établissant la liste des États ou organisations tiers avec qui Europol conclut des accords »⁴⁶. En application de ces décisions il existait donc un double encadrement par le Conseil, même si dans chaque cas, l'autonomie de l'agence demeurait néanmoins préservée. Tout d'abord, concernant la liste des partenaires établie par le Conseil, quand bien même l'agence ne pouvait pas aller au-delà de cette liste, elle voyait son autonomie préservée dans le sens où elle restait libre de conclure ou non ces accords avec les États figurant sur la liste. Ensuite, concernant la procédure de conclusion, c'était bien le directeur de l'agence qui négociait ces accords de coopération, quand bien même le Conseil détenait de nouveau un droit de regard sur le contenu de certains accords dits « accords opérationnels » qui prévoyaient la possibilité de transférer des données à caractère personnel et pour lesquels l'approbation de cette institution était nécessaire⁴⁷. De tels accords dits « opérationnels » ont été conclus avec de nombreux partenaires⁴⁸ et notamment avec plusieurs États des Balkans. D'autres accords dits « stratégiques »⁴⁹, ne permettant pas l'échange de données à caractère personnel, ont également été conclus par l'agence. Ces différents accords, conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau règlement (soit le 1^{er} mai 2017), sont maintenus en vigueur, et peuvent continuer à servir de fondement pour la coopération avec des États tiers⁵⁰. Néanmoins, la typologie change pour l'avenir. En effet, en vertu du nouveau règlement de 2016, il est prévu qu'à l'avenir, les accords visant à permettre le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers soient des accords internationaux conclus sur la base de l'article 218 TFUE. Dès lors, l'agence Europol pourra dorénavant se voir imposer un partenaire avec qui elle devra procéder à des échanges de données. Elle ne devra pas se contenter de conclure des « arrangements administratifs » visant à mettre en œuvre ces accords⁵¹. Même pour les anciens accords déjà conclus, leur maintien n'est que temporaire puisque le règlement prévoit « qu'au plus tard le 14 juin 2021, la Commission évalue les dispositions figurant dans les accords de coopération [...], en particulier celles concernant la protection des données »⁵². Sur la base de cette évaluation dont le Conseil et le Parlement devront être informés des résultats, la Commission pourra présenter au Conseil une recommandation de décision autorisant l'ouverture de négociations en vue de la conclusion d'accords internationaux⁵³ visant à les remplacer. Pour l'heure, la Commission a déjà demandé, en décembre 2017, au Conseil l'autorisation d'ouvrir des négociations pour la négociation d'accords avec de nombreux États,

44 Décision du Conseil n° 2009/371/JAI du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol), *JOUE* n° L 121 du 15 mai 2009, p. 37.

45 Décision 2009/934/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 portant adoption des règles d'application régissant les relations d'Europol avec ses partenaires, notamment l'échange de données à caractère personnel et d'informations classifiées, *JOUE* n° L 325 du 11 décembre 2009, p. 6.

46 Décision 2009/935/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 établissant la liste des États et organisations tiers avec lesquels Europol conclut des accords, *JOUE* n° L 325 du 11 décembre 2009, p. 12.

47 V. article 6 § 3.

48 Albanie, Australie, Bosnie et Herzégovine, Canada, Colombie, ARYM, Géorgie, Islande, Liechtenstein, Moldavie, Monaco, Monténégro, Norvège, Serbie, Suisse, Ukraine, États-Unis.

49 Chine, Russie, Turquie, Émirats Arabes.

50 Article 25 § 1 c) du règlement de 2016.

51 Article 25 § 1 b) et dernier alinéa.

52 Article 25 § 4.

53 *Idem*.

qui ont tous pour caractéristique d'être des États méditerranéens. Ils sont donc en mesure de jouer un rôle décisif dans la gestion de la crise des réfugiés. Sont en effet concernés le Maroc⁵⁴, Israël⁵⁵, l'Algérie⁵⁶, la Turquie⁵⁷, le Liban⁵⁸, la Jordanie⁵⁹, la Tunisie⁶⁰ et l'Égypte⁶¹.

Concernant l'EASO, on relèvera que l'actuelle proposition de règlement visant à instaurer une agence de l'Union européenne pour l'asile ne prévoit pas la sollicitation de tels accords conclus par l'Union sur le fondement de la procédure prévue à l'article 218 TFUE. Par contre, il est bien prévu que les « arrangements de travail » évoqués à l'article 35 de la proposition doivent obtenir l'approbation préalable de la Commission et que le Parlement européen soit informé de ces arrangements.

Ainsi, les institutions vont jouer un rôle plus décisif dans le développement des relations conventionnelles organisant la coopération entre les États tiers et les agences ELSJ. Ils peuvent dorénavant s'immiscer davantage dans la procédure dans l'hypothèse d'un accord conclu par l'agence et, surtout, se réserver la conclusion des accords organisant cette relation dans plusieurs hypothèses. Cette volonté de mieux contrôler les relations extérieures des agences passe, outre ce rôle dans l'adoption d'instruments juridiques, par une attention accrue portée aux relations extérieures des agences dans les documents d'orientation politique adoptés.

B. L'intégration systématique des relations extérieures des agences dans les documents d'orientation politique de l'Union européenne

Depuis l'éclatement de la crise des réfugiés, les institutions ont affiché explicitement une volonté d'assurer la cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne en procédant à une articulation plus systématique de leurs activités avec celles développées au niveau des agences. On observe ainsi une intégration de plus en plus systématique du rôle susceptible d'être joué par les agences dans les différents documents d'orientation politique établis par les institutions.

Cela apparaît notamment dans les documents relatifs à la coopération UE-Turquie, qui est un partenaire clé de l'Union européenne dans la gestion de la crise des réfugiés. Si la déclaration dite « UE-Turquie » du 18 mars 2016⁶² ne contient pas de référence directe à la coopération avec les agences, les rapports de la Commission sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de cette déclaration, lesquels font état de l'ensemble des modalités de coopération sollicitées sont, de ce point de vue, révélateurs. Le rôle des agences y est clairement souligné⁶³ et les mesures concrètes

54 COM (2017) 808 final du 20 décembre 2017.

55 COM (2017) 806 final du 20 décembre 2017.

56 COM (2017) 811 final du 20 décembre 2017.

57 COM (2017) 799 final du 20 décembre 2017.

58 COM (2017) 806 final du 20 décembre 2017.

59 COM (2017) 798 final du 20 décembre 2017.

60 COM (2017) 807 final du 20 décembre 2017.

61 COM (2017) 809 final du 20 décembre 2017.

62 Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016, communiqué de presse 144/16. Le Tribunal de l'Union européenne a néanmoins considéré que malgré la dénomination retenue, il ne s'agissait pas ici d'un acte d'une institution de l'Union européenne vis-à-vis duquel il serait compétent pour contrôler la légalité au titre de l'article 263 TFUE (v. Trib. UE, Ordonnance du 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, aff. T-192/16).

63 V. par exemple le sixième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie (COM (2017) 323 du 14 juin 2017), qui indique qu'« il demeure indispensable que les États membres apportent d'urgence des réponses substantielles aux besoins recensés

mises en œuvre par l'agence à l'égard de la Turquie y sont identifiées. On trouve ainsi mention du déploiement d'agents du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, ou de la mise en place d'un programme de formation par l'EASO⁶⁴. Le rôle d'Europol et de Frontex est également souligné dans le cadre de la coopération UE-Libye. Ces agences sont en effet présentées comme devant jouer un rôle actif, notamment pour la surveillance des filières d'approvisionnement en canots gonflables bon marché et impropres à la navigation en mer, ce qui passe par une nécessaire coopération avec les autorités libyennes pour interrompre l'approvisionnement des passeurs⁶⁵.

Au-delà du rôle susceptible d'être joué par les agences à l'égard d'un pays donné, le rôle des agences est également envisagé plus globalement dans le cadre de différents documents d'orientation politique organisant l'approche stratégique de l'Union dans un domaine spécifique. Bien évidemment, dans le domaine migratoire, les références sont nombreuses. Par exemple, la communication de la Commission adoptée en juin 2016 relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration⁶⁶ souligne qu'« en mer Égée et en Méditerranée centrale, Frontex coopère avec l'OTAN et l'EUNAVFOR MED opération Sophia, dans une combinaison associant leurs différents rôles en matière de gestion des migrations, de collecte de renseignements sur le trafic de migrants, d'échange d'informations, de coordination des patrouilles et de collaboration lors des débarquements »⁶⁷. Les rapports sur la mise en œuvre de ce cadre de partenariat font d'ailleurs très largement état du rôle joué par les agences, ces dernières étant mentionnées à de très nombreuses reprises⁶⁸. Dans les documents stratégiques relatifs à la PESC, ce rôle est également souligné, comme en témoigne la stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne présentée par la Haute représentante au Conseil européen du 28 juin 2016. Ce document évoque, en effet, la nécessité de relever les défis revêtant une dimension à la fois intérieure et extérieure, et souligne la nécessité que les missions et opérations relevant de la PESC puissent « agir de concert avec le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et les agences spécialisées de l'UE pour renforcer la protection des frontières et la sécurité maritime afin de sauver davantage de vies, de lutter contre la criminalité transfrontière et de démanteler les réseaux de passeurs »⁶⁹. À ce titre, l'importance du partage d'informations entre l'EUNAVFORMED et ces agences est mise en exergue⁷⁰.

par le Bureau européen d'appui en matière d'asile et par le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, de sorte que les agences de l'UE puissent soutenir efficacement la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », p. 4.

64 V. le cinquième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie, COM (2017) 204 final du 2 mars 2017, notamment p. 4.

65 V. la communication conjointe de la Commission et de la Haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité « La migration le long de la route de la Méditerranée centrale – Gérer les flux migratoires, sauver des vies », JOIN (2017) 4 final/2 du 17 février 2017, p. 6.

66 COM (2016) 385 final du 7 juin 2016.

67 *Ibid.*, p. 5.

68 Cinquième rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration, COM (2017) 471 final du 6 septembre 2017.

69 Voir document du Conseil n° 10715/16 du 28 juin 2016, p. 16.

70 *Idem.*

Le rôle susceptible d'être joué par les relations entre les agences et les États tiers est également de plus en plus pris en compte dans les instruments négociés par les institutions de l'UE avec les partenaires tiers. Si, pour l'heure, le rôle des agences ELSJ n'est pas encore clairement envisagé dans les accords globaux conclus par l'Union, d'autres documents bilatéraux évoquent la coopération avec les agences ELSJ. C'est ainsi le cas dans les partenariats pour la mobilité qui font explicitement référence au rôle joué par les agences dans la mise en œuvre du partenariat⁷¹. Par ailleurs, le récent « pacte » mis en place avec le Liban dans le cadre des nouvelles priorités de partenariats, et qui s'inscrit dans le cadre d'une volonté de renforcer la coopération entre l'UE et cet État dans le contexte de la crise des réfugiés, évoque également le rôle susceptible d'être joué par les agences dans la mise en œuvre de ce pacte⁷².

On notera par ailleurs que cette volonté d'intégration des relations extérieures des agences dans la stratégie de l'UE est également présente du côté des agences qui envisagent de plus en plus leurs relations extérieures en tenant compte des orientations politiques globales fixées par les institutions. Cela transparaît clairement dans les documents internes des agences adoptés ces dernières années. L'approche était auparavant davantage autocentrée, au sens où il était essentiellement tenu compte des objectifs de l'agence quand étaient envisagés les besoins de développement de coopération avec les États tiers. Toutefois, de nombreux documents récents, établis dans le contexte de la crise des réfugiés, font au contraire largement référence aux objectifs généraux de l'action extérieure de l'Union et aux documents d'orientation établis par les institutions de l'UE, ce qui témoigne d'une volonté de développer une telle cohérence. Ainsi par exemple, le rapport annuel de Frontex de 2015 indique que « Frontex a poursuivi la mise en œuvre du projet de renforcement des capacités de gestion intégrée des frontières du partenariat oriental »⁷³ et celui de 2016 évoque les documents d'orientation politique clés de l'année en matière de relations extérieures et notamment la Stratégie Globale de l'Union européenne en matière de politique étrangère et de sécurité. Il apparaît donc que les relations extérieures de Frontex s'inscrivent bien dans une approche générale élaborée au niveau de l'UE. Dans le cadre de l'EASO, le programme annuel 2017 évoque notamment le rôle de l'agence dans la mise en œuvre des programmes pour le développement et la protection régionale des réfugiés⁷⁴. Au sein d'Europol, l'existence de la Stratégie Extérieure d'Europol 2017-2020, mise en place conformément à l'article du 12 règlement de 2016⁷⁵ témoigne clairement de cette volonté de définir les relations extérieures de l'agence au regard de la stratégie globale de l'UE. On relèvera par exemple que la Stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne et l'agenda

71 Ainsi le Partenariat pour la mobilité mis en place avec le Maroc indique explicitement que « [l]es agences de l'UE, FRONTEX, EUROPOL, CEPOL, EUROJUST, EASO et l'ETF, seront associées à la mise en œuvre du partenariat », v. point 40 de la déclaration. Déclaration conjointe établissant un Partenariat de Mobilité entre le Royaume du Maroc et l'Union européenne et ses États membres, doc.6139/13, 3 juin 2013.

72 V. Décision n° 1/2016 du Conseil d'association UE-Liban du 11 novembre 2016 approuvant les priorités de partenariat UE-Liban [2016/2368], *JOUÉ* n° L350 du 22 décembre 2016 p. 114, spéc. p. 118.

73 Rapport annuel Frontex 2015, p. 12.

74 Programme annuel 2017, disponible sur le site de l'agence <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Annex%203-Work%20Programme%202017-SPD%20Master-151216.pdf> (consulté en janvier 2018).

75 Cet article prévoit en effet en son paragraphe 2 une programmation pluriannuelle qui « comprend la stratégie pour les relations avec les pays tiers et les organisations internationales ». Le document intitulé « Europol External Strategy » remplit cette fonction même si formellement il s'agit d'un document distinct du document intitulé « Europol Programming Document 2017-2019 ». Ce dernier document renvoie d'ailleurs explicitement à la « Europol External Strategy » concernant la coopération avec les États tiers et les organisations internationales. V. <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/europol-programming-document>, p. 11 (consulté en janvier 2018).

européen en matière de migration sont présentés au sein de ce document comme le fondement de cette Stratégie extérieure d'Europol⁷⁶. Le point 2.1 de cette Stratégie extérieure d'Europol, qui est d'ailleurs intitulé « Contributing to the implementation of the EU strategic framework » souligne qu'Europol est « fermement ancré » dans le cadre général de l'action de l'UE. Ce document, fixant les priorités de développement des relations avec les pays tiers, insiste par ailleurs sur la nécessité de développer la coopération avec les États d'Afrique du Nord et du Moyen-Orient, pour répondre aux besoins de la crise migratoire⁷⁷. Il précise en outre qu'une coopération étroite doit être menée avec la Turquie, mais que le développement de cette coopération dépendra des relations générales entre l'UE et la Turquie⁷⁸, ce qui témoigne, une fois encore, de la volonté de l'agence d'intégrer son action extérieure à celle de l'Union.

Ainsi, de nombreux mécanismes sont mis en place pour s'assurer que le développement des relations extérieures des agences s'intègre pleinement dans l'action extérieure de l'Union européenne. La crise des réfugiés en Méditerranée a engendré de nombreuses évolutions de la gestion de la coopération des agences de l'UE avec des États tiers, qui transparaissent tant dans de nouvelles dispositions insérées dans les actes constitutifs que dans la mise en œuvre de ces dispositions. Le rôle de la coopération opérationnelle développé par les agences est aujourd'hui affiché, et la nécessité d'une appréhension globale et cohérente des relations menées entre l'UE et les États tiers qui inclut la coopération avec les agences pleinement reconnue. Reste à vérifier si ces efforts déployés permettront, à terme, une efficacité réelle face à la crise et une cohérence effective de l'action extérieure de l'UE.

Janvier 2018

76 *Ibid.*, p. 1.

77 *Ibid.*, p. 4.

78 *Ibid.*, p. 4.

UNE AGENCIARISATION EN DEVENIR ? DIX ANS DE RÉSEAU EUROPÉEN DES MIGRATIONS

Romain FOU CART¹

La mise en place d'agences décentralisées dans l'Union n'est pas un phénomène nouveau. Dès les premières heures du processus d'intégration, la Cour de Justice posait en effet dans ses arrêts *Meroni* et *Romano* les conditions de validité des organes administratifs décentralisés mis en place par le législateur². Ce phénomène s'est accentué à mesure que les compétences de l'Union européenne se sont étendues³. Les raisons de cette intensification apparaissent multiples. Elles vont du renforcement du caractère concret de l'action de l'Union à l'impératif de développement de l'expertise dans des domaines complexes et, au bout du compte, à la consolidation de la légitimation de l'action administrative des institutions⁴. À l'heure actuelle, on en dénombre plus d'une quarantaine, qui interviennent dans des matières extrêmement variées. Cette prolifération⁵ a opéré de manière progressive. Quatre phases historiques peuvent être isolées : la première concerne la mise en place des premières agences. La deuxième voit la création de l'agence européenne pour l'environnement, quand la troisième phase, dans la décennie 2000, concerne des agences mises en place pour répondre à des crises comme Frontex ou l'agence européenne de sécurité alimentaire. La dernière phase de cette évolution a commencé à la fin de la décennie 2000⁶.

Le caractère arbitraire de la délimitation n'est pas cantonné à l'aspect historique du développement des agences. Il est en effet très difficile, comme le soulignent de nombreuses études doctrinales, de dégager des critères juridiques précis de classification de ces différents types d'organes. Ainsi pour M. Chamon : « les agences sont alors définies comme des organismes permanents de droit public de l'UE, établis par les institutions par un acte de droit dérivé, qui disposent de leur propre personnalité juridique »⁷. D'après L. Dubouis et C. Blumann, « dresser une typologie ou tenter une

1 Doctorant, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 CJUE, 6 avril 1962, *Meroni c/ Haute autorité*, C-21/61, ECLI:EU:C:1962:12 ; CJUE, 14 mai 1981, *Romano*, C-98/80, ECLI:EU:C:1981:104.

3 E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne ? » in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 49-74.

4 R. MEHDI, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de "l'agenciarisation" de l'Union – Quelques questions constitutionnelles », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 693-707.

5 C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016, 6e éd., p. 340.

6 M. CHAMON, « Les agences de l'Union européenne : origines, état des lieux et défis », *Cahiers de droit européen*, 2015/1, p. 293-318, p. 295.

7 *Ibid.*, p. 294 ; E. CHITI, « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 357-369, p. 359 ; R. MEHDI, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de "l'agenciarisation" de l'Union – Quelques questions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 695.

synthèse de tous ces organismes s'avère hors de portée. Certains d'entre eux disposent de la personnalité (vingt-quatre d'entre eux, selon la Commission), d'autres pas »⁸. O. Dubos note quant à lui que les deux éléments les plus probants partagés par ces organismes sont l'ambiguïté des pouvoirs dévolus et leur indépendance plus qu'incertaine⁹.

L'un des derniers champs du droit de l'Union dans lequel les agences se sont développées est l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ). Cette entreprise a toutefois connu un succès variable suivant les différentes matières du titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Comme le remarque O. Dubos, « si la coopération judiciaire en matière civile n'a pas donné naissance à une agence il en va autrement des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, ainsi qu'à la coopération judiciaire en matière pénale et à la coopération policière »¹⁰. Certaines agences inscrites dans ce cadre, instituées par la voie du droit dérivé, sont directement mentionnées par les dispositions du titre V TFUE, comme Europol ou Eurojust¹¹. Créés pour répondre à des situations de crise, d'autres organes de ce type, récemment mis en place dans l'ELSJ, ne sont pas mentionnés par les dispositions du traité, malgré leur rôle toujours plus important. Il s'agit de l'agence européenne des gardes-frontières, anciennement Frontex¹², et du Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO)¹³. La première dispose de larges pouvoirs de coordination des autorités nationales. La seconde apporte quant à elle un soutien opérationnel aux administrations des États membres chargées d'instruire les demandes d'asile. Certains organismes déployant leur action dans le cadre de l'ELSJ, comme l'observatoire européen des drogues et toxicomanies, sont moins connus du grand public dans la mesure où ils n'exercent qu'une fonction d'expertise technique consultative auprès des institutions. Parmi ces derniers, un organe opère dans le cadre de la politique migratoire. À la différence de Frontex ou de l'EASO, il n'est jamais mentionné dans les études entreprises en la matière.

Créé par une décision du Conseil du 14 mai 2008, le réseau européen des migrations (REM) a, en vertu de l'article 1 de son texte constitutif, « pour objectif de répondre aux besoins des institutions communautaires et des autorités et institutions des États membres en matière d'information sur l'immigration et l'asile »¹⁴. Fruit d'un projet pilote initié en 2003 par la Commission européenne, la création d'un REM fait suite aux exigences du Conseil européen de Laeken du début de la décennie 2000¹⁵. Composé de points de contact nationaux et de la Commission, le REM répond

8 C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 341.

9 O. DUBOS, « Les agences décentralisées : catégories juridiques et méandres de la gouvernementalité dans l'Union » in B. BERTRAND (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 127-154, p. 129.

10 *Ibid.*, p. 141.

11 Les missions de ces agences décentralisées sont mentionnées aux articles 84 (Eurojust) et 88 (Europol) TFUE.

12 Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, *JOUE L.* 251 du 16 septembre 2016, p. 1-76.

13 Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, *JOUE L.* 132 du 29 mai 2010, p. 11-28.

14 Décision n° 2008/381/CE du Conseil du 14 mai 2008 instituant un réseau européen des migrations, *JOCE L.* 131 du 21 mai 2008, p. 7-12.

15 G. PAPAGIANNI, *Institutional and policy dynamics of EU migration law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 392 p., p. 188 : « following the invitation of the Laeken European Council to establish a "system for exchanging information on asylum, migration and countries of origin" the Commission launched, at the end of 2002, a preparatory action for the creation of European Migration Network (EMN) ».

à l'impératif d'utilisation des statistiques produites par Eurostat sur les migrations pour mesurer l'impact des politiques poursuivies en la matière à l'échelle européenne¹⁶. Il a pour mission principale de recueillir les informations pertinentes sur la situation de l'immigration dans les différents États membres et de fournir des réponses aux consultations *ad hoc* émanant des États membres sur certains points précis. Le REM ne dispose pas de la personnalité juridique. La doctrine n'est pas unanime sur le caractère obligatoire de cet élément pour faire d'un organe de l'Union une agence décentralisée. Le REM remplit d'ailleurs d'autres critères qui sont traditionnellement ceux des agences, tels que la production d'un savoir et la coordination, ou à tout le moins le suivi des situations nationales en la matière.

Sans prétendre répondre à la question de la catégorie d'organes à laquelle le REM appartient, il convient de revenir sur son rôle et son apport dans la politique migratoire de l'Union. Le REM constitue-t-il une réelle plus-value ? Malgré des éléments positifs (I), il apparaît que le REM n'a pas encore vocation à se renforcer en passant du réseau d'observatoires à une véritable agence de l'immigration de l'UE (II).

I. Les apports de la mise en réseau

Les dix années d'existence du REM attestent d'une indéniable plus-value. La constitution d'un réseau de différents observatoires nationaux en matière d'immigration pilotés par la Commission s'est avérée le seul moyen d'avancer sur la voie d'une administration commune. Cela s'explique par la distribution des compétences entre l'Union et ses États membres, en particulier pour les volets relatifs à l'immigration légale et à la politique de l'emploi, et par la grande variété de sujets sensibles abordés. Les contraintes institutionnelles (A) n'ont pas eu pour effet de diminuer la qualité et le volume de la documentation produite par le REM (B).

A. La prise en compte des contraintes institutionnelles

Formellement mis en place par une décision du Conseil de 2008, le REM « existe depuis 2003 : au départ projet pilote, il est devenu ensuite une action préparatoire »¹⁷. L'origine de ce réseau remonte à 1996, quand la Commission entreprend une étude de faisabilité relative à la mise en place d'un observatoire européen de la migration, qui ne verra finalement pas le jour¹⁸. Après le Conseil européen de Thessalonique qui entérine la création du REM et propose de l'établir de manière permanente¹⁹, le programme de La Haye pour le développement de l'ELSJ pour la période 2005-2010 prévoyait en 2004 que « la mise au point de la politique européenne d'asile et de migration qui est en cours devrait

16 S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, OUP, 2016, 4^e éd., 983 p., p. 440.

17 Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'évolution du réseau européen des migrations, SWD (2012) 240 final, Bruxelles, 1^{er} août 2012, p. 1, note 2.

18 A. GEDDES, « The Transformation of European Migration Governance », *KFG Working Papers*, n° 56, novembre 2013, p. 16 ; Commission européenne, Livre vert sur l'avenir du réseau européen des migrations, COM (2005) 606 final, Bruxelles, 28 novembre 2005, p. 3.

19 Conseil européen « Conclusions de la Présidence », Thessalonique, 19 et 20 juin 2003, point 34 : « le Conseil européen se félicite de la création d'un réseau européen sur les migrations et envisagera la possibilité d'établir à terme, une structure permanente » ; Commission européenne, Livre vert sur l'avenir du réseau européen des migrations, *op. cit.*

s'appuyer sur une analyse commune de tous les aspects des phénomènes migratoires. L'amélioration de la collecte, de la fourniture, de l'échange et de l'utilisation efficace d'informations et de données actualisées sur toutes les évolutions migratoires pertinentes revêt une importance cruciale »²⁰. À cette fin, un livre vert sur l'avenir du REM fut adopté par la Commission en novembre 2005²¹, qui contient les éléments essentiels pour pérenniser la structure issue du projet pilote de 2003.

La décision du Conseil portant création du REM est marquée du sceau de l'intergouvernementalisme, comme cela ressort nettement de la comparaison entre ses dispositions et celles relatives à l'initiative préexistante. Plusieurs des éléments clés du projet pilote soutenu par la Commission ne figureront plus dans le REM tel qu'amendé par la décision du Conseil, adoptée avant la suppression de la structure en piliers. Sur le plan institutionnel, le réseau est fortement marqué par l'intergouvernementalisme. En dépit de la normalisation opérée par la réforme de Lisbonne, l'ambition affichée par le traité et les instruments législatifs adoptés depuis masquent mal le pouvoir conservé par les États. La Commission avait structuré son projet pilote autour de chercheurs indépendants et réputés, dirigés par un coordinateur scientifique²². Toutefois, ce modèle n'a pas pu être transposé tel quel dans le droit dérivé pérennisant le réseau européen des migrations. En effet, les États membres encore pleinement compétents sur le sujet sous l'empire du troisième pilier ont érigé la possibilité de choisir eux-mêmes les personnes constituant les points de contact nationaux en priorité²³. Le REM pâtit ici du caractère très sensible de la matière migratoire et de la répartition hasardeuse des compétences entre l'Union et ses États membres dans les différents volets constitutifs de celle-ci. Les points de contact nationaux sont d'ailleurs très souvent choisis parmi des fonctionnaires des ministères de l'Intérieur. Cet élément révèle l'importance accordée à ces matières régaliennes en dépit d'une communautarisation revendiquée²⁴.

Malgré l'abaissement des ambitions initiales portées par la Commission européenne, la décision du Conseil mettant en place le REM en 2008 comporte des avancées sur le plan institutionnel. Elle ouvre en effet une nouvelle enceinte de discussion entre les représentants des États membres, qui, jusqu'ici, ne pouvaient dialoguer que de manière bilatérale ou au sein du Conseil de l'Union et de ses instances préparatoires²⁵. Cela contribue à la mise en place d'une véritable logique de réseau entre les différents points de contact nationaux et les ONG impliquées dans le processus. En effet, les composantes nationales du REM se réunissent de manière régulière et se rencontrent lors de sa conférence annuelle. De plus, le réseau dirige des sessions de formation administrative à

20 Conseil européen, Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 2005/C 53/01, 4 novembre 2004, p. 3.

21 Commission européenne, Livre vert sur l'avenir du réseau européen des migrations, *op. cit.*

22 C. BOSWELL, « The political functions of expert knowledge : knowledge and legitimation in European Union immigration policy », *Journal of European Public Policy*, vol. 15, n° 4, juin 2008, p. 471-488, p. 481.

23 Décision n° 2008/381/CE du Conseil du 14 mai 2008 instituant un réseau européen des migrations, *op. cit.*, article 3 : « Le REM est composé : - de "points de contact nationaux" désignés par les États membres ».

24 C. BOSWELL, « The political functions of expert knowledge : knowledge and legitimation in European Union immigration policy », *op. cit.*, p. 482 ; A. GEDDES, « The Transformation of European Migration Governance », *op. cit.*, p. 16.

25 A. MARICUT, « With or without supranationalisation : the post Lisbon roles of the European Council and the Council in justice and home affairs governance », *Journal of European integration*, vol. 38, n° 5, p. 541-555 ; J. DRAVIGNY, J. DE MAILLARD, A. SMITH, « Sécurité intérieure européenne et définition de l'intérêt national : le modèle français revisité », *RFAP*, n° 158, 2016, p. 405-418, p. 414 et s.

destination des fonctionnaires²⁶. Comme le note un représentant d'une organisation internationale à Bruxelles interrogé par A. Geddes, "there is still a learning and exchange process that comes with that network. There is some kind of network effect to it, it's hard to put the finger on it, it's not a network that produces some ground-breaking new evidence that changes the course of policies, but that rather informs the policymakers and these people largely come from the institutions that also set policy course »²⁷. On note d'ailleurs, au sein du REM, la mise en place de sous-réseaux informels, qui varient en fonction des thématiques abordées et qui renforcent l'échange d'informations et de bonnes pratiques entre les différents acteurs impliqués²⁸. La pérennisation du REM par la décision constitutive du Conseil de 2008 se constate aussi sur le plan financier²⁹.

En dix ans, l'officialisation de l'existence du REM a permis de développer un dialogue entre les différents points de contact nationaux dans un cadre sensiblement moins polarisé que celui prévalant jusqu'alors, à titre principal le Conseil de l'Union. Outre l'échange de bonnes pratiques, l'action du REM se concrétise par la production de nombreux documents et études à destination des acteurs de la politique commune d'immigration de l'Union européenne.

B. Une contribution matérielle non négligeable

Au cours de ses dix premières années, l'activité du REM s'est avérée plus que conséquente en termes de production matérielle.

À l'origine pourtant, le REM ne prenait pas le meilleur départ. La première étude du réseau, encore à l'état de projet pilote, traitait de « l'impact de l'immigration sur les sociétés européennes »³⁰, question complexe qui s'est avérée beaucoup trop ambitieuse. En effet, "the quality of national reports diverged substantially, and many failed to meet the deadline. The summary prepared by the scientific co-ordinator proved highly controversial, prompting the Commission to cancel a planned launch of the study in summer 2005. The report came out in March 2006, after substantial editing »³¹. D'après les propos d'un fonctionnaire de la Commission, le choix du sujet s'est révélé malencontreux, dans la mesure où la première étude entreprise concernait un sujet extrêmement controversé : « this could not but end in a disaster, as it did »³². Malgré cette entrée en matière ratée, le REM a depuis lors réussi à démontrer sa plus-value à travers une production documentaire très diversifiée.

26 A. GEDDES, « The Transformation of European Migration Governance », *op. cit.*, p. 17.

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*, p. 18 : « The integration contact points and the responsible authorities for the various funds that we manage have a number of informal networks (...) so for example I was in Bratislava back in the spring talking very specifically about the funding issues ».

29 Décision n° 2008/381/CE du Conseil du 14 mai 2008 instituant un réseau européen des migrations, *op. cit.*, article 11 ; Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration », modifiant la décision 2008/381/CE du Conseil et abrogeant les décisions n° 573/2007/CE et n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2007/435/CE du Conseil, *JOUE* L 150 du 20 mai 2014, p. 168-194, articles 1, 14 et 22.

30 European Migration Network (EMN), *Impact of Immigration on Europe's Societies*, Bruxelles, mars 2006.

31 C. BOSWELL, « The political functions of expert knowledge : knowledge and legitimation in European Union immigration policy », *op. cit.*, p. 482.

32 *Ibid.*

Les tâches du REM sont énumérées à l'article 2 de la décision constitutive de 2008. Outre la coordination et la coopération avec les autres entités européennes et internationales compétentes³³, la majorité de ses missions concerne le recueil d'informations et de données sur l'immigration³⁴ et leur diffusion auprès du public³⁵. La production du REM peut prendre différentes formes. Il faut tout d'abord mentionner les rapports annuels. Construits sur la base des contributions des points de contact nationaux, ils ont vocation à alimenter le rapport annuel de la Commission européenne sur la migration et l'asile³⁶. Le REM peut aussi mettre son expertise à profit dans le but de produire des études sur des sujets très ciblés. Ainsi, l'étude relative à l'effectivité du retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière dans les États membres publiée en 2017 compile différents rapports nationaux sur ce point précis³⁷. Une autre étude récente revient quant à elle sur les défis et pratiques pour l'établissement de l'identité des ressortissants de pays tiers dans les procédures migratoires³⁸. Les études spécifiques les plus récentes, relatives à la réaction face à l'afflux de demandeurs d'asile ou à la situation des mineurs non accompagnés n'ont pas encore fait l'objet de synthèse de la part du REM. Ces rapports avoisinent presque à chaque fois la centaine de pages, et sont destinés à titre principal aux acteurs du processus décisionnel.

La production d'informations par le REM n'est pas uniquement adressée aux institutions de l'Union. D'après la décision constitutive de 2008, ce dernier « se fait connaître auprès du public, en donnant accès aux informations qu'il recueille et en diffusant les résultats de ses travaux, sauf s'il s'agit d'informations à caractère confidentiel »³⁹. Cette fonction est remplie de différentes manières par le REM. On peut tout d'abord mentionner la production régulière de fiches d'information courtes sur un point précis à destination du grand public, exemple type d'une tentative de vulgarisation et de dissémination de l'expertise chez les citoyens⁴⁰. De la même manière, le réseau a mis en place et gère depuis 2009 un glossaire en ligne à des fins d'harmonisation de la compréhension des notions liées à l'immigration et à l'asile. Chaque entrée renvoie à la base juridique pertinente de la définition en droit de l'Union, contient des traductions dans toutes les langues officielles et fait référence à certaines notions connexes.

Enfin, une partie importante de la mission du REM consiste à répondre aux sollicitations émanant des États membres sur certaines questions très précises, à travers le processus des « *ad hoc queries* »

33 Décision n° 2008/381/CE du Conseil du 14 mai 2008 instituant un réseau européen des migrations, *op. cit.*, article 2.1.g).

34 *Ibid.*, article 2.1.a).

35 *Ibid.*, article 2.1.f).

36 Commission européenne, Troisième rapport annuel sur l'immigration et l'asile (2011), COM (2012) 250 final, 30 mai 2012 p. 3 : « le rapport s'appuie principalement sur les évaluations politiques de la Commission et des États membres, et il est complété par un document factuel comprenant une annexe statistique détaillant les évolutions qui sont intervenues au niveau tant de l'UE que des États membres, par l'intermédiaire du Réseau européen des migrations » ; Commission européenne, Cinquième rapport annuel sur l'immigration et l'asile (2013), COM (2014) 288 final, 22 mai 2014, p. 3 : « le présent rapport [...] est complété par un document de travail de ses services fournissant un complément d'informations et de statistiques sur l'évolution intervenue au niveau tant de l'UE que des États membres, statistiques qui ont été recueillies par le réseau européen des migrations ».

37 European Migration Network, The effectiveness of return in EU Member States 2017, 15 février 2018.

38 European Migration Network, Challenges and practices for establishing the identity of third-country nationals in migration procedures, décembre 2017.

39 Décision n° 2008/381/CE du Conseil du 14 mai 2008 instituant un réseau européen des migrations, *op. cit.*, article 2.1.f).

40 Même si la catégorie de documents à laquelle nous faisons ici référence, classés sous la catégorie « EMN Informs », sont présentés sur le site du REM comme étant destinés aux acteurs publics : https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/informs_en.

utilisé de manière très régulière en dix ans⁴¹. Ces consultations mettent à profit les points de contact nationaux pour recueillir les différentes pratiques ou dispositions législatives nationales quand un État décide de modifier ses pratiques administratives ou d'adopter une nouvelle législation pouvant avoir un impact en matière d'immigration. Parmi les exemples les plus récents, citons une demande finlandaise relative à la mise en place d'une nouvelle structure administrative pour l'accueil des ressortissants de pays tiers⁴², ou une requête belge relative au retour de ressortissants soudanais en situation irrégulière dans leur pays d'origine⁴³. Ces documents forment la plus-value principale de la production matérielle du REM, dans la mesure où ils recueillent des informations très difficiles à obtenir par un autre moyen. Comme le note un représentant d'une ONG, même si les réponses n'émanent que de quelques membres du réseau, il serait impossible pour un État seul de recueillir des informations aussi variées, d'origines aussi diverses et dans un délai aussi court⁴⁴. À travers cet instrument spécifique, le REM contribue donc à atténuer les barrières entre les administrations nationales et à harmoniser la cohérence des politiques nationales relatives à l'immigration.

Ainsi, l'apport matériel du REM se révèle plus que conséquent, qu'il soit destiné aux institutions de l'Union, au grand public ou aux États membres en première ligne pour l'exécution de la politique migratoire. Il convient toutefois de s'interroger sur l'impact pratique que peut revêtir la production du REM qui demeure, jusqu'à preuve du contraire, un réseau d'observatoires nationaux des politiques migratoires dans l'Union.

II. Un processus inachevé

Le REM peut contribuer à supprimer certaines barrières entre les différents systèmes nationaux et à modifier le contexte stratégique de construction de la politique commune d'immigration. Peu d'éléments permettent, en revanche, de penser qu'il puisse atténuer les contradictions fondamentales de cette politique publique stato-centrée⁴⁵. Sans être confidentiel, l'impact des études du REM reste anecdotique dans la conduite de la politique d'immigration de l'Union (A). Au-delà, il est illusoire d'envisager, à terme, son évolution en office de l'Union pour l'immigration, tant sa structuration institutionnelle interne est marquée par une logique intergouvernementale (B).

A. Des conséquences pratiques limitées

Les contributions du REM révèlent un décalage entre l'ambition originelle ayant présidé à la mise en place du réseau et la communication effectuée autour des documents produits, d'une part, et leur prise en compte par le législateur, d'autre part. Les rapports rendus par la Commission européenne après évaluation du projet pilote en 2005, puis du REM en tant que tel, en 2012, insistent

41 https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/adhocqueries_en

42 European Migration Network, EMN Ad-Hoc Query on Service design/innovation/design thinking best practices within immigration services in Europe Requested by FI EMN NCP on 24th January 2018.

43 European Migration Network, EMN Ad-Hoc Query on return to Sudan Requested by BE EMN NCP on 18th January 2018.

44 A. GEDDES, « The Transformation of European Migration Governance », *op. cit.*, p. 18.

45 *Ibid.*

à de nombreuses reprises sur ce point. Ce sentiment se vérifie pour les deux missions principales du REM, à savoir l'utilisation de sa production par les acteurs de la politique commune d'immigration de l'Union et la fourniture au public d'informations sur la situation migratoire.

Le réseau mis en place formellement à partir de 2008, dont l'existence remonte au projet pilote de la Commission du début des années 2000, produit un impact limité dans la conduite pratique de la politique publique d'immigration. Comme le soulève C. Boswell, "there appears to be a disjuncture between the professed goals of the Network, and take-up of its research by Directorate staff. Apart from the handful of officials directly involved in the coordination of the EMN, few staff are aware of its studies. Instead, they continue to draw on a range of other sources to provide input into policy proposals and draft legislation" ⁴⁶. Cette utilisation limitée de la production matérielle du REM dans la conception et la conduite de la politique d'immigration de l'Union peut s'expliquer par l'hétérogénéité des rapports fournis par les points de contact nationaux⁴⁷. L'écueil semble avoir été dépassé après 2008, dans la mesure où cette critique apparaît absente du rapport d'évaluation de 2012. En revanche, la Commission note à plusieurs reprises, dans sa dernière évaluation du REM, que la production matérielle du réseau manque de lisibilité. Cet élément constitue d'après elle un facteur d'explication important dans la prise en compte limitée de cette production par les acteurs de la politique publique concernés⁴⁸. Une autre critique portée à la qualité de la production du REM concerne son caractère descriptif et très peu analytique, ainsi que son manque de visibilité à moyen et long terme pour les institutions et organes de l'Union⁴⁹. Pour résumer, « les rapports de synthèse devraient être moins descriptifs et plus analytiques avec des messages clés et des implications de politique publique plus dirigées vers les groupes cibles de cette politique publique »⁵⁰.

Outre les problèmes de concision et d'adéquation temporelle avec les difficultés rencontrées par les acteurs de la politique commune d'immigration, la production du REM peine à remplir la seconde mission principale du Réseau, l'information du public. En 2005 déjà, la Commission relevait : « la faible visibilité du réseau ainsi que la nécessité pour celui-ci de se concerter avec d'autres organes exerçant des activités dans ce domaine plaident en faveur d'activités proactives de diffusion et de sensibilisation »⁵¹. L'évaluation entreprise en 2012 par les services de la Commission souligne dans la même veine : « une autre modification requise de la part du REM concerne la manière dont il présente sa production pour informer le grand public »⁵². L'une des recommandations émanant de ce rapport d'évaluation semble toutefois avoir rencontré, au moins formellement, un certain écho dans l'action récente du REM. La Commission suggérait en effet, en 2012, d'utiliser les moyens de communication modernes comme les réseaux sociaux ou des sites internet interactifs en vue de

46 C. BOSWELL, « The political functions of expert knowledge : knowledge and legitimation in European Union immigration policy », *op. cit.*, p. 483.

47 Commission européenne, Livre vert sur l'avenir du réseau européen des migrations, *op. cit.*

48 Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'évolution du réseau européen des migrations, *op. cit.* p. 4.

49 *Ibid.*, p. 6.

50 *Ibid.*, p. 8.

51 Commission européenne, Livre vert sur l'avenir du réseau européen des migrations, *op. cit.*, p. 9.

52 Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'évolution du réseau européen des migrations, *op. cit.*, p. 8.

fournir « de manière concise la situation factuelle sur un thème particulier destiné aux médias »⁵³. On peut encore douter aujourd'hui du fait que des efforts réels aient été mis en œuvre pour répondre à cette préoccupation de la Commission. En effet, le REM ne dispose pas, à la différence de la nouvelle agence des gardes-frontières ou du bureau d'appui en matière d'asile, de comptes dédiés sur les réseaux sociaux. Le réseau possède seulement une page sur le réseau à vocation professionnelle *LinkedIn*, dont on peut douter de l'efficacité pour communiquer des informations clés sur la situation migratoire dans l'Union européenne au grand public⁵⁴. Les conclusions de la conférence organisée à l'occasion du dixième anniversaire du REM appelaient pourtant une nouvelle fois en mai 2018 à démystifier la migration pour modifier l'opinion négative véhiculée par les médias sur ce point⁵⁵. On peut ainsi citer un chef d'unité de la Direction générale Migration et affaires intérieures qui invitait durant cet événement le REM à « consolider sa plus-value en maintenant son objectivité et son analyse de données factuelles, et en élargissant son audience »⁵⁶.

Le renforcement de l'écho de la production du REM depuis la mise en place de l'initiative pilote n'apparaît pas encore suffisant pour occulter les difficultés rencontrées pour remplir de manière satisfaisante les missions pour lesquelles il a été créé. À la différence des critiques qu'elle adressait à la résonance perfectible de la production matérielle du REM, la Commission reste évasive sur l'organisation institutionnelle du réseau, qui apparaît pourtant comme un élément indissociable de ses succès ou échecs futurs.

B. La prégnance de la logique intergouvernementale

La structuration du REM autour de points de contact coordonnés par la Commission s'explique par la sensibilité politique des questions posées par le phénomène migratoire, et par la distribution complexe des compétences dans les différents volets de la politique migratoire de l'Union. Prix à payer pour que le REM puisse dépasser le stade de la simple action pilote, la prévalence de la logique intergouvernementale s'observe à chacun des niveaux de gouvernance du réseau.

Comme le fait remarquer H. Labayle, « une majorité d'États persiste à refuser tout autre modèle que celui du réseau et de la coordination à l'image de la première version de Frontex. L'ampleur des crises va cependant provoquer sa mutation sous la forme d'un corps européen de gardes-frontières rassemblant curieusement Frontex et les autorités nationales gérant leur frontière. Une responsabilité partagée émerge. EASO est lui aussi beaucoup plus renforcé. Un État membre peut être forcé d'accepter l'intervention de Frontex sur son territoire, ce qui est quand même assez coercitif »⁵⁷. Ces modifications, qui vont dans le sens d'une consolidation de l'administration commune de la problématique du contrôle des frontières et de la gestion de l'asile restent, pour l'heure, étrangères au REM.

53 *Ibid.*

54 <https://www.linkedin.com/company/european-migration-network/>

55 European Migration Network, « EMN 10 Year Anniversary. Understanding Migration in the EU : past, present, future », Bruxelles, 15 mai 2018, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/emn_10_year_anniversary_conference_conclusions.pdf, p. 3.

56 *Ibid.*, p. 4.

57 H. LABAYLE, La crise des politiques européennes d'asile et d'immigration, *RFDA*, 2017, p. 893.

Ce dernier reste plus que jamais structuré autour de la logique de réseau. Dans son rapport de 2005 sur les perspectives d'évolution du REM, la Commission pointait que le projet pilote souffrait de problèmes structurels⁵⁸ et exposait deux scénarios prospectifs concernant une éventuelle pérennisation. L'option numéro 2, intitulée « Agence », était présentée de la manière suivante : « la mise en place d'une agence communautaire pourrait être considérée comme une solution à plus long terme, en fonction non seulement de l'évolution ultérieure des politiques communes d'immigration et d'asile [...].

Une structure stable de ce type offrirait une perspective à plus long terme à ses activités et lui permettrait aussi de s'acquitter d'un éventail plus large de missions. Une telle structure lui permettrait par conséquent de fournir plus efficacement les informations demandées »⁵⁹. Le rapport de 2012 n'opère plus aucun renvoi à une transformation de l'administration du REM vers celle d'une agence décentralisée de l'Union. La logique de réseau mise en place de manière pérenne par la décision du Conseil semble avoir été complètement intégrée par la Commission, qui rappelle d'ailleurs que les points de contact nationaux, désignés par leurs États membres respectifs, constituent « les piliers sur lesquels repose le REM »⁶⁰. En conclusion, et pour reprendre les mots de son rapport sur le développement à venir du réseau, la Commission estime qu'« il n'est donc pas nécessaire d'envisager une modification de la structure actuelle du REM »⁶¹.

Pour autant, certaines difficultés demeurent. Si la structuration du REM ne pose pas problème en elle-même pour la Commission, alors même que l'administration en réseau constitue le niveau d'administration publique le moins intégré, celle-ci pointe d'autres éléments plus prégnants dans son rapport de 2012. Outre le fait que les synergies avec les agences opérant sur des domaines d'activité similaires, soulevées en 2005, ne soient pas encore réalisées⁶², la principale critique porte sur la nomination des points de contact nationaux et la gouvernance du comité directeur du REM. La Commission relève que la plupart des points de contact sont désignés par les ministres de l'Intérieur, mais elle n'estime pas nécessaire de modifier cette situation, en raison de l'expérience acquise par chacun des « piliers » du réseau⁶³. Le constat apparaît en revanche sensiblement différent quant au comité directeur du REM. Composé d'un représentant pour chaque État et d'un représentant de la Commission assisté de deux experts scientifiques⁶⁴, cet organe approuve le programme de travail annuel du réseau, sur proposition de la présidence du Conseil de l'Union. Il doit aussi renforcer la coopération avec les organes de l'Union agissant dans des domaines connexes, et fournir des conseils aux points de contact nationaux pour éviter que leurs actions ne produisent un impact négatif sur l'activité globale du réseau⁶⁵. De plus, c'est au comité directeur du REM que la Commission rend compte de l'exécution du programme annuel du REM⁶⁶. L'article 4.3 de la décision constitutive de

58 Commission européenne, Livre vert sur l'avenir du réseau européen des migrations, *op. cit.*, p. 7.

59 *Ibid.*, p. 11.

60 Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'évolution du réseau européen des migrations, *op. cit.*, p. 6.

61 *Ibid.*, p. 11.

62 *Ibid.*, p. 10, notamment pour les relations entretenues avec EASO et Frontex.

63 *Ibid.*, p. 11.

64 Décision n° 2008/381/CE du Conseil du 14 mai 2008 instituant un réseau européen des migrations, *op. cit.*, article 4.1.

65 *Ibid.*, article 4.5.

66 Décision n° 2008/381/CE du Conseil du 14 mai 2008 instituant un réseau européen des migrations, *op. cit.*, article 6.4.

2008 souligne l'importance des représentants des États membres dans la prise de décision au sein du comité directeur : « chaque membre du comité directeur dispose d'une voix, y compris le président. Les décisions sont prises à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés »⁶⁷. La prééminence des États membres dans la gouvernance interne du REM apparaît totale, d'autant plus que chaque point de contact national est financé directement par son État de rattachement. Si la Commission relève que certains aspects du comité directeur doivent être adaptés, elle ne propose que des modifications marginales dans son dernier rapport produit sur la question,⁶⁸ qui date de 2012. Elle note par exemple que les parties concernées devraient vérifier que « les membres du comité directeur soient d'un niveau suffisamment élevé pour fournir les orientations politiques nécessaires »⁶⁹. Il est toutefois permis de s'interroger sur la pertinence de proposer un renforcement du professionnalisme des membres désignés par les États pour siéger au comité directeur. Aucune modification du mode de scrutin et de représentation en son sein n'est en effet avancée, alors qu'il apparaît ostensiblement verrouillé par le pouvoir conféré aux représentants nationaux.

En dépit de la confiance affichée par la Commission dans son rapport de 2012 quant à la possibilité que ses recommandations soient suivies d'effet, aucune modification substantielle de la gouvernance du REM n'a, pour le moment, eu lieu. Ce décalage persistant après plus de sept ans renforce l'image d'un organe piloté par des États membres, dont la préoccupation principale semble de le cantonner dans un rôle subalterne de centralisation d'informations. Si cette situation peut être considérée par certains auteurs comme un choix de la part de la Commission en vue de légitimer l'action politique déployée en matière d'immigration légale⁷⁰, ce choix est cependant opéré sous une forte contrainte. Si l'existence du REM peut s'expliquer par une tentative de légitimation par l'expertise, son portefeuille et ses compétences limitées ont le bon goût de ne pas froisser la susceptibilité des États membres, exacerbée en matière migratoire. Ces derniers apparaissent d'ailleurs d'autant plus enclins à tolérer l'existence du REM que celui-ci n'a pas suivi la voie qui aurait pu s'avérer la moins avantageuse à leur égard, celle de l'agence. La faible prise en compte pratique de la production matérielle du réseau et les verrous mis en place dans la gouvernance administrative du réseau imposent de remettre en cause ses possibilités d'évolution d'un réseau d'observatoires nationaux à une agence européenne de l'immigration. Une telle entreprise imposerait en effet de prendre la problématique de l'emploi au sérieux, matière pour laquelle, à l'instar de l'immigration dans sa dimension légale, les États membres de l'Union ne semblent pas enclins à opérer des concessions.

67 *Ibid.*, article 4.3.

68 Commission européenne, « Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'évolution du réseau européen des migrations », *op. cit.*, p. 11 : « il conviendrait surtout de faire en sorte que le comité directeur se concentre davantage sur la fourniture d'orientations stratégiques pour mieux assurer la pertinence directe des activités du REM ».

69 *Ibid.*, p. 11.

70 C. BOSWELL, « The political functions of expert knowledge : knowledge and legitimation in European Union immigration policy », *op. cit.*

PARTIE IV
CONTRÔLE ET ÉVALUATION

**AGENCIARISATION DE LA POLITIQUE D'IMMIGRATION ET D'ASILE
ET PERFECTIONNEMENT DU CONTRÔLE PAR LA COUR DE JUSTICE
DE L'UNION EUROPÉENNE**

**OU DE LA NÉCESSITÉ DE FRANCHIR DE NOUVEAUX CAPS
DANS LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE**

Nathalie RUBIO¹

Nous débiterons cette contribution par deux constats très généraux. Le premier est que le contentieux relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) est aujourd'hui qualitative-ment² et quantitativement important. Il s'agit désormais d'un des principaux domaines faisant l'objet de recours soit près de 10 % en moyenne du total des arrêts rendus chaque année, soit 258 arrêts rendus entre 2011 et 2016³. Il est dès lors attendu de la Cour de justice qu'elle garantisse un niveau de protection des droits fondamentaux à la hauteur des espérances, sous l'œil attentif et vigilant du juge européen de Strasbourg, du juge national ainsi que des organisations humanitaires⁴.

Le second est que la mise en œuvre de la politique d'immigration et d'asile est susceptible de faire intervenir une diversité d'agences. Cela tient à son caractère transversal et opérationnel ainsi qu'aux ambitions du traité de Lisbonne de voir éclore une politique commune.

Afin de préciser le champ de notre recherche, nous limiterons nos propos aux agences européennes qui ont *prioritairement* vocation à agir dans ce domaine : l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex)⁵, l'Agence de l'Union européenne pour l'Asile⁶, l'Agence européenne pour

1 Professeure de droit public, Chaire Jean Monnet, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 Ce contentieux pose en effet des questions qui vont bien au-delà de la résolution des cas d'espèce et interroge dorénavant aussi l'effectivité des valeurs de l'Union européenne, la nature de l'Union et le caractère démocratique du processus décisionnel. V. sur la solidarité, les conclusions de l'Avocat général Y. Bot dans l'affaire *Slovaquie c. Conseil*, C-643/15. V. également sur la solidarité mais également sur l'État de droit et la coopération loyale les conclusions de l'Avocate générale E. Sharpston dans l'affaire *Commission c. République de Pologne*, C-715/17.

3 Les chiffres sont tirés du Rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne.

4 L. SINOPOLI *et al.*, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, 2015 p. 529-554 ; F. GAZIN, « Peut-on mettre "du vin nouveau dans de vieilles outres" ? Approche critique des activités de la nouvelle agence Frontex sous l'angle des droits fondamentaux », *RTDE*, 2017, p. 497-510.

5 Règlement 2019/1986 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 n° 1052/2013 et 2016/1624, *JOUE* n° L 295 du 14 novembre 2019, p. 1.

6 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010, COM (2016) 271 final telle que modifiée le 12 septembre 2018, COM (2018) 633 final pour tenir compte des conclusions du Conseil européen du 28 juin 2018 rappelant l'importance de passer par une approche globale en matière de migrations.

la gestion opérationnelle des systèmes d'information⁷ et Europol⁸. En dépit de leurs différences, on peut d'ores et déjà noter le souci visible du législateur d'assurer une cohérence entre elles ne serait-ce que par la reproduction de dispositions-types dans les règlements fondateurs. Ainsi retrouve-t-on globalement les trois critères traditionnellement retenus pour la qualification d'agence : le critère organique qui implique la détention de la personnalité juridique, le critère matériel qui est lié à la mission spécifique dont est investi l'organisme et le fait que le statut et le fonctionnement sont déterminés par un acte dérivé de l'Union européenne (UE)⁹, c'est-à-dire le critère du fondement.

Mais au-delà de leur nature, qui ne pose finalement pas de difficultés à identifier, ce sont bien leurs fonctions et surtout l'étendue de leurs pouvoirs qui interrogent et qui constituent les principales originalités de chacune d'entre elles. La Commission elle-même, de façon plus générale, opère une catégorisation des agences au regard du « centre de gravité » de leurs activités : adoption de décisions individuelles produisant des effets juridiques contraignants, assistance directe à la Commission et le cas échéant aux États membres, activités opérationnelles, analyse, transmission et mise en réseau d'informations...

Le positionnement des agences de la politique d'immigration et d'asile a évolué pour tenir compte tant des besoins actuels que du bilan (très) mitigé des actions passées¹⁰. L'analyse purement textuelle de la réglementation en révèle les aspects les plus saillants : les missions opérationnelles sont en effet diverses et variables selon les agences étudiées. Ce qui frappe d'ailleurs le lecteur est la longueur de leur énumération, nous n'en relevons donc ici que les principales.

Concernant eu-LISA, l'Agence, dans sa nouvelle version, se voit confier de nombreuses tâches. À titre principal, il s'agit de la gestion opérationnelle du système d'information Schengen (SIS II), du système d'information sur les visas (VIS) et d'Eurodac ; la conception, le développement ou la gestion opérationnelle du système d'entrée/de sortie (EES), de DubliNet et du système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS). Elle doit également garantir la qualité des données, réaliser des activités de recherche et des projets pilotes et apporter une assistance aux États membres et à la Commission.

Pour l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (article 10 du règlement), l'Agence de l'UE pour l'asile (article 2 de la proposition de règlement) et Europol (article 4 du règlement), on peut schématiquement distinguer trois types de fonctions sachant qu'il s'agit essentiellement de « soutenir » les États membres et de renforcer la coopération¹¹ :

7 Règlement (UE) 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA), modifiant le règlement (CE) n° 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 1077/2011, *JOUE* n° L 295 du 21 novembre 2018, p. 99.

8 Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI, *JOUE* n° L 135 du 24 mai 2016, p. 53.

9 Sur les différentes facettes des agences, V. D. DERO-BUGNY, « Agences européennes », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 245.

10 H. LABAYLE, « La crise des politiques européennes d'asile et d'immigration, regard critique », *RFDA*, 2017, p. 893-905. D. RITLÉNG, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », *RTDE*, 2017, p. 437-456.

11 Ph. De Bruycker montre d'ailleurs comment l'évolution des fonctions de Frontex s'inscrit désormais dans un nouveau type de relations avec les États membres, un changement de modèle : il évoque « le passage d'un réseau plat ou horizontal à un réseau hiérarchisé ou vertical », (« Le corps européen des gardes-frontières, les limites d'une nouvelle forme d'agence européenne », *RFDA*, 2017, p. 922-928).

- les activités opérationnelles : la surveillance, l'assistance technique et opérationnelle aux États, le déploiement des équipes y compris lancer des interventions rapides, soutenir la relocalisation, constituer et déployer des équipes, coordonner, organiser et réaliser des enquêtes, participer à des équipes communes d'enquêtes ;
- les activités de collecte, d'évaluation et de diffusion : faciliter, coordonner, renforcer la coopération pratique et l'échange d'informations entre les États membres, établir des évaluations de la menace, développer et promouvoir une expertise, assurer des formations ;
- l'élaboration de documents : l'élaboration de normes techniques, rédiger des rapports, définir des normes opérationnelles, des indicateurs, des analyses stratégiques et opérationnelles ;

Il apparaît que ces fonctions sont exercées dans le cadre d'une relation renouvelée avec les États, d'un type plutôt vertical voire « hiérarchique » pour certains¹², que ce soit de façon ponctuelle ou diffuse, par la coordination rendue nécessaire dans le contexte de la « responsabilité partagée », leitmotiv des systèmes ici étudiés.

La contrepartie de ce mouvement d'agenciarisation réside dans le renforcement du contrôle dans toutes ses formes. Le nombre de références à la Cour de justice dans les règlements fondateurs est très réduit mais témoigne d'une présence certes discrète mais réelle. Si l'idée de contrôle est omniprésente, celle du contrôle juridictionnel n'est donc pas envahissante. Il faut dire que la place du juge ne s'est pas imposée avec évidence dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : il a d'abord été exclu puis progressivement accepté jusqu'à la reconnaissance de la compétence générale de la CJUE par le traité de Lisbonne, exception faite du contrôle de la validité et de la proportionnalité des opérations menées par la police (article 276 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)).

À ce stade, il est donc clairement établi que l'évolution de la politique d'immigration et d'asile va dans le sens du renforcement et de la diversification des activités des agences. Reste que cette accélération est finalement très – voire trop – récente pour pouvoir en tirer des conclusions autres qu'hâtives et théoriques. Face à cette dynamique politique et administrative, il s'agira dans cette contribution d'établir les interrelations entre ces nouvelles configurations normatives et institutionnelles et la place du juge de l'Union européenne, autrement dit entre agenciarisation et juridictionnalisation. Quel impact l'agenciarisation produit-elle sur les modalités du contrôle juridictionnel ? Pour être à la hauteur des enjeux, permettrait-elle de franchir des caps dans la protection juridictionnelle ? Le juge dispose-t-il des moyens de répondre aux attentes des justiciables de façon satisfaisante dans le contexte particulier de crise des questions migratoires¹³ ? Au fond, comment la nécessité de l'encadrement de l'action des agences renouvelle-t-elle le thème du contrôle, et plus spécifiquement du contrôle juridictionnel ? Quelle place pour le juge dans le renforcement de cette administration européenne en matière de migration¹⁴ ?

12 Cette centralisation de l'action européenne était par exemple particulièrement significative dans le « pouvoir de substitution » qui permet par exemple à Frontex (dans le règlement 2016/1624) de décider d'interventions rapides aux frontières et d'opérations de retour potentiellement risquées pour le respect des droits fondamentaux des migrants. Cf. E. DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », *RTDE*, 2017, p. 457-476.

13 H. LABAYLE, J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (dir.), *Les crises de l'espace de liberté, sécurité, justice / Las crisis del espacio de libertad, seguridad y justicia*, EUi 12/2017, 390 p.

14 J. B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1354 p.

Ceci renvoie à un triple questionnement concernant le positionnement du juge de l'Union : celui de la cohérence des contrôles de l'action des agences (I), celui de la pertinence des modalités de contrôle juridictionnel (II) et celui de l'adaptabilité des réponses du juge (III) qui conduit à envisager le franchissement de trois caps.

I. Cap n° 1 : clarifier la place du juge dans l'architecture du contrôle des agences de la politique d'immigration et d'asile : une exigence de cohérence

Le contrôle de la Cour de justice apparaît comme un contrôle parmi d'autres et semble presque périphérique sans être pour autant accessoire. La construction d'ensemble qui se dégage de la lecture de la réglementation relative aux quatre agences est plutôt homogène, faisant intervenir une diversité d'acteurs. Subsistent néanmoins des interrogations sur l'articulation entre ces formes de contrôle qui invitent à s'interroger sur la cohérence du système et son efficacité.

A. La construction d'une toile de contrôles

Le contrôle des agences intervenant en matière d'immigration et d'asile s'effectue sous différentes formes et embrasse donc différents aspects de leurs activités¹⁵. Au-delà de l'affichage découlant des exigences de *l'accountability*, offre-t-il pour autant toutes les garanties ? La seule analyse des dispositions qui y sont consacrées aurait naturellement tendance à rassurer puisque l'activité des agences s'inscrit dans une toile de contrôle soigneusement tissée, reproduite d'un règlement à l'autre. Tous les acteurs du contrôle sont mobilisables notamment : États membres et Commission représentés au sein du conseil d'administration (article 101 du règlement Frontex), contrôle par les parlements nationaux (article 51 règlement Europol), enquêtes du Médiateur européen (article 74 du règlement Frontex, article 62 de la proposition de règlement EASO, article 69 du règlement Europol), audits financiers (article 119 du règlement Frontex), contrôleur européen pour la protection des données (eu-LISA), officier aux droits fondamentaux (article 109 du règlement Frontex).

En outre, la toile se déploie plus largement pour englober les États qu'ils soient membres ou non. Ainsi, l'article 47 du règlement Europol s'agissant du droit d'introduire une réclamation auprès du Contrôleur pour la protection des données prévoit selon le cas la consultation des autorités de contrôle nationales. De même, l'article 111 paragraphe 7 du règlement Frontex envisage-t-il l'intervention d'un État membre quand la plainte enregistrée concerne un garde-frontière d'un État membre hôte ou un expert national détaché.

Pour autant, l'enjeu réside plus dans la qualité de ce contrôle et les suites qui y seront données que le principe, qui est martelé au fil des dispositions. Au fond, ce qui est questionné est davantage la capacité d'adaptation des agences et donc celle du législateur à rectifier, à pallier, à compléter...

¹⁵ S'agissant de Frontex, A. Bouveresse note d'ailleurs que « Cette constellation institutionnelle démultiplie les responsabilités, les instances de contrôle, au point en définitive, de diluer la responsabilité de l'agence » (« Une agence responsable et sous contrôles ? Ni blanc-seing ni "dirty hands" », *RTDE*, 2017, p. 477-496).

bref à réagir. Par exemple, quelles implications attendre de la responsabilité devant le Parlement européen (article 6 du règlement Frontex) ?

B. L'imbrication du contrôle juridictionnel

La question se pose de savoir comment la Cour de justice intervient à la suite d'une procédure administrative. Ainsi, il y a des cas où la saisine de la Cour est expressément prévue dans le cadre d'une procédure administrative : par exemple, la Cour peut être saisie par le contrôleur européen de la protection des données (CEPD) qui peut aussi intervenir dans les affaires portées devant la Cour (article 43 du règlement Europol) ou par toute personne physique ou morale à l'encontre d'une décision du CEPD (article 48 du règlement Europol¹⁶).

En revanche, l'intervention de la Cour n'est pas explicitement prévue dans le cadre de la procédure de traitement des plaintes mise en place par le règlement Frontex suite aux recommandations du Médiateur européen en 2012¹⁷. Il avait été inséré dans le règlement de 2016 et ensuite été consolidé¹⁸. Ainsi, en vertu de l'article 111 du règlement n° 2019/1896, « Toute personne directement touchée par les actions du personnel participant à une opération conjointe, à un projet pilote, à une intervention rapide aux frontières, au déploiement d'une équipe d'appui à la gestion des flux migratoires, à une opération de retour, à une intervention en matière de retour ou à une activité opérationnelle de l'Agence dans un pays tiers, et qui estime que ces actions, ou cette inaction ont porté atteinte à ses droits fondamentaux, ou toute partie représentant une telle personne, peut adresser une plainte, par écrit, à l'Agence ».

Cela dit, si l'article 111 reste muet sur l'articulation avec un éventuel recours juridictionnel, il convient quand même de se référer au paragraphe 104 des motifs : « Le mécanisme de traitement des plaintes devrait s'entendre sans préjudice de l'accès aux voies de recours administratif et judiciaire et ne devrait pas constituer une condition pour l'exercice de ces voies de recours. Les enquêtes en matière pénale devraient être menées par les États membres ». Ce système est propre au fonctionnement de Frontex, eu égard sans doute aux activités de l'Agence et ne trouve pas son pendant dans les réglementations concernant l'Agence pour l'Asile ou Europol.

16 Nous retiendrons par exemple des motifs du règlement Europol : « Il convient que le CEPD reçoive et examine les réclamations des personnes concernées. L'enquête faisant suite à une réclamation devrait être menée, sous réserve d'un contrôle juridictionnel, dans la mesure appropriée au cas d'espèce. Il convient que l'autorité de contrôle nationale informe la personne concernée de l'état d'avancement et du résultat de la réclamation dans un délai raisonnable. Il convient que toute personne physique ait le droit de former un recours juridictionnel contre une décision du CEPD la concernant ».

17 V. M. GARCIA, « Le médiateur européen, Frontex et les opérations de retour conjointes : du dialogue à la transparence », <<http://www.gdr-elsj.eu/2014/10/29/immigration/le-mEDIATEUR-europeen-frontex-et-les-operations-de-retour-conjointes-du-dialogue-a-la-transparence/>>.

18 Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes du 13 juin 2017, COM (2017) 325 du 3 juin 2017 : « Au cours de la période visée par le présent rapport, neuf plaintes supplémentaires ont été reçues par l'officier aux droits fondamentaux. Deux d'entre elles ont été déclarées recevables et transmises aux autorités nationales respectives et au directeur exécutif de l'Agence. Le délégué aux droits fondamentaux poursuit l'évaluation de la recevabilité pour quatre des plaintes reçues en mai. L'Agence travaille actuellement à garantir l'accès au mécanisme de traitement des plaintes, lequel sera visible sur son site internet. L'Agence devrait ensuite lancer une campagne pour faire mieux connaître le mécanisme de traitement des plaintes. Quant au renforcement des effectifs d'appui de l'officier aux droits fondamentaux, des procédures de recrutement de deux assistants ont commencé en mai/juin 2017. En outre, l'Agence prévoit d'affecter davantage d'effectifs au service du délégué aux droits fondamentaux, afin de prendre en charge d'autres missions qui lui sont confiées dans le cadre du règlement ».

De façon plus générale, le législateur n'a pas prévu, dans les règlements créant les agences de la politique d'immigration et d'asile, de modalités particulières concernant les recours formés par les personnes physiques ou morales contre les actes destinés à créer des effets de droit, comme le permet *a contrario* l'article 263 paragraphe 5 du TFUE subordonnant la recevabilité des recours devant la Cour au respect de règles de procédure préalables notamment devant une éventuelle chambre de recours¹⁹. Il s'est contenté, pour prendre ici l'exemple de Frontex, d'une disposition très générale (article 98 du règlement) :

« 1. La Cour de justice peut être saisie de recours en annulation des actes de l'Agence qui sont destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis de tiers, conformément à l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de recours en carence, conformément à l'article 265 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de recours en responsabilité extracontractuelle pour des dommages causés par des actes de l'Agence, conformément à l'article 340 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

En définitive, passer le cap de la clarification de la place du juge dans l'architecture du contrôle des agences de la politique d'immigration et d'asile contribue à améliorer l'imbrication des contrôles entre eux pour une plus grande visibilité de leur efficacité. En effet, cela permettrait de dévoiler les rouages et surtout les interactions entre les différentes formes de contrôle qui ne sont pas obligatoirement visibles à la seule lecture des dispositions. Mais pour l'heure, ce sont les conditions classiques de saisine de la Cour de justice qui demeurent applicables avec, quant à leur déclenchement, les limites inhérentes au système de gestion partagée.

II. Cap n° 2 : assurer l'effectivité de la protection juridictionnelle : une exigence de pertinence

L'impératif de la protection des droits fondamentaux est omniprésent dans les règlements créant les agences de la politique de l'immigration et d'asile. La formulation de cette exigence est peu ou prou la même, mais pour ne prendre qu'un seul exemple tiré du règlement Frontex : « Les missions et compétences élargies de l'Agence devraient être contrebalancées par des garanties renforcées en matière de droits fondamentaux et une responsabilité accrue » (paragraphe 14).

Ainsi, et de façon plus globale, l'agenciarisation conduit à envisager le droit au juge²⁰ au regard de la systématique des voies de droit²¹. En effet, les ramifications procédurales – avérées et potentielles – sont diverses, et ceci bien que les règlements n'abordent ce thème que sous l'angle particulier de la responsabilité de l'agence. Se pose donc la question de la voie de droit qui s'avérerait la plus pertinente pour répondre aux attentes des requérants.

¹⁹ Trib. UE, 11 décembre 2014, *Heli-Flight/AESA*, aff. T-102/13. V. également J. DAVID, « Les recours administratifs contre les actes des agences européennes », *RTDE*, 2016, p. 275-292. Pour exemple, s'agissant des pouvoirs de la chambre de recours de l'Agence européenne des produits chimiques et la garantie de l'architecture juridictionnelle de l'Union, Trib. UE, 20 septembre 2019, aff. T-125/17.

²⁰ Article 19 du traité sur l'Union européenne et article 47 de la Charte des Droits fondamentaux.

²¹ V. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Dalloz, 2003, 1136 p. V. également M. AMILHAT, « L'exception de recours parallèle : un outil au service de l'articulation des voies de droit », *RTDE*, 2016, p. 537 et s.

A. La capillarité juridictionnelle de l'agenciarisation

Nous ne nous en tiendrons ici qu'aux voies de droit ouvertes devant la Cour de justice de l'Union, mais bien évidemment il convient de garder à l'esprit les autres hypothèses de recours aussi bien devant le juge national que devant le juge européen de Strasbourg.

L'agenciarisation alimente différents types de contentieux : l'un plutôt institutionnel, l'autre plus individualisé.

S'agissant du contentieux institutionnel, il concerne essentiellement l'étendue du pouvoir d'exécution. Ainsi, en 2012, la Cour a annulé la décision 2010/252/UE du Conseil du 26 avril 2010 visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne²². Dans une autre affaire, elle a en revanche conclu au rejet du recours du Parlement européen contre la décision d'exécution du Conseil concernant la liste des États et organisations tiers avec lesquels Europol conclut des accords²³. Il y a aussi désormais une possibilité de contentieux entre les agences et les États membres du fait de l'hybridité du modèle d'administration. L'exemple le plus significatif est sans doute la dévolution du pouvoir de substitution à Frontex²⁴. En cas de vulnérabilité d'un État, l'agence peut adopter une décision contraignante exposant les mesures nécessaires à prendre par l'État membre concerné ; elle peut également, dans certaines circonstances, mettre en œuvre les mesures d'atténuation des risques et exiger que l'État membre coopère. Enfin, il ne faut pas occulter la possibilité d'un recours en manquement contre un État membre récalcitrant.

De façon plus individualisée, un rapide panorama des affaires nous enseigne que tous les types de recours sont mobilisables concernant le contrôle de l'activité des agences et spécifiquement celles qui opèrent dans la politique d'immigration et d'asile. La majorité des affaires sont relatives à des contentieux tenant au statut de la fonction publique, aux marchés publics et au droit d'accès aux documents²⁵. Bien évidemment, à titre prospectif, deux aspects pourraient focaliser l'attention. D'une part, du fait des activités et des responsabilités partagées entre l'agence et les États membres, le renvoi préjudiciel présente un intérêt particulier pour les personnes physiques et morales qui s'adresseront plus aisément au juge national²⁶. D'autre part, s'agissant du contrôle de légalité, le traité de Lisbonne

22 CJUE (Gde Chambre), 5 septembre 2012, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-355/10 : la Cour relève qu'« il est nécessaire de prendre en compte les caractéristiques et les particularités du domaine concerné » (pt 68). Il « importe de souligner que des dispositions qui portent sur l'attribution de pouvoirs de puissance publique aux gardes-frontières, tels que ceux attribués dans la décision attaquée, parmi lesquels figurent l'arrestation des personnes appréhendées, la saisie de navires et le renvoi des personnes appréhendées vers un endroit déterminé, permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union » (pt 77).

23 CJUE, 10 septembre 2015, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-363/14 : « la modification de la liste ne constitue pas un élément essentiel de la matière réglementée par la décision Europol et [...] il était donc loisible au législateur de l'Union de prévoir que celle-ci pourrait être opérée par le biais d'un acte d'exécution » (pt 57).

24 E. DUBOUT, *op. cit.*

25 Trib. 14 septembre 2015, *Pro Asyl c/ EASO*, aff. T-617/14.

26 V. pour une réflexion plus générale sur le renvoi préjudiciel, H. GAUDIN, « Reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union ? », *Europe*, juin 2019, p. 7.

ouvre expressément deux fenêtres, outre celle portant sur les conditions et modalités particulières de recours (art. 263 paragraphe 5) : la première dans l'article 263 paragraphe 1 en prévoyant qu'elle contrôle aussi « la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers », même si le Tribunal a pu y voir un principe général déduit de l'arrêt *Les Verts* de 1986²⁷ ; la seconde, dans l'article 263 paragraphe 4 ouvrant la possibilité d'un recours contre les « actes qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution »²⁸. En pratique, si le recours en annulation semble bien compliqué à mettre en œuvre au regard de la nature des missions confiées aux agences et de la portée de leur pouvoir normatif, l'hypothèse du renvoi préjudiciel semble plus facile à imaginer, en tout cas pour les actions menées par les États membres dans le cadre des missions coordonnées par les agences et ceci *via* la mise en cause de la responsabilité de l'État devant le juge national.

Évidemment, les difficultés pour mobiliser toutes ces procédures sont bien réelles, mais deux paramètres plus généraux peuvent atténuer une analyse qui pourrait sembler bien trop abstraite. D'abord, l'adaptation des concepts dans la théorie des compétences traduit la volonté de la Cour de tenir compte de la place des agences et de la nécessité de l'ouverture des recours contentieux contre les actes qu'elles adoptent permettant ainsi de déduire la compétence normative de la compétence juridictionnelle²⁹. Ensuite, on peut légitimement penser que la « stratégie de grignotage » de l'injusticiabilité de la PESC grâce à une interprétation finaliste du jeu des exceptions puisse être transposée à l'interprétation qui sera faite de l'article 276 du TFUE. Cet article exclut de la compétence de la Cour l'appréciation de la validité ou de la proportionnalité « d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre », ainsi que les mesures adoptées par les États « pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » dans les champs de la coopération judiciaire pénale et de la coopération policière³⁰.

La mobilisation de ces voies de droit – théoriquement possible – ne résiste pas complètement aux impératifs pragmatiques qui tiennent de manière prioritaire à la possibilité pour une victime d'être indemnisée du fait de l'activité opérationnelle d'une des agences.

B. La polarisation sur le recours en responsabilité

Le législateur européen a veillé à envisager la responsabilité des agences en reproduisant les dispositions à l'identique dans les différents règlements. Mais la clarté du dispositif, renvoyant de ce fait aux règles générales, contraste avec la confusion qui continue à régner s'agissant des conditions de mise en œuvre et aux chances d'obtenir réparation.

27 Trib. 8 octobre 2008, *Sogelma*, aff. T-411/06.

28 Trib. 7 mars 2013, *Rütgers c/ ECHA*, aff. T-96/10 et CJUE (Gde Chambre) ; 28 avril 2015, *T & L Sugars c/ Commission*, aff. C-456/13. Mais il faut bien dire que, compte tenu de cette interprétation restrictive, les actes ne nécessitant aucune mesure d'exécution sont rares.

29 B. BERTRAND, « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs ; le dualisme des pouvoirs d'exécution », *RTDE*, 2015, p. 21-38 ; L. CLÉMENT-WILZ, « Les agences de l'Union européenne dans l'entre-deux constitutionnel », *RTDE*, 2015, p. 337-348.

30 CJUE (Gde Chambre), 28 mars 2017, aff. C-72/15, *Rosneft*, commentaire d'I. BOSSE-BLATIÈRE, « Le juge de l'Union, artisan de la cohérence du système de contrôle juridictionnel au sein de l'Union européenne, y compris en matière de PESC », *RTDE*, 2017, p. 555-563. Dans le prolongement concernant la compétence du juge de l'Union relative aux décisions d'une agence intervenant dans le domaine de la PESC (le Centre satellitaire de l'Union européenne), Trib. UE, 25 octobre 2018, *KF c. CSUE*, aff. T-286/15.

De façon générale, les deux types de responsabilité, contractuelle et extracontractuelle, sont visés. Les termes sont identiques (article 97 du règlement Frontex, article 61 de la proposition de règlement Agence de l'Union européenne pour l'asile, article 49 du règlement Europol, article 32 du règlement eu-LISA) et sont suffisamment généraux, même si le champ varie inévitablement au regard des activités de chacune des agences :

- La responsabilité contractuelle de l'agence est régie par la loi applicable au contrat en question. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer en vertu de toute clause compromissoire stipulée dans un contrat conclu par l'agence.
- En matière de responsabilité extracontractuelle, l'agence répare, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses services ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour connaître des litiges concernant la réparation des dommages. La responsabilité personnelle des membres du personnel de l'agence envers celle-ci est régie par les dispositions du statut des fonctionnaires ou du régime applicable aux autres agents qui leur sont applicables.

S'y ajoutent les dispositions relatives à la responsabilité civile et à la responsabilité pénale, d'ailleurs uniquement prévues pour Frontex (articles 84 et 85) et l'agence de l'UE pour l'Asile (articles 26 et 27), qui précisent les règles de conflit au regard de différentes situations impactant l'État hôte et l'État d'origine, avec le cas échéant la possibilité pour ceux-ci de recourir à l'article 273 du TFUE offrant alors une nouvelle opportunité de compétence à la Cour.

L'originalité du sujet tient à la mise en œuvre du dispositif dans le cadre d'une « responsabilité partagée »³¹. Indépendamment de la question des modalités d'engagement de la responsabilité devant les juges nationaux compétents, l'agenciarisation dans le domaine de l'immigration et de l'asile requiert une clarification de l'imputabilité³² et du fondement³³ de cette responsabilité par la Cour de justice de laquelle est attendue une œuvre particulièrement pédagogique, ne serait-ce que pour rendre l'écart entre le droit et la pratique acceptable³⁴. Les confusions actuelles, largement entretenues par le juge de Luxembourg, devront être dissipées d'une façon ou d'une autre au fur et à mesure des affaires dont il sera saisi afin d'offrir aux victimes un guide de procédures leur permettant d'anticiper leurs chances d'obtenir réparation et leur évitant des contraintes de recours qui pourraient s'avérer vaines au final.

31 Par exemple, § 12 et article 7 du règlement Frontex.

32 Par exemple, dans l'hypothèse d'un cumul des fautes, tout en admettant la recevabilité, la Cour renvoie la décision sur l'indemnisation après règlement devant le juge national, ce qui peut évidemment durer des dizaines d'années (CJCE, 14 juillet 1967, *Kampffmeyer*, aff. 5/66).

33 Évidemment, la question de la responsabilité resurgit. Bien que la Cour ait infirmé l'arrêt du Tribunal ayant admis le principe de la responsabilité sans faute (CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM*, aff. C-120/06), sa jurisprudence reste marquée par une certaine ambiguïté au point que l'on peut se demander si elle n'est exclue que lorsqu'est en cause un acte normatif et/ou un acte concernant l'OMC. Dès lors, elle encourage les institutions à prévoir certaines formes d'indemnisation, ce qui n'est *a priori* pas le cas dans le domaine de l'immigration et de l'asile.

34 V. également L. CLÉMENT-WILZ, « L'injusticiabilité des activités de l'agence Frontex ? », *RTDE*, 2017, p. 511-523.

III. Cap n° 3 : dépasser les contraintes de la temporalité : une exigence d'adaptabilité

Il est frappant de relever l'occurrence des termes liés aux notions d'urgence et de rapidité dans les règlements. Les quatre agences évoluent en effet dans des domaines éminemment sensibles que ce soit en raison des opérations qu'elles sont amenées à déployer ou de la gestion de données personnelles qu'elles assurent. On trouve particulièrement ces éléments dans les règlements Frontex et Asile. La sémantique utilisée y est significative : « évaluation de la vulnérabilité » (article 13) ; situation aux frontières extérieures nécessitant une « action urgente » ; « défi spécifique et disproportionné » ; « réserve de réaction rapide » ; « interventions rapides aux frontières » ; « défis migratoires » ; « zone d'urgence migratoire » ; « plans d'urgence » ; « urgence humanitaire ». De même, concernant l'Agence de l'Union européenne pour l'asile, on notera les expressions suivantes : « pressions disproportionnées, qui les sollicitent de manière exceptionnellement forte et urgente » ; « déploiement d'experts de la réserve d'intervention "asile" ».

Dans un autre registre, le règlement Europol prévoit : « Lorsque le CEPD juge qu'un dossier est extrêmement urgent, il peut décider de prendre des mesures immédiates. Le CEPD informe alors immédiatement les autorités de contrôle nationales concernées et justifie le caractère urgent de la situation, ainsi que la mesure qu'il a prise ».

Cette réactivité des agences, des États et des institutions est conçue comme un gage d'efficacité et de crédibilité. Mais le juge dispose-t-il de la capacité de s'adapter à cette temporalité dans un domaine aux confins de phénomènes – voire de pressions – à la fois internes et externes ? En tant qu'acteur à part entière de la construction de cet Espace de liberté, de sécurité et de justice, est donc interrogée la capacité du juge non seulement de réagir vite mais aussi, pourquoi pas, d'anticiper. Certes, il dispose déjà de moyens classiques pour accompagner cette temporalité, mais la question est de savoir s'il est possible d'imaginer des moyens plus instrumentalistes, plus pragmatiques témoignant ainsi de l'adaptabilité du droit processuel.

A. Des moyens classiques pour répondre à l'impératif d'urgence

La durée moyenne de procédure devant la Cour de justice est de quinze mois, ce qui, conjugué à l'enchevêtrement des procédures quand la responsabilité est partagée avec les États, peut rendre l'opportunité du contrôle juridictionnel presque décourageante³⁵. Ceci conduit à s'interroger sur les attentes réelles du requérant et la finalité du contrôle juridictionnel. Cela dit, le juge de l'Union dispose d'un certain nombre de moyens juridiques pour répondre à l'urgence³⁶.

³⁵ Et ce en dépit de la jurisprudence récente relative à la condamnation de l'UE au paiement de dommages-intérêts du fait du délai déraisonnable de la procédure.

³⁶ En se gardant de toute comparaison, on peut ici noter la compétence du juge à mobiliser toutes les possibilités d'accélération de la procédure, par exemple dans le cadre d'un recours en manquement, V. aff. C-441/17 *Commission c. République de Pologne*.

Ces moyens peuvent d'abord consister dans l'accélération de la procédure que ce soit dans le cadre de la « procédure accélérée »³⁷ ou dans celui de la « procédure préjudicielle d'urgence » (PPU). Cette dernière possibilité est prévue par l'article 267 du TFUE qui dispose que « si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais »³⁸. De manière finalement plus large, le champ d'application est circonscrit dans l'article 107 du règlement de procédure de la Cour : « Un renvoi préjudiciel qui soulève une ou plusieurs questions concernant les domaines visés au Titre V de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, peut, à la demande de la juridiction de renvoi ou, à titre exceptionnel, d'office, être soumis à une procédure d'urgence dérogeant aux dispositions du présent règlement ». Autrement dit, entrent dans ce champ les questions concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice et donc les questions relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration. La pratique montre que la Cour veille au respect de ce champ d'application et cela embrasse des situations extrêmement variées³⁹. De même, elle peut envisager de soulever d'office la possibilité d'une procédure accélérée en écartant la demande de PPU formulée par le juge national⁴⁰. La question est de savoir si le contentieux qui serait engendré par l'action des agences présenterait une originalité telle qu'elle amènerait la Cour à enrichir sa jurisprudence sur ce thème.

En outre, la Cour reconnaît depuis longtemps au juge national la possibilité de prévoir une protection provisoire tenant notamment à la suspension de l'exécution de l'acte que ce soit dans l'attente de la décision de la juridiction compétente sur la conformité du droit national au droit de l'Union⁴¹ ou lorsqu'est contesté un acte national pris sur le fondement d'un acte de droit dérivé qu'il estime entaché d'invalidité⁴². Par ailleurs, aux termes de l'article 278 du TFUE, la Cour peut, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué⁴³.

B. La pertinence de moyens plus instrumentalistes

Les règlements donnent aux agences des missions d'évaluation, d'analyse et d'expertise avec à la clé la production de rapports, de lignes directrices ou de bonnes pratiques. Quel est le pendant juridictionnel de cet aspect de leurs missions ? Peut-on imaginer un contrôle juridictionnel à vocation « anticipatrice » ?

37 Articles 133 et s. et articles 105 et s. du Règlement de procédure de la Cour ; CJUE (Gde Chambre), 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. 188/10.

38 Articles 107 et 106 du Règlement de procédure de la Cour.

39 S'agissant des visas : CJUE, 7 mars 2017, *X et X c. État belge*, aff. C-638/16 PPU ; s'agissant de l'asile : CJUE, 16 février 2017, *C. K., H. F., A. S. c. Republika Slovenija*, C-578/16 PPU.

40 CJUE, ordonnance du 6 mai 2014, *G.*, C-181/14.

41 CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89.

42 CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. C-143/88.

43 Les affaires concernant les agences sont peu nombreuses, mais on peut renvoyer s'agissant des conditions de recevabilité et d'octroi aux affaires suivantes : Trib. FP, 16 novembre 2011, *Possanzini c/ Frontex*, aff. F-61/11 R ; Trib. 11 mars 2013, *Calestep c/ ECHA*, aff. T-89/13 R ; Trib. 4 décembre 2015, *E-control c/ACER*, aff. T-671/15 R ; Trib. 7 juillet 2014, *Mayer c/ EFSA*, aff. T-493/14 R ; Trib. 10 mars 2017, *Przedsiębiorstwo c/ECHA*, aff. T-625/16 R.

1. *La piste de la justice prédictive ?*

Pour séduisante qu'elle puisse être pour encourager ou, au contraire, avertir de l'échec éventuel d'un certain type d'actions, la piste de la justice prédictive tournerait rapidement court. En effet, la difficulté des contentieux notamment de la responsabilité et leur émiettement devant les juges nationaux compétents ne permettraient pas *a priori* d'apporter une réponse aux actions de personnes par définition vulnérables. Elle pourrait peut-être renseigner les organisations humanitaires sur leur chance de succès contentieux, mais elle s'acclimate mal à la part de subjectivité attachée à la nécessaire analyse des situations spécifiques de chacun. Peut-être pourrait-elle permettre le développement de modes de règlement amiable des différends adaptés aux problématiques de l'immigration et de l'asile ?

2. *La piste de la vigilance sur le contenu des actes de soft law ?*

Deux types de documents adoptés par les agences interpellent : le « code de conduite » de Frontex et les « normes opérationnelles, lignes directrices et bonnes pratiques » de l'agence de l'Union européenne pour l'asile. Aux termes de l'article 81 du règlement Frontex, l'agence « élabore et continue à développer un code de conduite qui s'applique à toutes les opérations de contrôle aux frontières dont la coordination est assurée par l'Agence et à toutes les personnes participant aux activités de l'Agence. Le code de conduite définit des procédures dont l'objectif est de garantir le respect des principes de l'état de droit et des droits fondamentaux, en accordant une attention particulière aux personnes vulnérables, notamment aux enfants, aux mineurs non accompagnés et aux autres personnes se trouvant dans une situation de vulnérabilité, ainsi qu'aux personnes en quête de protection internationale ». Elle élabore également un code de conduite pour les opérations de retour et les interventions en matière de retour, applicable durant toutes les opérations de retour et interventions en matière de retour dont l'Agence assure la coordination ou l'organisation. Ce code de conduite décrit des procédures normalisées communes visant à simplifier l'organisation des opérations de retour et des interventions en matière de retour et garantit que le retour se fait d'une façon humaine et dans le plein respect des droits fondamentaux, en particulier les principes de dignité humaine et d'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le droit à la liberté et à la sûreté et le droit à la protection des données à caractère personnel et le principe de non-discrimination.

En vertu de l'article 12 du règlement, l'Agence de l'Union européenne pour l'asile « organise et coordonne des activités destinées à favoriser une mise en œuvre correcte et efficace du droit de l'Union, notamment par l'élaboration de normes opérationnelles, d'indicateurs, de lignes directrices ou de bonnes pratiques sur les questions liées à l'asile, ainsi que l'échange de bonnes pratiques entre les États membres dans les domaines concernant l'asile ». Elle définit des normes opérationnelles sur la mise en œuvre des instruments du droit de l'Union en matière d'asile et des indicateurs permettant de contrôler le respect de ces normes opérationnelles, ainsi que des lignes directrices et des bonnes pratiques se rapportant à la mise en œuvre des instruments du droit de l'Union en matière d'asile.

En outre, il est prévu que l'Agence « aide les États membres, à leur demande, à appliquer les normes opérationnelles, les lignes directrices et les bonnes pratiques à leurs régimes d'asile et d'accueil en fournissant l'expertise ou l'assistance opérationnelle et technique nécessaire ».

On perçoit ici les effets que pourraient produire de tels actes de *soft law* dans la préparation ou la prise de décision et qui pourtant échapperaient *a priori* au contrôle de la Cour⁴⁴. Même si ces agences ne détiennent pas de pouvoir de décision, elles ont dès lors par ce biais un « pouvoir d'influence diffus »⁴⁵. N'est-il pas temps que le juge européen renouvelle ses outils⁴⁶ ?

Cohérence, pertinence et adaptabilité ont été les entrées de la grille de lecture de la place du juge de Luxembourg dans le mouvement d'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile. Un inventaire des questions et des pistes de réponses a été proposé. Pour autant, l'exercice peut sembler déconnecté de la réalité tant la juridictionnalisation de l'agenciarisation s'inscrit dans un cadre beaucoup plus global et pluraliste du fait de la multiplicité des acteurs et de la diversité des niveaux d'interventions inhérentes à la gestion/responsabilité partagée.

Derrière cette question, se profile au fond celle de savoir si la spécificité de la politique d'immigration et d'asile implique la spécificité de la réponse du (ou des) juge(s) et invite à une réflexion beaucoup plus globale sur le système juridictionnel, l'office du juge et la qualité de la justice dans une étape charnière de la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans laquelle le droit, et le perfectionnement du droit processuel, ne constitue qu'une partie de la réponse.

4 janvier 2020

44 Lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne, ne constituent, en principe, des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation que les mesures qui fixent définitivement la position de l'institution. Ne sont donc pas logiquement attaquables les actes préparatoires puisqu'ils ne constituent pas une manifestation définitive de volonté ce que le Tribunal a confirmé à propos des avis scientifiques de l'EFSA. Trib., ord., 17 juin 2008, *FMC Chemical c. EFSA*, aff. T-311/06, Rec. 2008, p. II-88, pt 43 et aff. T-312/06, Rec. 2008, p. II-89, pt. 43 et *Dow AgroSciences/ EFSA*, aff. T-397/06, Rec. 2008, p. UU-90, pt. 40.

Pour une réaffirmation de sa jurisprudence alors même que l'Avocat général M. Bobek invitait la Cour à se reconnaître compétente et à annuler une recommandation de la Commission européenne : CJUE, Gde Chambre, 20 février 2018, *Royaume de Belgique c. Commission européenne*, aff. C-16/16.

45 D. RITLÉNG, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », *op. cit.* : « il s'agit par le biais de ces prérogatives, de parvenir à un alignement sur des standards communs, c'est-à-dire à une européanisation des pratiques nationales de contrôle des frontières extérieures ».

46 V. P. DEUMIER et J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, 491 p. et notamment F. MARTUCCI, « La *soft law* dans la structure constitutionnelle de l'Union, une lecture contentieuse », p. 155-175 et R. MEHDI, « La *soft law* devant les juges européens, se saisir de l'insaisissable », p. 369-386.

THE POLITICAL ACCOUNTABILITY OF EUROPEAN AGENCIES IN THE FIELDS OF MIGRATION AND ASYLUM: FRONTEX AND THE EASO

Charikleia VLACHOU¹

Introduction

The evolution of the European administration during the last decades has been characterised by the phenomenon of “agencification²”, namely by the establishment and multiplication of European agencies in the context of different European policies.³ Created in order to serve various purposes, such as additional administrative capacity, technical expertise and credible commitment, and having multiplied in an anarchic manner,⁴ European agencies are specialised, non majoritarian EU bodies that are established by secondary law, that are institutionally separate from the institutions of the European Union (EU) and endowed with their own legal personality.⁵ Their independence both *vis à vis* European institutions and Member States and *vis à vis* private entities, is a common requirement of their founding regulations and crucial for the credibility of their action.⁶

¹ Maître de conférences, Université d’Orléans.

² The literature on the evolution of the European administration is vaste. See, among others, J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014; H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK (eds.), *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, OUP, 2011. On European agencies in particular, see M. CHAMON, *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, OUP, 2016; J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l’Union européenne*, 3^{es} Journées Guy Isaac, 11 et 12 mars 2010, à Toulouse organisées par l’Institut de recherche en droit européen, international et comparé, IRDEIC, Bruxelles, Bruylant, 2011; G. DELLA CANANEA (ed.), *European Regulatory Agencies*, Seminar organized by the Study Group for European Policies, Rome, 26 June 2003, Paris, Editions Rive Droite, 2005; J.-F. COUZINET (dir.), *Les agences de l’Union européenne: recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Actes de la journée Guy Isaac, 8 juin 2001, Toulouse, Presses de l’Université des sciences sociales, 2002; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002; D. GERADIN, R. MUNOZ, N. PETIT, *Regulation through agencies in the EU: a new paradigm of European governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2005.

³ See <https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies_fr> (last accessed 07.07.2018).

⁴ The European Parliament, the Commission and the Council have attempted to introduce coherence in the governance of the European agencies by adopting a Common Approach on decentralized agencies in 2012, see Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralized agencies, available at <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/joint_statement_and_common_approach_2012_fr.pdf> (last accessed 30.06.2018) (Common Approach).

⁵ See M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford, OUP, 2013, p. 21.

⁶ On the independence of European agencies, see M. BUSUIOC, “Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies”, *European Law Journal*, Vol. 15, N° 5, 2009, p. 599-615; M. EGEBERG, J. TRONDAL, “EU-level agencies: new executive center formation or vehicles of national control”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 18, N° 6, 2011, pp. 868-887. The European Parliament has expressed its concern regarding the independence of certain European agencies *vis-à-vis* the Commission and the industry, see, respectively, European Parliament, Resolution of 3 April 2014 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Union agencies for the financial year 2012: performance, financial management and control (2013/2256(DEC)), points 16, 56-57; European Parliament, Resolution of 28 April 2016 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Union agencies for the financial year 2014: performance, financial management and control (2015/2205(DEC)), point 13.

The European administration in the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) is not exempt from this evolution. While broader cooperation among European agencies in its context is on the rise—be it concretely in hotspots⁷ or, more generally, in the context of the Justice and Home Affairs (JHA) agencies' network—⁸ the European Border and Coast Guard Agency (“Frontex”) and the European Asylum Support Office (“EASO”) are the two European agencies that are the most directly involved in the migration crisis: they are responsible for coordinating Member States' cooperation respectively in the areas of external border management and asylum, their powers having been reinforced over time. Indeed, following the adoption of the European Border and Coast Guard Regulation in 2016,⁹ Frontex has moved further than merely coordinating practical cooperation towards being involved in the development¹⁰ and monitoring of European border management.¹¹ EASO's operational support activities have also evolved from giving expert advice to national administrations to “hands-on tasks, such as providing information to arriving third country nationals and assisting with the relocation process”¹² and could be further reinforced after the revision of its founding regulation transforming it into a “European Union Agency for Asylum” (EUAA).¹³

The powers these European agencies have been entrusted with in this politically sensitive field bring with them important constitutional challenges: in a nutshell, agencification needs to be effective while at the same time respecting the democratic values of the European Union¹⁴ and ensuring the

7 Especially through the establishment of Migration Management Support Teams, viz. of teams “of experts which provide technical and operational reinforcement to Member States at hotspot areas and which (are) composed of experts deployed from Member States by the European Border and Coast Guard Agency and by the European Asylum Support Office, and from the European Border and Coast Guard Agency, Europol or other relevant Union agencies”, see art. 2(9), Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) N° 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) N° 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC, OJ L 251, 16.09.2016, p. 1-76 (EBCG Regulation). On hotspots, see, among others, D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, *On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, Study for the LIBE committee, Brussels, 2016.

8 The Justice and Home Affairs (JHA) agencies' network is composed of nine agencies: the European Union Agency for Law Enforcement Training (CEPOL), the European Asylum Support Office (EASO), the European Institute for Gender Equality (EIGE), the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), the European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (eu-LISA), Eurojust, Europol, the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) and Frontex. The JHA agencies' network has been established in 2006 in order to allow cooperation and the development of synergies in areas such as operational work, training and external relations, see <<http://www.eurojust.europa.eu/about/Partners/Pages/jha-cooperation.aspx>> (last accessed 07.07.2018).

9 As L. TSOURDI notes “(t)he European Border and Coast Guard, despite its denomination, does not aim to replace national border guard units centralizing external border management, remaining essentially a new model built on an old logic”, see L. TSOURDI, “Monitoring and Steering through Frontex and EASO 2.0: The Rise of a New Model of AFSJ agencies?”, available at <<http://eumigrationlawblog.eu/monitoring-and-steering-through-frontex-and-easo-2-0-the-rise-of-a-new-model-of-afsj-agencies/>> (last accessed 07.07.2018). On the evolution of Frontex, see J. RIJPMAN, *The Proposal for a European Border and Coast Guard: Evolution or Revolution in External Border Management?*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, PE 556.934, Brussels, 2016; J. RIJPMAN, “Hybrid agencification in the Area of Freedom, Security and Justice and its inherent tensions: the case of Frontex”, in M. BUSUIOC, M. GROENLEER, J. TRONDAL (eds.), *The Agency phenomenon in the European Union: Emergence, institutionalization and everyday decision-making*, Manchester, Manchester University Press, 2012, pp. 84-102. For the needs of our analysis we will continue referring to this European agency as “Frontex”, following its common reference (see recital 9, EBCG Regulation).

10 Notably through the adoption of a “technical and operational strategy for European integrated border management”, see art. 3, EBCG Regulation.

11 Most notably through liaison officers present in Member States (see art. 8, EBCG Regulation) and through the elaboration of a vulnerability assessment (see art. 8, 13, EBCG Regulation).

12 See L. TSOURDI, “Hotspots and EU agencies: towards an integrated European administration”, 26.01.2017, available at <<http://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-eu/>> (last accessed 07.07.2018).

13 See L. TSOURDI, “Bottom-up Salvation? From practical cooperation towards joint implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, Vol. 1, N° 3, 2016, pp. 997-1031; L. TSOURDI, “Monitoring and Steering through Frontex and EASO 2.0: The Rise of a New Model of AFSJ agencies?”, *op. cit.*

14 The need for the AFSJ to be firmly based on “the principles of transparency and democratic control” had already been affirmed in the European Council's Conclusions in Tampere, see Tampere European Council, Presidency Conclusions, 15-16 October 1999, point 7.

protection of fundamental rights.¹⁵ While the protection of the latter, especially in the context of the activities of Frontex, has attracted the interest of legal scholars,¹⁶ institutions,¹⁷ NGOs and of the general public, the mechanisms ensuring the political accountability of both European agencies, namely accountability before elected representatives in the context of a democratic Union, rather seem to escape the spotlight.¹⁸

Defining the notion of accountability is, in any event, not an easy task: despite being unanimously accepted as a principle of good governance,¹⁹ the term has been used by legal doctrine as more of an “umbrella concept”²⁰ reflecting a “range of understanding”,²¹ than a clear-cut notion. Nevertheless, consensus among scholars seems to emerge with respect to the fact that accountability can be resumed as “a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgment, and the actor may face consequences”.²² Three stages are, thus, involved in account giving: information gathering, debate and consequences.²³

Political accountability of European agencies is typically envisaged before the European Parliament and the Council²⁴. In the specific case of AFSJ agencies, however, giving account before national parliaments also seems to be on the rise.²⁵ While the jury is still out on the right “accountability mix” for these EU bodies,²⁶ examining the current political accountability regime set out for Frontex and for the EASO is undeniably of crucial importance both from a constitutional perspective and in order to facilitate the understanding and acceptance of their role in the politically sensitive fields of migration and asylum.

15 See J. RIJPMAN, “Frontex and the European system of border guards: the future of European border management”, in M. FLETCHER, E. HERLIN-KARNELL, C. MATERA (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London, Routledge, 2016.

16 See, among others, M. FINK, “A “blind spot” in the framework of international responsibility? Third-party responsibility for human rights violations: the case of Frontex”, in T. GAMMELTOFT-HANSEN, I. VEDSTED-HANSEN (eds.), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: transnational law enforcement and migration control*, London-New York, Routledge, pp. 272-293.

17 See, in particular, the advances related to fundamental rights’ protection proposed in the European Parliament’s draft position on the European Union Agency on Asylum, in *Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) N° 439/2010 (COM(2016)0271-C8-0174/2016-2016/0131(COD))*, 21.12.2016.

18 See, however, F. LAFARGE, “La redevabilité des agences européennes de l’Espace de liberté, de sécurité et de justice”, *RFAP*, Vol. 160, N° 4, 2016, pp. 1209-1226.

19 See C. JOERGES, R. DEHOUSSE, *Good governance in Europe’s integrated market*, Vol. 11/2, Oxford, OUP, coll. The Collected Courses of the Academy of European Law, 2002; D. CURTIN, R. WESSEL (eds.), *Good governance and the European Union: Reflections on concepts, institutions and substance*, Antwerp, Intersentia, 2005.

20 See M. BOVENS, “Analyzing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework”, *European Law Journal*, Vol. 13, N° 4, 2007, pp. 447-468; R. MULGAN, “Accountability: an ever expanding concept?”, *Public Administration*, Vol. 78, N° 3, 2000, pp. 555-573.

21 See D. CURTIN, P. MAIR, Y. PAPADOPOULOS, “Positioning Accountability in European Governance: An Introduction”, *West European Politics*, Vol. 33, N° 5, 2010, pp. 929-945, p. 930.

22 See M. BOVENS, “Analyzing and Assessing...”, *op. cit.*, p. 450.

23 See M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, *op. cit.*, p. 47. On the different types of accountability, see M. BOVENS, D. CURTIN, P. HART, “Studying the Real World of EU accountability: Framework and Design”, in M. BOVENS, D. CURTIN, P. HART (eds.), *The Real World of EU Accountability. What Deficit?*, Oxford, OUP, 2010, pp. 31-62, pp. 47-49.

24 For example, Frontex is accountable both to the European Parliament and to the Council and should report to them “to the fullest extent” (see recital 56, art. 7, EBCG Regulation).

25 At present, with respect to Europol, Eurojust and the EPPO. On this topic, see C. VLACHOU, “La reddition des comptes démocratique des agences de l’Union européenne: quel rôle pour les parlements nationaux?”, *R.A.E.-L.E.A.*, Vol. 3, 2017, pp. 481-492, C. VLACHOU, “The democratic accountability of European agencies: which role for national parliaments?” (forthcoming).

26 See *infra* II, B.

In this context, it is important to examine how the political accountability of these two European agencies is ensured both before the European Parliament (I), that is directly elected from the European citizens, and before bodies whose legitimacy stems from the national level²⁷ (II), i.e. the Council of ministers, and, potentially, national parliaments.

I. Political accountability before the European Parliament

The role of the European Parliament *vis à vis* European agencies has evolved over time reflecting its own progressive gain of powers in the EU institutional landscape:²⁸ the European Parliament, thus, currently intervenes both *ex ante*, namely in the procedures for the appointment of the Executive Directors of European agencies²⁹ and *ex post*, viz. as an accountability forum for these Union bodies³⁰ conformed by the expert knowledge of its parliamentary committees. Its role as a co-legislator, that can potentially push for a future revision of the mandate of European agencies in the context of the ordinary legislative procedure, allows for consequences to be attached to such account giving.³¹

In this regard, the European Parliament exercises its role as a political accountability forum for Frontex and for the EASO through instruments that are progressively refined and increasingly linked to the budgetary discharge procedure (A). This link with the budgetary discharge procedure (B) allows for significant political pressure to be exercised on the two agencies on issues that exceed mere technicalities.

A. Through progressively refined instruments of political accountability

The political accountability of European agencies before the European Parliament is ensured, on the one hand, through the scrutiny of their annual work programs and annual activity reports and, on the other hand, through hearings of their Executive Directors before the competent parliamentary committee.³² Both the EBCG regulation and the negotiations regarding the proposal for an EUAA are illustrative of a trend towards progressively refined instruments of accountability before the European Parliament,³³ potentially due to the political pressure exercised in that respect by the institution itself during the ordinary legislative procedure.³⁴

27 The analysis will not focus on the European agencies' Management Boards due to their hybrid nature, combining both managerial and political accountability. Management Boards can, indeed, be viewed as a "lower tier of political accountability", due to their composition from Member States' representatives, as opposed to "upper echelons of political accountability" such as the European Parliament and the Council, see M. BUSUIOC, "European agencies and their Boards: promises and pitfalls of accountability beyond design", *Journal of European Public Policy*, Vol. 19, N° 5, 2012, pp. 719-736; M. BUSS, "European Union agencies and their management boards: an assessment of accountability and democratic legitimacy", *Journal of European Public Policy*, Vol. 22, N° 1, 2015, pp. 94-111.

28 See C. VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (énergie, communications électroniques)*, Thèse en droit public, Université Paris II (Panthéon-Assas), 2014, p. 383. The European Parliament can currently defend its own role in the accountability regime foreseen for European agencies as a co-legislator in the context of the ordinary legislative procedure.

29 On appointment procedures, see art. 69(2), 62(2a), EBCG Regulation; art. 30(1), 31(1), Regulation (EU) N° 439/2010 of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 establishing a European Asylum Support Office (EASO Regulation).

30 See M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, *op. cit.*; M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Maastricht, Datawyse – Universitaire Pers Maastricht, 2014.

31 Especially on the basis of the evaluation report transmitted to it (see art. 81(2), EBCG Regulation). Art. 46, EASO Regulation, did not expressly refer to the transmission of an evaluation report to the European Parliament, a gap that is formally filled by art. 66(2), Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) N° 439/2010, 04.05.2016, COM(2016)0131(COD) (EUAA Proposal).

32 See M. SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 145., C. VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (énergie, communications électroniques)*, *op. cit.*, p. 388.

33 Appointment procedures will not be treated in this article which focuses on *ex post* accountability.

34 This trend can also be observed in other fields, see C. VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (énergie, communications électroniques)*, *op. cit.*, pp. 378-382.

Rather than being self-evident, the real effectiveness of the various reporting obligations set on European agencies is conditional upon the actual content of the annual work programs and activity reports,³⁵ the possibility to hold a public hearing where such documents could be debated and the consequences attached to their transmission to the European Parliament. In this regard, the reporting obligations set on the two agencies tend to be, on the one hand, more detailed in terms of content³⁶ and, on the other hand, directly related to the budgetary discharge procedure through the introduction of various performance indicators.³⁷ The link with the budgetary discharge procedure comes as no surprise: it was already envisaged by the Common approach on decentralized agencies adopted by the institutions in 2012 and by relevant guidelines subsequently elaborated by the European Commission.³⁸

In this context, the EBCG regulation and the EUAA proposal, first of all, guarantee extended information rights³⁹ for the European Parliament regarding both “problematic” situations at the borders or with respect to the asylum or reception systems⁴⁰ and the external activities of these two agencies⁴¹. Specific reporting obligations are further foreseen by the EBCG regulation regarding the—at times lacking—Member States’ input in the activities of Frontex, especially as to the number of border guards

35 The insufficient quality of the annual reports of certain European agencies has been noted several times in the past, see Ramboll Management, Euréal, Matrix, Evaluation of the EU Decentralised Agencies in 2009, Final Report, Volume I, Synthesis and prospects. Evaluation for the European Commission, p. 23, available at <http://europa.eu/agencies/documents/synthesis_and_prospects_en.pdf> (last accessed 07.07.2018); European Court of Auditors, Special Report N° 5/2008, “The European Union’s Agencies: getting results”, 2008, 52 p., available at <www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR08_05/SR08_05_EN.PDF> (last accessed 07.07.2018).

36 A similar trend can be observed in another politically sensitive field, i.e. the Banking Union: the content of the annual activity report prepared by the Single Resolution Board is foreseen in detail in an interinstitutional agreement concluded with the European Parliament, see Interinstitutional agreement between the European Parliament and the Single Resolution Board on the practical modalities of the exercise of democratic accountability and oversight over the exercise of the tasks conferred on the Single Resolution Board within the framework of the Single Resolution Mechanism, OJ L 339/58, 24.12.2015.

37 On the absence of quantitative objectives and targets for the joint operations of Frontex and on the inadequacy of the key performance indicators used by this agency, see European Court of Auditors, Special Report N° 12/2016: Agencies’ use of grants: not always appropriate or demonstrably effective, 21.04.2016.

38 Indeed, according to the Common Approach, while “agencies’ Directors are accountable to the European Parliament and the Council for the use of the EU contribution, the discharge procedure focuses on accountability and regulatory compliance rather than performance per se. This is due, inter alia, to the lack of performance indicators. Agencies’ Directors should therefore be more clearly accountable for performance. To this end, tailored performance indicators should be introduced for allowing effective assessment of the results, achieved in terms of objectives”, see Common Approach, *op. cit.*, point 15. The Commission has, subsequently, elaborated Guidelines on key performance indicators and urged the European agencies to include the ones relevant to their mandate in their annual work programs, see Commission, Staff Working Document, Guidelines on key performance indicators (KPI) for directors of EU decentralized agencies, 13.03.2015, SWD(2015) 62 final (Guidelines on KPIs).

39 While it remains to be seen whether instances of over-classification may occur, art. 50(3), EBCG Regulation, explicitly states that “classification shall not preclude information being made available to the European Parliament” and that the rules concerning the forwarding and handling of classified information applicable between the European Parliament and the Commission will be followed.

40 Such as situations at the external border requiring urgent action, in which case the European Parliament is informed “without delay” including of “all subsequent measures and decisions taken in response” (see art. 19(2), EBCG Regulation) and situations requiring more border guards in the context of the deployment of EBCG teams, in which case the European Parliament is informed “immediately” (see art. 20(9), EBCG Regulation). The EUAA proposal moves, to a certain extent, in the same direction as it foresees that the European Parliament is kept informed of the progress made by a Member State on an action plan elaborated to address shortcomings of its asylum or reception systems (see art. 15(4), EUAA Proposal).

41 In the case of Frontex, the European Parliament is informed both prior to the conclusion of working arrangements with institutions, bodies, offices, agencies and international organizations (see art. 52(2), EBCG Regulation), and *ex post* of the activities conducted by Frontex in the context of its cooperation with third countries. The European Parliament is also kept fully informed without delay of the decision taken by Frontex to deploy liaison officers in third countries (see art. 55(4), EBCG Regulation). On the external activities of Frontex, see F. COMAN-KUND, *European Union Agencies as Global Actors: A Legal Study of the European Aviation Safety Agency, Frontex and Europol*, Routledge, New York, 2018; J. RIJPMAN, “External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action Outside EU-territory”, *European Papers*, Vol. 2, N° 2, 2017, pp. 571-596; M. FINK, “Legal Challenges of Frontex’ External Relations”, in M.-G. BOTTARO PALUMBO, C. DANISI (eds.), *Civil Rights Protection and Rights of Migrants in the Framework of Mediterranean Cooperation*, Proceedings of the Emuni Doctoral Research Seminar, 18-23.07.2011, Genova, De Ferrari, 2013, pp. 139-150. When it comes to the future EUAA, the European Parliament is also to be informed of working arrangements allowing cooperation with third countries (see art. 35(2), EUAA Proposal) and arrangements allowing cooperation with Union agencies, bodies and offices (see art. 36(2), EUAA Proposal) even though it is not clearly specified whether such information will be transmitted prior to their conclusion.

committed and actually deployed to the EBCG teams⁴² and the number of items of technical equipment committed to the technical equipment pool.⁴³ The EBCG regulation further foresees that the agency will be transmitting to the European Parliament its annual activity report—including an assessment of its cooperation with third countries⁴⁴—and its programming document, containing its multiannual programming and annual programming for the following year.⁴⁵ In this context, the above-mentioned link with financial accountability is striking: the multiannual programming document of Frontex must indicate “objectives, expected results, performance indicators and resource planning” as well as “strategic areas of intervention” and a “strategy for relations with third countries and international organizations”⁴⁶. In what seems to be more of a procedural requirement,⁴⁷ a consultation of the European Parliament is required prior to the adoption of this specific document.⁴⁸ Additionally, the annual work programs of Frontex allowing for the implementation of its multiannual programming also become more detailed and financial accountability-friendly “comprising detailed objectives and expected results including performance indicators” and “an indication of the financial and human resources allocated to each activity, in accordance with the principles of activity-based budgeting and management”.⁴⁹ While the requirements introduced by the EBCG regulation seem to enhance access to information and to structure *a minima* the content of the reporting obligations set on Frontex, it remains to be seen whether such indicators can indeed ensure the accountability of the agency⁵⁰ or whether they will in reality focus on “process” rather than on its actual performance.⁵¹

The same trend towards more detailed content seems to be followed in the EUAA proposal: the current version of the EASO regulation already foresees the transmission to the European Parliament of an annual report on the situation of asylum in the EU – which is also presented before it⁵², of the agency’s annual general report⁵³ and of its work program for the following year adopted “in accordance with the annual budgetary procedure and the legislative work in the area of asylum”.⁵⁴ Similarly to the case of Frontex, the EUAA proposal requires the transmission of a much more detailed and budgetary discharge-oriented programming document⁵⁵. In addition, the EUAA proposal reiterates the transmission and presentation of an annual report on the situation of asylum

42 See art. 20(12), EBCG Regulation.

43 See art. 39(13), EBCG Regulation.

44 See art. 54(11), EBCG Regulation.

45 See art. 64(1), EBCG Regulation. The programming document becomes definitive after the final adoption of the general budget potentially following adjustments (see art. 64(2), EBCG Regulation).

46 See art. 64(3), EBCG Regulation.

47 Indeed, art. 64(1) does not set an explicit obligation upon Frontex to follow the views of the European Parliament.

48 This, however, does not apply to the annual programming for the following year (see art. 64(1), EBCG Regulation).

49 See art. 64(5), EBCG Regulation.

50 The reports rendered public by Frontex have indeed been persistently criticized by NGOs as being reduced to mere statistical data and, thus, as not containing information on the essence of the work of this agency.

51 The Commission’s Guidelines regarding key performance indicators related to operational objectives seem indeed to be more process-related: they focus, on the one hand, on the timeliness of the submission of the draft annual working program and programming document and of the achievement of the objectives set in these documents and, on the other hand, on the “percentage of completion” of the relevant activities (see Commission, Guidelines on KPIs, p. 4). See F. BLANC, G. OTTIMOFIORE, “The interplay of mandates and accountability in enforcement within the EU”, in M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (eds.), *Law Enforcement by EU Authorities: Implications for Political and Judicial Accountability*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 276-277.

52 See art. 12(1), 29(1d), EASO Regulation.

53 See art. 29(1c), EASO Regulation. Recital 18, EASO Regulation clarifies that “(t)he Executive Director should also present the annual report to the European Parliament”.

54 See art. 29(1f), EASO Regulation.

55 See art. 41(1, 2, 3), EUAA Proposal.

in the EU before the European Parliament⁵⁶ and the transmission of a consolidated annual activity report⁵⁷, that will also be presented to the institution by the EUAA's Executive Director.⁵⁸

Following the trend of enhanced accountability before the European Parliament, the EBCG regulation, additionally, allows for more systematic hearings of the Executive Director of Frontex: he/she may indeed not only be invited to report on the carrying out of his/her tasks before the European Parliament but also to make a statement before it “if requested and to report to it regularly”.⁵⁹ The seemingly increased frequency envisaged by the EBCG regulation is particularly relevant in the case of Frontex, whose officials have not always been available for hearings before the LIBE committee.⁶⁰ In addition, the object of such hearings is broadly defined since, according to the EBCG regulation, they include “reporting on the implementation and monitoring of the fundamental rights strategy, the annual activity report of the Agency for the previous year, the work program for the following year and the Agency's multiannual programming or any other matter related to the activities of the Agency”.⁶¹ When it comes to the EASO, its Executive Director reports to the European Parliament on the performance of his/her duties when invited,⁶² an obligation that is maintained in the EUAA proposal.⁶³ Nevertheless—in a “misalignment” that is typical for European agencies—⁶⁴ the Executive Directors of Frontex and of the EASO themselves are not accountable before the European Parliament for their performance but to the agencies' Management Board,⁶⁵ with relevant sanctions seemingly being an *ultimum refugium* for extreme cases.⁶⁶

The progressive refinement of instruments of political accountability in the case of these two agencies and, especially, their direct link to the budgetary discharge procedure highlights the importance of this second facet of accountability before the European Parliament.

B. Through financial accountability spilling over to governance issues

While not necessarily being a straightforward means of ensuring political accountability, the “power of the purse” held by the European Parliament in the context of the budgetary discharge procedure is a particularly effective means of exercising political pressure on European agencies

56 See art. 40(1m), EUAA Proposal.

57 See art. 40(1c), EUAA Proposal.

58 See art. 65(2), EUAA Proposal.

59 See art. 68(2), EBCG Regulation.

60 On the recurrent refusal of Frontex senior officials to participate in hearings organized by the LIBE committee in the past, see House of Lords European Union Committee, 9th Report of Session 2007-2008, *Frontex: the EU external border agency*, para. 85.

61 See art. 68(2), EBCG Regulation.

62 See art. 31(3), EASO Regulation.

63 See art. 46(3), EUAA Proposal.

64 As it has been explained by M. SCHOLTEN: “(t)he missing interplay between individual accountability mechanisms seems to be intertwined with the fact that EU agencies operate in a multi-principal environment. While EU agencies may be subject to accountability mechanisms to ensure all three stages of accountability, not all accountability obligations may exist in relation to the same representative institution, the Council or the European Parliament”, see M. SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 162.

65 See art. 68(4), EBCG Regulation; art. 31(1), EASO Regulation. See, also, art. 45(8), EUAA Proposal.

66 As is evidenced by the example of the former Director of EASO who resigned—amidst an ongoing investigation on alleged instances of mismanagement by the OLAF and alleged accusations of “psychological violence”—rather than await a formal decision on his removal by the EASO's Management Board, see EASO, EASO Management Board appoints interim Executive Director, 06.06.2018, available at <<https://www.easo.europa.eu/news-events/easo-management-board-appoints-interim-executive-director>> (last accessed 07.07.2018). See, also, J. BARIGAZZI, EU asylum agency in disarray amid alleged “psychological violence”, 09.05.2018, available at <<https://www.politico.eu/article/eu-asylum-agency-in-disarray-amid-alleged-psychological-violence-jose-carreira-olaf/>> (last accessed 07.07.2018).

whose budget is composed of Union's contributions and grants chargeable to the general budget of the European Union.⁶⁷ Given the fact that their budgetary discharge can be postponed or even refused,⁶⁸ European agencies that strive to secure resources in a dire budgetary context⁶⁹ are receptive to the individual or horizontal resolutions that are adopted by the European Parliament in the context of this procedure. Interestingly, while *a priori* touching upon budgetary conformity and performance, these resolutions tend to spill over to broader governance and accountability issues.⁷⁰

The budgets of Frontex and of the EASO, as adopted by their Management Boards,⁷¹ indeed consist primarily of contributions and subsidies from the European Union's budget.⁷² Contrary to other European agencies that have been suffering from severe resource strains,⁷³ the budget of both agencies has known considerable increases in the context of the effort made by the European Union to manage the migration crisis.⁷⁴ Regardless of this increase, the budgetary planification of Frontex has known difficulties throughout the years due to the lack of willingness of the Member States to provide it with equipment and material,⁷⁵ while its budget has been plagued with chronic carry-overs⁷⁶. The European Parliament has been rather lenient on such issues despite concerns with the budgetary principle of annuality.⁷⁷

67 On the budget of European agencies, see *s.n.*, Analytical Fiche N° 20, Funding and budget revenues of agencies, available at <https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/fiche_20_sent_to_ep_cons_2011-07-20_en.pdf> (last accessed 07.07.2018).

68 The political pressure exercised by the European Parliament when discussing about postponing or refusing the budgetary discharge of a European agency can be very effective. The European Parliament has already refused to give budgetary discharge to the CEPOL in October 2010 due to the irregularities that have been identified by the European Court of Auditors, see European Parliament, Decision of 7 October 2010 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Police College for the financial year 2008, C7-0198/2009-2009/2127(DEC). The European Parliament has subsequently postponed the budgetary discharge of this agency for the year 2009, see European Parliament, Decision of 10 May 2011 in respect of the implementation of the budget of the European Police College for the financial year 2009, C7-0241/2010 – 2010/2181(DEC).

69 In the perspective of a general budget reduction post-Brexit and given the 5% staff reduction that has already been imposed on European agencies in the years 2013-2017, see Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial management, 02.12.2013, point 27.

70 Indeed, “in the context of the discharge procedure, the discharge authority stresses the particular importance of further strengthening the democratic legitimacy of the Union institutions by improving transparency and accountability, and implementing the concept of performance-based budgeting and good governance of human resources”, see European Parliament, Resolution of 27 April 2017 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Union agencies for the financial year 2015: performance, financial management and control (2016/2206(DEC)), P8_TA(2017)0155, point B.

71 See art. 62(2), EBCG Regulation; art. 29(1g), 34(8), EASO Regulation.

72 See art. 75(1), EBCG Regulation; art. 33(3), EASO Regulation.

73 As is, for example, the case of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators facing considerable resource strains due to the fact that—contrary to the example of Frontex—additional powers delegated to it have not been accompanied by an equivalent increase of its resources, see ACER, Recommendation N° 1/2016 of 30 May 2016 on ensuring the independence of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators and of National Regulatory Authorities, para. 1.

74 According to the European Council on Refugees and Exiles, in “(t)he amended budget 2017 the total revenue for Frontex has more than doubled between 2015 and 2017 to a total of 302 million Euros. In the one-year period following the Border and Coast Guard regulation alone the agency has grown to a staff size of 488 with a goal of 1000 employees by 2020. Comparatively the European Asylum Support Office (EASO) budget of 73 million Euros is around one fourth of Frontex”, see ECRE, Migration control top priority at Member State level—substantial growth of EU Agency Frontex, 13.10.2017, available at <<https://www.ecre.org/migration-control-top-priority-at-member-state-level-substantial-growth-of-eu-agency-frontex/>> (last accessed 07.07.2018).

75 See European Parliament Resolution, Resolution of 23 April 2009 with observations forming an integral part of the Decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2007 (C6-0445/2008)2008/2272(DEC)), points 15-18; European Parliament, Resolution of 5 May 2010 with observations forming an integral part of its Decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2008 (C7-0199/2009 – 2009/2128(DEC)), point 18.

76 The European Parliament has been expressing its concern regarding the high level of carry-overs and cancellations since the first years of functioning of Frontex, see, for example, European Parliament, Resolution of 10 May 2011 with observations forming an integral part of its Decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of the Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2009 (C7-0242/2010-2010/2182(DEC)), points 8-13.

77 The European Parliament had initially stressed that “a high level of carry-overs and cancellations is indicative of the inability of the Agency to manage so large an increase in its budget” and wondered “whether it would not be more responsible for the budgetary authorities, in future, to take greater care in deciding on increases in the Agency's budget in the light of the time needed to carry out the new activities”, see European

In any event, the role of the European Parliament in the context of the budgetary discharge procedure has been critical, first of all, in enhancing the political accountability of European agencies in general and, by way of consequence, of Frontex and of the EASO in particular. The European Parliament has, indeed, insisted on European agencies improving the quality of their reporting by introducing a standard chapter on issues related to transparency, accountability and integrity in their annual activity report.⁷⁸ It has also pushed for the introduction of “comprehensive indicators” allowing to measure the overall results and efficiency of the European agencies’ activities and to “support decisions of the budgetary authority on budget and staff allocation”.⁷⁹ In this vein, the European Parliament has in particular insisted on the need to specifically improve access to data on the impact of the operations of Frontex in order to render the reporting of this agency more outcome-oriented.⁸⁰ As previously discussed, this general trend has started to find its way in the founding regulations of the two agencies.

Secondly, following up on the Common approach of the institutions on decentralized agencies,⁸¹ the European Parliament has used the budgetary discharge procedure in order to push forward a “horizontal” issue that is critical for the transparency and trust in the action of European agencies:⁸²

Parliament, Resolution of 5 May 2010 with observations forming an integral part of its Decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2008, (C7-0199/2009-2009/2128(DEC)), point 5. More recently, it has, however, followed a more nuanced approach considering that carry-overs “are an inevitable result of the Agency performing its duties” in a context where unexpected events occur at the borders and that the multiannual nature of the Agency’s operations could justify the carry-overs which “do not necessarily indicate weaknesses in budget planning and implementation and are not always at odds with the budgetary principle of annuality”, see respectively, European Parliament, Resolution of 3 April 2014 with observations forming an integral part of its Decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2012 (C7-0318/2013 – 2013/2230(DEC)), point 8; European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (now European Border and Coast Guard Agency (“Frontex”)) for the financial year 2015 (2016/2179(DEC)), point 10. Nevertheless, the European Parliament has still insisted that budget monitoring can be improved (see European Parliament, Resolution of 29 April 2015 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2013 (2014/2114(DEC)), point 15) and that the agency’s operational programs could be better planned in advance and communicated to the European Court of Auditors (see European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (now European Border and Coast Guard Agency (“Frontex”)) for the financial year 2015 (2016/2179(DEC)), point 10).

78 See European Parliament, Resolution of 28 April 2016 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2014 (2015/2181(DEC)), point 21.

79 See European Parliament, Resolution of 27 April 2017 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Union agencies for the financial year 2015: performance, financial management and control (2016/2206(DEC)), points 16 and 56. In the specific case of Frontex, the European Parliament has noted with concern that “the majority of Frontex operational programs lack quantitative objectives and specific target values for the joint operations; notes with concern that this, together with insufficient documentation from cooperating countries, might hamper the ex post evaluation of the effectiveness of joint operations in the long term”, see European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (now European Border and Coast Guard Agency (“Frontex”)) for the financial year 2015 (2016/2179(DEC)), point 25.

80 See European Parliament, Resolution of 10 May 2011 with observations forming an integral part of its Decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2009 (C7-0242/2010-2010/2182(DEC)), point 5; European Parliament, Resolution of 5 May 2010 with observations forming an integral part of its Decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2008 (C7-0199/2009 – 2009/2128(DEC)), point 15.

81 See paras. 11, 18, 20, Common Approach, respectively concerning members of the Management Board, the Director and scientific committees; Commission, Guidelines on the prevention and management of conflicts of interest in EU decentralized agencies, 10.12.2013.

82 See European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Asylum Support Office for the financial year 2015 (2016/2192(DEC)), point 12.

the prevention and management of conflicts of interests,⁸³ viz. of situations “where the impartiality and objectivity of a decision, opinion or recommendation of an Agency is or might be perceived as being compromised by a personal interest held or entrusted to a given individual”.⁸⁴ In this context, the European Parliament has pushed throughout the years for the adoption and publication of the EASO’s policy on prevention and management of conflicts of interest and of related documents regarding the members of its Management Board and of the Executive Director in order to “ensure public oversight and scrutiny of its management”.⁸⁵ The EASO has also proceeded to the implementation of a decision of its Management Board on the prevention of fraud and an anti-fraud strategy⁸⁶ and to the adoption of rules on whistleblowing.⁸⁷ Similarly, Frontex has adopted rules on transparency and potential conflicts of interests of its Management Board, staff and seconded national experts,⁸⁸ an anti-fraud strategy and action plan,⁸⁹ and has been finalizing internal whistleblowing rules.⁹⁰ Taking the issue even further as a co-legislator and aiming to ensure legal certainty,⁹¹ the European Parliament has militated in favor of the new provision finally introduced in the EBCG regulation expressly dedicated to the prevention of conflicts of interest⁹².

Last but not least, accountability in the context of the budgetary discharge procedure has also allowed the European Parliament to touch upon important “sector-specific” issues related to the activities of Frontex and of the EASO. On the one hand, the European Parliament has promoted inter-agency cooperation among AFSJ agencies⁹³ stressing that they “fulfil a distinct and necessary role providing European added value”⁹⁴ and pushing for improved operational efficiency on the

83 See E. CHITI, “Mismanagement by European agencies: concerns, institutional responses, and lessons”, in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 253.

84 See Commission, Guidelines on the prevention and management of conflicts of interest in EU decentralized agencies, *op. cit.*, p. 5.

85 *Ibid.*, point 11; European Parliament, Resolution of 28 April 2016 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Asylum Support Office for the financial year 2014, (2015/2194(DEC)), point 11.

86 See European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Asylum Support Office for the financial year 2015 (2016/2192(DEC)), point 10.

87 On the 23rd of February 2017, following pressure exercised by the European Parliament in this respect in the context of the previous year’s budgetary discharge procedure, *ibid.*

88 Namely, the Frontex Staff Code of Conduct, the Code of Conduct for all persons participating in Frontex activities and the Code of Conduct for joint return operations coordinated by Frontex. Following up on remarks made by the European Court of Auditors, the European Parliament has been urging Frontex to also establish relevant rules regarding external experts, internal staff and governing board members involved in the selection and award process of grants and negotiations teams, see European Parliament, Resolution of 27 April 2017 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Union agencies for the financial year 2015: performance, financial management and control (2016/2206(DEC)), points 16, 18; European Court of Auditors, Special Report N° 12/2016, *op. cit.*, p. 30.

89 See European Parliament, Resolution (EU) 2016/1577 of 28 April 2016 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union for the financial year 2014, point 7.

90 See, for example, European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (now European Border and Coast Guard Agency (“Frontex”)) for the financial year 2015 (2016/2179(DEC)), point 17, following up on European Parliament, Resolution (EU) 2016/1577 of 28 April 2016, *op. cit.*, point 9.

91 The introduction of relevant provisions in the founding regulations of all European agencies is clearly envisaged by the European Parliament, see Resolution of 27 April 2017 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Union agencies for the financial year 2015, *op. cit.*, point 44. When it comes to the EASO, the adoption of an antifraud strategy and of rules on the prevention and management of conflicts of interest is explicitly stated among the functions of the Management Board (with respect to its members) in the EUAA proposal, see art. 40(1f, g), EUAA proposal.

92 See art. 78, EBCG Regulation. Internal rules for the prevention and management of conflicts of interest are adopted by the Management Board of Frontex with respect to its members, see art. 62(2q), EBCG Regulation.

93 The clustering of European agencies, namely their cooperation in the context of a thematic group, has indeed been promoted by the European Parliament, see European Parliament, Resolution of 27 April 2017 on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Union agencies for the financial year 2015, *op. cit.*, point 7.

94 *Ibid.*, point 58.

ground.⁹⁵ It has, thus, called for an effective cooperation of Frontex with the other AFSJ agencies,⁹⁶ for exchange of information allowing to “improve the effectiveness of Frontex grant-funded joint operations”⁹⁷ and it has welcomed the operational cooperation agreement of Frontex with Europol.⁹⁸ In the same vein, the European Parliament has also greeted the cooperation between the EASO and the European Migration Network Return Expert Group on the return of failed asylum seekers.⁹⁹

On the other hand, the European Parliament has touched upon issues related to the respect of fundamental rights in the context of the two agencies’ activities. For example, it has welcomed the EASO’s initiatives related to asylum-seeking children, including unaccompanied minors, such as the launch of the EASO Network on the Activities on Children.¹⁰⁰ When it comes to Frontex, it has joined similar remarks made by the Frontex Consultative Forum on Fundamental Rights and by the Commission,¹⁰¹ in requiring both “adequate” resources to be allocated to the Fundamental Rights’ Officer of Frontex and “staff for setting up a complaint mechanism and for further developing and implementing the Agency’s strategy to monitor and ensure the protection of fundamental rights”.¹⁰²

Despite the prominent role of the European Parliament in ensuring the political accountability of these two agencies, the analysis made so far only partially reflects the reality of the accountability regime foreseen in the case of these two agencies: a much less documented aspect—or prospect—of it relates to political accountability before bodies deriving their legitimacy from the national level.

II. Political accountability before the Council of ministers and national parliaments

Operating in a multi-principal environment, European agencies are also politically accountable before the Council of ministers, a vector of indirect democratic legitimacy in the European integration process due to its composition. Indeed, the founding regulations of Frontex and of the EASO naturally recognize the Council as a political accountability forum (A), with *de jure* similar powers to the ones of the European Parliament¹⁰³ but a *de facto* rather opaque role. Finally, while Frontex and the EASO currently escape the trend of recognizing national parliaments as accountability fora for AFSJ agencies, a similar evolution at some point in the future may not be excluded (B).

95 *Ibid.*, point 57.

96 See European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (now European Border and Coast Guard Agency (“Frontex”)) for the financial year 2015 (2016/2179(DEC)), point 30.

97 The European Parliament has also regretted difficulties in assessing the actual impact of joint operations, *ibid.*, point 24.

98 *Ibid.*, point 30.

99 See European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of the European Asylum Support Office for the financial year 2015 (2016/2192(DEC)), point 21.

100 *Ibid.*, point 17.

101 On this issue, see, also, Frontex Consultative Forum on Fundamental Rights, Fifth Annual Report, Warsaw, 2018, pp. 5-6; Commission, Fourth Report to the European Parliament, the European Council and the Council on the operationalization of the European Border and Coast Guard, COM (2017) 325 final, 14.06.2017, point 3.4; LIBE Committee, Mission Report following the LIBE Mission to the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) in Warsaw, Poland (20-21 February 2017), 22.03.2017, pp. 13-14.

102 See European Parliament, Resolution of 27 April 2017 with observations forming an integral part of the decision on discharge in respect of the implementation of the budget of (Frontex), *op. cit.*, point 29.

103 In terms of the consequences attached to account giving, the Council is a co-legislator that will proceed, alongside the European Parliament, in a potential future revision of the founding regulations of these two European agencies. Its position in the context of negotiations can be informed by the evaluation report prepared by the Commission, see art. 81(2), EBCG Regulation.

A. An opaque role of the Council of ministers

The Council of ministers' role as a political accountability forum, as outlined in the European agencies' founding regulations, is essentially based on examining their annual work programs and annual activity reports and conducting hearings.¹⁰⁴ Both the EBCG and the EASO regulations indeed organize accountability before the Council in a manner similar to what is foreseen for the European Parliament—albeit not identical.¹⁰⁵ On the one hand, according to the EBCG regulation, Frontex is accountable to the Council¹⁰⁶ and must report to it on its activities “to the fullest extent”,¹⁰⁷ including by forwarding to it its annual activity report¹⁰⁸ and its single programming document.¹⁰⁹ Nevertheless, it is only the European Parliament—and thus not the Council—that is consulted before the adoption of the programming document by the agency.¹¹⁰ On the other hand, while under its founding regulation, the EASO is under the obligation to transmit to the Council the same documents as the ones transmitted to the European Parliament¹¹¹, the EUAA proposal follows the same path as the EBCG regulation regarding reporting obligations, by also providing for a consultation exclusively of the European Parliament on the programming document.¹¹² Furthermore, while the EUAA proposal definitely extends the presentation of the annual report on the situation of asylum in the Union also to the Council¹¹³, it reserves the future presentation of the agency's annual activity report by the Executive Director of the EUAA exclusively to the European Parliament.¹¹⁴ Inversely, while information rights on “problematic” situations are similar to the ones foreseen for the European Parliament,¹¹⁵ the Council is envisaged as the institution that will exercise political pressure on the Member States so that they provide much needed input to Frontex for its activities, for example by “seek(ing) commitments” from them in case of a severe shortage of boards guards.¹¹⁶

104 On the particularities of the Council's role in the political accountability of Europol and Eurojust, see M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, *op. cit.*, pp. 140, 144-145.

105 The European Parliament also holds a more prominent role in the appointment procedure for the Executive Director of Frontex (see art. 69(1, 2), EBCG Regulation).

106 See art. 7, EBCG Regulation.

107 See recital 56, EBCG Regulation.

108 See art. 62(2i), EBCG Regulation.

109 See art. 62(j), EBCG Regulation.

110 See art. 64(1), EBCG Regulation.

111 Namely, its annual general report and its work program (see art. 29(1c), (1f), EASO Regulation). EASO's annual report on the situation of asylum in the European Union is to be presented to the European Parliament, whereas the Council *may* request that the report is presented to it as well (see art. 29(1d), EASO Regulation).

112 See art. 41, EUAA Proposal.

113 The EUAA proposal puts the European Parliament and the Council on an equal footing in this respect by stating that this report “shall be presented to the European Parliament, the Council and the Commission” (see art. 40(1m), EUAA Proposal).

114 See art. 65(2), EUAA Proposal.

115 More in detail, the EUAA proposal foresees that the Council is informed, alongside the European Parliament, of the progress made by a Member State on an action plan elaborated to address shortcomings of its asylum or reception systems (see art. 15(4), EUAA Proposal). Under the EBCG regulation the Council is kept informed by the agency regarding the composition and deployment of the EBCG teams and the technical equipment pool, while Frontex also submits general risk analyses and the results of its vulnerability assessment to the Council and informs the institution if it “has substantial additional financial needs due to a situation at the external borders” (see respectively art. 11(2), 13(9), 14(4), EBCG Regulation). The Council is not formally recognized an information right on the external activities of the two agencies, but it is the Management Board, composed of Member States' representatives, that approves working arrangements with third countries (see art. 62(2z), EBCG Regulation; art. 40(1aa), (bb), EUAA proposal).

116 Namely when needs are not met by the rapid reaction pool and the deployment of European Border and Coast Guard teams (see art. 20(9), EBCG Regulation).

The European Parliament seems to be the main political accountability forum also regarding hearings: while both the European Parliament and the Council may invite the Executive Director of Frontex to report on his/her tasks, the Executive Director is only expected to make a statement before the European Parliament if requested and to report to it regularly,¹¹⁷ as it has already been noted. In the same vein, when it comes to the EASO, its founding regulation provides that the Executive Director “*shall*” report to the European Parliament, while the Council “*may*” invite him/her to report,¹¹⁸ a divergence in the formulation that is reiterated in the EUAA proposal.¹¹⁹

While the textual analysis reveals that the Council *de jure* plays a somewhat lesser role as a political accountability forum compared to the European Parliament, much less is known as to the real practice of accountability before it.¹²⁰ A first feature that seems to stand out in practice reflects the Council of ministers’ own structure as an institution, which includes not only its formations composed of ministers but also lower structures, such as committees and working groups. As it has been demonstrated by empirical research, meetings of European agencies’ representatives before the Council’s lower structures might in practice complement or even replace the actual meetings with its ministerial formations.¹²¹

In the case of the AFSJ agencies, the Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security (COSI), created by the Treaty of Lisbon in order to ensure that “operational cooperation on internal security is promoted and strengthened within the Union”,¹²² stands out among the Council’s lower structures. Representatives of the AFSJ agencies, including Frontex and—potentially—the EASO,¹²³ are allowed to attend its meetings as observers upon invitation.¹²⁴ The agencies also regularly report to it regarding their operational activities,¹²⁵ since COSI is entrusted with ensuring consistency

117 See art. 68(2), EBCG Regulation.

118 See art. 31(3), EASO Regulation.

119 See art. 46(3), EUAA Proposal.

120 Empirical research on the accountability of European agencies indeed reveals that merely examining the letter of their founding regulations does not suffice and that delving into actual practice is necessary. M. BUSUIOC, for example, notes with respect to the European Union Aviation Safety Agency (EASA) and the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM) that “although the EASA regulation provides for the possibility of hearings before the Council, such hearings are, in practice, not undertaken. In the case of OHIM, although formally the Council has the power to “exercise disciplinary authority”, the president of OHIM reported that during his whole time in office, spanning two terms, he never had to appear before the Council. [...] in fact, even in the case of a highly formal moment, i.e. the appointment of the president of the Office, where the Council is the appointing authority, the president was not required to appear before the Council prior to appointment”, M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, *op. cit.*, pp. 141-142.

121 M. BUSUIOC explains that in practice “(e)ven when they do take place, hearings at the Council level are more like “ritual dances” given the fact that a significant part of the issues had already been decided in the lower structures and the ministers simply rubber stamp these decisions” and that, consequently, “(a)ll in all the scrutiny by the Council is likely to imply scrutiny by its lower structures which are not famous for their transparent operation”, see M. BUSUIOC, *id.*, pp. 143-144.

122 See art. 71 TFEU and art. 3, Council Decision 2010/131/EU of 25 February 2010 on setting up the Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security, OJ 2010 L 52/50 (COSI Council Decision). The establishment of the COSI, composed of representatives from each Member State Ministry of the Interior and/or Justice, officials from the European Commission and from the European Action Service, resulted from a willingness to rationalize the working groups and structures of the Council. In that context, the COSI has been qualified as “the main transformation experienced within the Council in the field of internal security, following the entry into force of the Lisbon Treaty”, see A. SCHERRER, J. JEANDESBOZ, E.-P. GUITTET, *Developing an EU Internal Security Strategy, fighting terrorism and organized crime*, Study for the European Parliament, Brussels, 2011, p. 38.

123 See art. 5(1), COSI Council Decision, which provides for such a participation of representatives of Europol, Eurojust, Frontex, CEPOL and of other relevant EU bodies—a general reference that could serve as a basis for the participation of representatives of the EASO.

124 See art. 5(1), COSI Council Decision.

125 As it has been noted “(t)he process is two-sided. On the one hand, COSI’s work on the EU “policy cycle” in internal security has placed it in charge of a number of programmatic activities such as devising Operational Action Plans [...]. On the other, EU JHA agencies seek to promote their own image and way of working as an important contribution to internal security policies”, see A. SCHERRER, J. JEANDESBOZ, E.-P. GUITTET, *op. cit.*, p. 42.

in their action.¹²⁶ Further information on such accountability practices is, however, lacking. For example, Frontex indeed states in its official website that it reports on a regular basis not only to the Justice and Home Affairs Council itself but also to a number of its committees and working groups.¹²⁷ At the same time, it remains difficult to establish whether in such instances the agency indeed gives account or if a number of such meetings is also related to the agency merely providing technical advice to the Council's lower structures as an expert body.¹²⁸

This lack of transparency seems to be a more general characteristic of political accountability before the Council. Neither the founding regulations of these two agencies nor the Rules of Procedure of the Council foresee detailed rules regarding the frequency of visits made by the Council's representatives to the agencies or of the hearings of their Executive Directors before the Council or regarding the actual procedure that is followed when European agencies give account.¹²⁹ While the fact that the migration crisis has been at the top of the Council's political agenda has certainly increased the frequency of such meetings, actual practices of accountability, thus, appear to be "fluid" depending on "patterns of previous hearings, priorities and interests of the Council Secretariat and the current Presidency as well as the overall level of satisfaction with agency performance".¹³⁰

B. A potential role for national parliaments

A final perspective that needs to be further explored relates to a potential role of national parliaments as political accountability fora for Frontex and for the EASO – especially given the fact that the Treaty of Lisbon already recognizes a more pronounced role for national parliaments in the context of the AFSJ.¹³¹ Indeed, while the relationship between national parliaments and European agencies is traditionally conceived as being primarily an indirect one—through the control of national executives for the action of national representatives in the Management Boards of European agencies—¹³² a significant transformation of the role of national parliaments *vis à vis* the AFSJ agencies seems to be underway.¹³³

126 See art. 5(2), COSI Council Decision.

127 Especially the COSI, the Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum (SCIFA) and the Working Party on Frontiers, see <<https://frontex.europa.eu/partners/eu-partners/council/>> (last accessed 07.07.2018).

128 Frontex itself does not make a clear distinction between the two, see <<https://frontex.europa.eu/partners/eu-partners/council/>> (last accessed 07.07.2018).

129 The Council's Rules of Procedure indeed only refer to the need for COREPER to ensure "the observance of rules establishing the powers of Union [...] agencies" (see art. 19(1b), Council Rules of Procedure) and the recourse to the silence procedure for the decision "to consult [...] agencies wherever such consultation is required by the Treaties", see 12(2a), Council Rules of Procedure.

130 See M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, *op. cit.*, p. 143. M. BUSUIOC, for example, explains that despite the absence of relevant provisions in the founding instruments of Europol and Eurojust, follow-ups on their annual reports and hearings before the Council take place *de facto*, see M. BUSUIOC, *ibid.*, pp. 142-143.

131 See art. 12c TEU, 70 TFEU.

132 A. WILLS and M. VERMEULEN give the following examples: "The UK's House of Lords for instance has given recommendations to the UK Government on its policy towards these bodies. It encouraged the Home Office to encourage the Serious Organized Crime Agency (SOCA) to insert more info into Europol's database. Another example is the Dutch Second Chamber's request that the Dutch government make necessary resources available for specific operations of Frontex in guarding the Southern borders of the EU", see A. WILLS, M. VERMEULEN, *Parliamentary oversight of security and intelligence agencies in the European Union*, Study, Brussels, European Parliament, 2011, p. 66, available at <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201109/20110927ATT27674/20110927ATT27674EN.pdf>> (last accessed 07.07.2018).

133 This transformation is all the more interesting since, until fairly recently, the Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs of Parliaments of the European Union (COSAC) confirmed that twenty-two out of thirty-eight national parliaments "have never carried out an overall consideration of the role, functions and accountability mechanisms of EU agencies, or of any specific agency", see COSAC, Twenty-second Bi-annual Report: Developments in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny, 04.11.2014, p. 49.

In the absence of a fully-blown interparliamentary conference covering the entire field,¹³⁴ the direct implication of national parliaments in the political accountability of AFSJ agencies has taken two forms¹³⁵. First of all, the form of an interparliamentary conference, i.e. of the Joint Parliamentary Scrutiny Group (JPSG), whose mission is to “politically monitor Europol’s activities in fulfilling its mission”.¹³⁶ This “unprecedented political accountability mechanism”,¹³⁷ composed of members of national parliaments and members of the European Parliament’s LIBE committee, constitutes the first ever interparliamentary conference to have been entrusted with such an innovative mission as opposed to the mere exchange of best practices and dialogue.¹³⁸ Secondly, accountability arrangements, such as reporting obligations and hearings—this time before national parliaments *individually*—have been introduced in the founding regulation of the European Public Prosecutor’s Office (EPPO)¹³⁹ and are currently being discussed in the context of the negotiations for a Eurojust founding regulation.¹⁴⁰

The proliferation of such direct accountability arrangements before national parliaments for several AFSJ agencies naturally raises the question of their potential future diffusion to Frontex and to the EASO. Even though arrhythmia is a typical feature of the agencification process, several factors seem to have contributed to the absence of similar arrangements in the case of these two European agencies. The first one seems to be a mere “timing” factor. The above-mentioned direct accountability regime finds a sound legal basis in the Treaty of Lisbon: indeed, article 88(2) TFEU provides for the “scrutiny of Europol’s activities by the European Parliament, *together with national Parliaments*”, whereas article 85(1) TFEU requires “*involving* the European Parliament and national Parliaments in the evaluation of Eurojust’s *activities*”.¹⁴¹ These provisions, however, date back to the defunct

134 Due to the opposition of the European Parliament which maintained that the multiplication of interparliamentary conferences needed to be contained and that the ordinary legislative procedure applicable in this field post-Lisbon allows national parliaments to focus on the control of their governments’ position in the Council, see I. COOPER, “The emerging Order of Interparliamentary Cooperation in the EU: Functional Specialization, the EU Speakers Conference, and the Parliamentary Dimension of the Council Presidency”, RSCAS 2017/05, p. 6.

135 On this topic, see C. VLACHOU, “La reddition des comptes démocratique des agences de l’Union européenne: quel rôle pour les parlements nationaux”, *op. cit.*, C. VLACHOU, “The democratic accountability of European agencies: which role for national parliaments?”, *op. cit.*

136 See art. 51, Regulation (EU) 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI, OJ L 135, 24.05.2016, p. 53-114 (Europol Regulation).

137 See M. SCHOLTEN, “(R)evolution in the EU System of Political Accountability: Joint Parliamentary Scrutiny mechanism”, 30.05.2016, available at <<http://blog.renforce.eu/index.php/nl/2016/05/30/revolution-in-the-eu-system-of-political-accountability-joint-parliamentary-scrutiny-mechanism-2>> (last accessed 07.07.2018).

138 The creation of an interparliamentary conference is not innovative *per se*. Indeed, two “generalistic” interparliamentary conferences, namely the COSAC and the Conference of Speakers of the European Union Parliament, have been long facilitating the exchange of information and best practices among their members. Following the entry into force of the Treaty of Lisbon, “functionally specialized” interparliamentary conferences, i.e. the Interparliamentary Conference on the Common Foreign and Security Policy and the Common Security and Defence Policy of the EU (CFSP-CSDP Conference) and the Interparliamentary Conference on Stability, Economic Coordination and Governance in the European Union (SECG Conference) have also been set up. On interparliamentary cooperation, see C. HEFFTLER, K. GATTERMANN, “Interparliamentary Cooperation in the European Union: Patterns, Problems and Potential”, in C. HEFFTLER *et al.* (eds.), *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 94-115; N. LUPO, C. FASONE, *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2016; O. ROZENBERG, *The Role of National Parliaments after Lisbon: Potentialities and Challenges*, Brussels, European Parliament, 2017.

139 See art. 7(1), (2), Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office (“the EPPO”) (EPPO Regulation).

140 See art. 55(3), (4), Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), 17.07.2013, COM(2013) 535 final (Eurojust Regulation Proposal). The two co-legislators have reached a political agreement on the Eurojust proposal on the 19th of June 2018, see <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/20/eu-agrees-new-rules-for-a-more-efficient-and-effective-eurojust/>> (last accessed 07.07.2018).

141 Article 86(1) TFEU provided for the establishment of a European Public Prosecutor’s Office “from Eurojust”, thus establishing a particular link between the two. In this respect, see, among others, A. WEYEMBERGH, C. BRIÈRE, “Relations between the EPPO and Eurojust: still a privileged partnership?”, in W. GEELHOED, L. ERKELENS, A. MEIJ (eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, T.M.C. The Hague,

Treaty establishing a Constitution for Europe,¹⁴² namely before Frontex and the EASO actually took up their responsibilities—respectively in 2005 and 2011—and prior to the subsequent significant reinforcement of their powers. A second relevant factor could relate to the “intergovernmental” past of European agencies such as Europol, which was initially created as an intergovernmental body under the homonymous Convention.¹⁴³ Setting up a joint parliamentary scrutiny mechanism for this “ex-third pillar” agency had already been envisaged since its establishment¹⁴⁴ as a means to compensate for mechanisms of indirect accountability which were widely considered as being ineffective or too difficult to exercise.¹⁴⁵ Lacking an intergovernmental past that would have led to similar discussions since their birth, the accountability regimes of Frontex and of the EASO have not followed a similar path.¹⁴⁶

Could national parliaments be a missing link in the political accountability of Frontex and of the EASO?¹⁴⁷ In discussing such a perspective, it is interesting to note that the absence of a relevant specific provision in primary law is not necessarily problematic *per se*. On the one hand, if political accountability before an interparliamentary conference were to be envisaged in their case, extending the mandate of the JPSG or—in a much less efficient manner—using the “generalistic” legal basis available in the treaties for the creation of a new interparliamentary conference¹⁴⁸ could suffice. Despite the absence of an explicit relevant legal basis in the Treaties—and, probably, as an expression

T.M.C. Asser Press, 2018, pp. 171-186; C. DEBOYSER, “European Public Prosecutor’s Office and Eurojust: Love match or arranged marriage?”, in L. ERKELENS, A. MEIJ, M. PAWLIK (eds.), *The European Public Prosecutor’s Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2014, pp. 79-100.

142 See art. I-42(2), Treaty establishing a Constitution for Europe.

143 See Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the establishment of a European Police Office (Europol Convention), OJ C 316, 26.11.1995, p. 1. See R. DE GARIBAY, “Coordination practices in the parliamentary control of justice and home affairs agencies: the case of Europol”, in B. CRUM, J.-E. FOSSUM (eds), *Practices of interparliamentary coordination in international politics. The European Union and beyond*, ECPR Press, University of Essex, Wivenhoe Park, 2013, pp. 87-103.

144 The establishment of a body composed of national and European members of the Parliament, entitled “PARLOPOL”, had been discussed for the first time in the context of an interparliamentary conference on Europol organized by the Dutch Parliament in 2001, see A. VITORINO, “Democratic Control of Europol”, Europol Conference organized by the Senate and House of Representatives of the Dutch States General, 08.06.2001, SPEECH/01/274. See, also, C. FIJNAUT, “Europol and the parliaments of the Member states of the European Union”, in Dutch Parliament (ed.), *From Europol to Parlopole. Interparliamentary conference on democratic control of Europol*, Amsterdam, Boom, 2002, pp. 15-19.

145 As it has been stressed by the Commission regarding Europol: “existing controls through the Parliaments [...] are perceived as being exercised in a manner which is indirect, fragmented and not easy to understand. National Parliaments in particular consider the supervision process *via* the control of their governmental representative on the Board or in the Council to be cumbersome. Moreover, they have found it difficult to coordinate their efforts among each other. National Parliaments may still feel that they lack information about Europol’s work”, see European Commission, Communication to the European Parliament and the Council on the procedures for the scrutiny of Europol’s activities by the European Parliament together with national Parliaments, 17.12.2010, COM(2010)776 final, p. 15. A. WILLS and M. VERMEULEN also explain in this regard: “national parliaments have experienced difficulty in scrutinizing Europol’s work through the national representatives on the Management Board, in finding information and in coordinating their efforts [...]. Some national parliaments (e.g. Latvia, Lithuania and the Czech Republic) invite their national liaison officer to Europol to attend meetings of the relevant parliamentary committee(s) but this practice does not seem to be widespread. [...] it is also not clear to which extent national parliamentary committees examine the role of personnel seconded to the AFSJ bodies”, see A. WILLS, M. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 66.

146 Frontex has been set up by Council Regulation (EC) N° 2007/2004 of 26 October 2004 on the legal basis of articles 62(2a) and 66 TEC (Title IV on “Visas, Asylum, Immigration and Other Policies related to free movement of persons”) following a consultation of the European Parliament, as an—at the time—“first pillar” agency. EASO has been set up by the EASO Regulation on the basis of articles 74, 78(1, 2) TFEU in accordance with the ordinary legislative procedure.

147 See European Parliament, Resolution of 25 November 2009 on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizen, Stockholm program, point 10, where the European Parliament “calls for the creation of the evaluation system to give Parliament and national parliaments access to information related to the policies (Article 70 of the TFEU) and activities of the internal security committee (Article 71 of the TFEU) as well as of EUROPOL (Article 88 of the TFEU) and Eurojust (Article 85 of the TFEU), together with the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex), the European Asylum support Office (EASO) and the Schengen System”. In the same resolution the European Parliament called for “a framework legislative proposal outlining the involvement of the European Parliament and national parliaments in the evaluation of AFSJ policies and of the agencies involved at European level (including the Schengen authorities, Europol, Eurojust, Frontex and the EASO)”, *ibid.*, point 148.

148 Namely article 12 TEU in combination with the Protocol No 1 on the role of national parliaments in the European Union. The creation of a second interparliamentary conference in the Area of Freedom, Security and Justice would obviously lead to unnecessary duplication.

of the active contribution of national parliaments to the good functioning of the Union—¹⁴⁹ accountability arrangements before individual national parliaments have, on the other hand, already been introduced in the founding regulation of the Single Resolution Board, a European agency entrusted with significant powers in the context of the Banking Union.¹⁵⁰ Introducing similar accountability arrangements also in the cases of Frontex and of the EASO would, thus, not be unprecedented.

Such an evolution in their case would, in reality, consolidate an already existing informal trend: according to the 22nd Bi-annual report of the Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs of Parliaments of the European Union, despite the absence of a formalized link, Frontex and the EASO have already attracted the interest of national parliaments.¹⁵¹ The latter have indeed organized informal inquiries, meetings, visits and hearings of the Executive Directors, conducted discussions on annual reports and sent requests for written evidence¹⁵² to the two agencies. in a manner similar—albeit less evident—than the informal accountability practices before the European Parliament which were subsequently consolidated in the founding regulations of other European agencies, such instruments could find their place in the founding regulations of these agencies in the future.¹⁵³

Finally, in terms of the powers entrusted to these agencies, and especially to Frontex, the fact that this agency combines regulatory and operational competencies by ensuring the cooperation of joint operational activities of Member States' border and coast guards does not place it that further apart than other AFSJ agencies: since Frontex also lays “in between” the European Union and Member States in such a politically sensitive field,¹⁵⁴ an implication of national parliaments in its accountability regime could address the very same difficulties met in exercising an indirect control of the national representatives in its Management Board.¹⁵⁵ In addition, the impact of its activities on fundamental rights¹⁵⁶ could—in a manner similar to Europol—¹⁵⁷ serve as a further reason to reinforce its political accountability before national parliaments.

149 See art. 12 TEU. The establishment of these accountability arrangements in the case of the Single Resolution Board seems to be the result of “diffusion”, given the role held by national parliaments as accountability fora in the context of the Single Supervisory Mechanism, see B. BERTRAND, “Les spécificités institutionnelles du contrôle démocratique de la supervision bancaire”, in F. MARTUCCI (dir.), *L'Union bancaire*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 99-117.

150 See art. 46, Regulation (EU) N° 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) N° 1093/2010. See, also, C. VLACHOU, “The democratic accountability of the Single Resolution Board: which role for the European Parliament and national parliaments?”, *Revue internationale des services financiers*, n° 1, 2017, pp. 8-18.

151 Right after Europol and Eurojust, see COSAC, 22nd Bi-annual report, *op. cit.*, p. 49.

152 *Ibid.*, pp. 56-58.

153 The process of informal accountability practices emerging before the European Parliament and subsequently being introduced in the text of the founding regulations of European agencies has been well documented in literature, see M. BUSUIOC, *op. cit.*, p. 129.

154 A. WILLS and M. VERMEULEN explain that: “the AFSJ bodies consist of a mix of seconded personnel from the Member States and EU staff members. This unique intergovernmental feature of the AFSJ bodies requires that the European Parliament works closely with national parliaments”, see A. WILLS, M. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 18. V. MITSILEGAS also stresses in this respect that “(e)nhanced scrutiny and inter-parliamentary co-operation is essential given the potentially far-reaching consequences action in the fields covered by these bodies may entail and the considerable potential gap in the examination of operational and management action by these bodies. Establishing cooperative scrutiny mechanisms becomes all the more relevant given the increasing difficulties to precisely “pin down” what exactly these EU bodies do in practice”, see V. MITSILEGAS, “Interparliamentary Co-operation in EU Justice and Home Affairs”, Paper prepared for the Conference *Fifty Years of Interparliamentary Cooperation*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin, 13 June 2007, p. 7, available at <https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/projekt_papiere/070829mitsilegas_ks.pdf> (last accessed 07.07.2018).

155 See *supra*, footnote 144.

156 See, *supra*, footnote 15.

157 The JPSG indeed ensures the political monitoring of Europol's activities, “including as regards the impact of those activities on the fundamental rights and freedoms of natural persons” (see art. 51, Europol Regulation).

While the involvement of national parliaments in the political accountability of AFSJ agencies is on the rise, the respective recent and current revision of the two agencies' founding regulations excludes such an evolution in the near future. From a "micro" perspective, such accountability arrangements need, in any case, to be put to the test before knowing further diffusion: while certainly facilitating transparency and access to information, the effectiveness of both the JPSG¹⁵⁸ and of the recently established "uncoordinated" accountability arrangements before individual national parliaments will be conditional upon variables such as the interest indeed shown by national parliaments with regard to the activities of European agencies, their level of expertise and the resources and personnel dedicated to the exercise of their role. In the absence of a well-thought diffusion of these arrangements, the risk of an accountability overload for European agencies could not be excluded.¹⁵⁹ From a "macro" perspective, the current anarchic proliferation of accountability arrangements for AFSJ agencies before national parliaments creates a cluttered institutional framework whose rationalization remains uncertain: the political accountability regime for these agencies will largely depend on the dynamics developed between the European Parliament and national parliaments and the success of the above-mentioned mechanisms in practice, the interinstitutional battles that have characterized the agencification process as a whole, and, more generally, the *bras de fer* between the competing views of supranational or intergovernmental integration as to the future of the European Union.

158 On an initial assessment of the JPSG see, more in particular, C. VLACHOU, <<https://eutarn.blogactiv.eu/2018/04/20/the-joint-parliamentary-scrutiny-group-for-europol-a-successful-institutional-innovation/>> (last accessed 07.07.2018).

159 On accountability overload, see, among others, A. HALACHMI, "Accountability Overloads", in M. BOVENS, R. GOODIN, T. SCHILLEMANS (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, OUP, 2014, pp. 560-573.

PROPOS CONCLUSIFS

Rostane MEHDI¹

Je ne développerai pas ici de conclusions au sens classique du terme et moins encore un travail de greffier, m'attachant plutôt à énoncer les éléments d'une réflexion finale inévitablement incomplète et sans doute maladroite.

Il est toujours difficile de rédiger le dernier chapitre d'un ouvrage rassemblant les actes d'un colloque dont l'objet s'est avéré, à plus d'un titre, protéiforme. Mais n'était-ce pas le but recherché par (l'heureuse) combinaison de compétences venant d'horizons géographiques, institutionnels et disciplinaires aussi divers ? La peur de trahir la pensée des contributeurs n'en est que plus grande. Il en va de même de la crainte de livrer une dyschronie tant le contexte ayant présidé à la conception du programme ne cesse d'évoluer.

Il me semble cependant que nous sommes parvenus à saisir les ressorts du mouvement d'agenciarisation ou d'agencification (ce terme paraissant, du reste, plus en ligne avec l'orthodoxie académique) en cours dans le domaine de la politique d'asile et d'immigration. Ce processus résulte avant tout d'un puissant stimulus : une crise qui vient des secousses traversant depuis une décennie l'aire méditerranéenne, cet espace « liquide » et interconnecté particulièrement sensible à la propagation des ondes de choc. Baignant trois continents, la Méditerranée est à la fois un point de rencontre entre des mondes que tout semble éloigner, une zone d'échanges et d'équilibre et un arc de crises. « Microcosme du monde », elle est bordée d'une vingtaine de nations, représentant toutes les formes imaginables d'organisations politiques et sociales, reflétant une très large palette de modèles culturels, et pour une part non négligeable travaillées par des crises dont les développements paroxystiques ont poussé vers un exil européen des centaines de milliers de personnes depuis 2011.

Au-delà, il est sans doute nécessaire de s'arrêter un instant à l'importance singulière que revêt le concept de crise lorsqu'on l'appréhende dans une perspective européenne. On le sait, la crise entretient avec l'intégration communautaire une « proximité singulière et ancienne » formant une catégorie « indigène de la politique européenne depuis l'origine »². Pour tout dire, elle est devenue, au

1 Directeur de Sciences Po Aix, Agrégé de droit public, Chaire Jean Monnet, UMR DICE (CERIC), Visiting Professor au Collège d'Europe de Bruges.

2 A. MEGIE, A. VAUCHEZ, « Crise, crises et crisologie européenne », *Politique européenne*, 2014/2, n° 44, p. 11.

fil d'une relation presque connivente, un « vecteur essentiel de toutes les stratégies de refondation »³. Pourtant, même lorsque l'entreprise prospère le renversement de fortune⁴ n'est jamais bien loin car il est en quelque sorte « inhérent à l'invention »⁵. À cet égard, nul ne peut donc ignorer que l'Union traverse une crise dont la prégnance paraît informer y compris son architecture institutionnelle. Mais de quoi parle-t-on exactement ?

S'agit-il d'une crise fantasmatique, fruit d'une perception distordue de la réalité, si l'on en juge par la contraction (objectivement constatable) du nombre de migrants parvenant à atteindre les côtes européennes ? A-t-on, au contraire, affaire à une crise d'une toute autre trempe tant l'Europe fait face à une situation inédite par sa gravité ; une crise à la fois totale et essentielle⁶ ? L'Union est très injustement accusée de n'être plus à même de faire la richesse des nations ou d'assurer la sécurité des peuples. Pour s'en convaincre songeons que la gestion de flux migratoires complexes et pressants porte à incandescence l'intolérance d'un corps social prêt à se livrer à tous les populismes. Ainsi, depuis l'été 2015, la « crise des migrants » constitue le point d'appui principal à la « résistance » des membres du Groupe de Visegrad. Ceux-ci font feu de tout bois pour entraver l'adoption puis l'exécution de mesures d'aide à l'Italie et à la Grèce. Ils activent les voies de recours contentieux que leur offre le droit de l'Union ou organisent, pour l'un d'entre eux (la Hongrie), un référendum sur la question. Portés par une détermination que rien ne semble pouvoir entamer, ils imposent une lecture très régressive du principe de solidarité et plus largement de l'intégration. À Bratislava, ils défont les règles les plus élémentaires de la sémantique communautaire en soulignant que « les clés d'un équilibre sain entre les priorités des États membres et celles de l'Union se trouvent dans les capitales. Les institutions devraient soutenir les priorités arrêtées par les États membres, et non imposer leurs propres priorités »⁷. Les partisans d'une conception flexible du principe de solidarité n'ont plus qu'à pousser leur avantage⁸. Très éloignée de sa vocation, par essence inclusive, cette solidarité-là se confond avec une loi de nécessité permettant aux États membres de décider, en fonction de paramètres dont ils sont seuls juges, du périmètre de leur engagement⁹. Les tensions migratoires (*largo sensu*) jettent donc une lumière crue sur l'état de déliquescence de l'Union. Les États membres ne s'affrontent plus sur la répartition des avantages liés à la construction européenne ; leur désaccord se cristallise sur les valeurs censées, juridiquement autant que politiquement, sceller leur unité. En cela, la crise devient essentielle au sens le plus strict du terme. On ne peut ni ne doit fait abstraction de cet arrière-plan.

3 *Ibid.*

4 C. GODIN, « Ouverture à un concept : la catastrophe », *Le Portique. Revue de philosophie et de sciences humaines*, avril 2009, p. 2.

5 *Ibid.* p. 4.

6 R. MEHDI, « L'Union européenne ou les paradoxes d'une identité malheureuse », *Revue de l'Union européenne*, septembre 2018, p. 496.

7 *Ibid.*

8 P. DE BRUYCKER, « The Bratislava declaration on migration: European irresponsibility instead of solidarity », *OMNIA Odysseus Blog*, 27 septembre 2016.

9 Visegrad Group, Joint Statement, <http://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-of-the-160919>.

C'est bien dans ce contexte qu'il convient d'envisager la réforme de l'agence Frontex. Ici point de révolution copernicienne mais plutôt la confirmation d'un mouvement amorcé depuis une dizaine d'années au fil duquel l'Union entend se doter d'agences jouissant de robustes compétences¹⁰. L'accélération de l'agenciarisation répond, on le sait, à de multiples attentes. Les États membres y voient un moyen de renforcer, aux yeux de citoyens trop souvent désabusés, la visibilité d'une Europe « concrète ». Cette conviction est elle-même confortée par la survenance de crises sanitaires, écologiques, migratoires ou économique et financière¹¹ symptomatiques des divers dysfonctionnements affligeant l'Union : une hétérogénéité réglementaire inconciliable avec l'exigence d'application uniforme du droit européen ; des capacités insuffisantes d'inspection et de contrôle de l'application de ce même droit ; un manque chronique de confiance entre États membres ; une gestion hasardeuse des risques ; un déficit d'expertise technique. Pour la Commission, les agences contribueraient, de manière décisive, à renouveler la gouvernance de l'Union. En cela, elle serait le signe de l'avènement d'un modèle préférant la régulation des activités à leur soumission à des logiques de réglementation. Dans ce cadre, l'autorité publique doit s'en tenir à un travail d'énonciation des règles du jeu, gage d'une harmonisation des comportements à laquelle les acteurs du secteur considéré consentent en raison. En outre, la Commission estime que la création d'agences lui permet de se recentrer sur ses missions essentielles de conception, d'initiative politique, et de contrôle du respect du droit de l'Union¹². Elle y voit également une manière sûre d'accroître son capital de compétences existant dans des domaines de haute technicité. Cette configuration fait de la Commission « la seule institution détenant le code commun à cet ensemble »¹³. La quarantaine d'agences (toutes catégories confondues) existant actuellement est l'un des avatars les plus tangibles de cette gouvernance européenne que façonnent les injonctions d'une culture managériale¹⁴.

L'agenciarisation est alors comprise comme l'expression d'un « effort de modernisation de l'action publique permettant d'en assurer l'efficacité »¹⁵ et le vecteur d'un « changement de configuration administrative »¹⁶. On entre ainsi dans un monde où la qualité des institutions s'apprécie principalement à l'aune de leur « performance ». Le défi épistémologique est de taille pour des juristes plus familiers de l'effectivité¹⁷, de la validité ou encore de la légitimité. Par son caractère composite, son essence plurielle et son enracinement dans des réalités économiques qu'il prétend régir, le droit de l'Union européenne est, en quelque sorte par son essence même, plus perméable que d'autres à cet impératif. Les agences signent l'adaptation des dispositifs de production du droit

10 R. MEHDI, « Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles », in B. BERTRAND, F. PICOD, S. ROLAND (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur du Doyen Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 698.

11 T. TRIDIMAS, « Community agencies, competition law, and ECSB on securities clearing and settlement », *Yearbook of European Law*, Vol. 28, No. 1, 2009, p. 216.

12 M. BLANQUET, « Agences de l'Union et gouvernance européenne », in J.-F. COUZINET, *Les agences de l'Union européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Études de l'IREDE, 2002, p. 43.

13 D. GEORGAKAKIS, « L'administration de l'Union européenne à la croisée des chemins », *RFAP*, 2010/1, n° 133, p. 12 ; également M. EGEBERG, « L'administration de l'Union européenne : niveaux multiples et construction d'un centre », *RFAP*, 2010/1, n° 133, p. 22-23.

14 P. BEZES, « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité*, Paris, LGDJ, 2013, p. 409.

15 *Ibid.*, p. 241.

16 D. GEORGAKAKIS, « L'administration de l'Union européenne à la croisée des chemins », *RFAP*, 2010/1, n° 133, p. 5.

17 J. COMMAILLE, « Effectivité », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, 2003, p. 583 ; F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126.

et d'exécution des politiques qui en résultent. Ce faisant, l'Union (et ses États membres) épousent une révolution consistant à créer, en marge des chaînes hiérarchiques classiques, des « centres de gestion autonomes », jouissant d'un haut degré d'expertise et étroitement connectés aux réalités d'un milieu¹⁸.

Les agences européennes sont au cœur d'un réseau liant les services de la Commission, les administrations et les autorités de régulation nationales dont elles structurent la coopération¹⁹. Frontex n'est jamais un acteur isolé. Elle doit donc être replacée dans un système d'interrelations complexes impliquant d'autres agents (nationaux, européens, internationaux). C'est cette dynamique que nous avons tenté de capter. Frontex déploie une gamme très large d'instruments au service d'une politique publique de l'Union elle-même très intrusive. Elle est au cœur d'une coïncidence troublante entre deux phénomènes apparemment contradictoires : le délitement du principe de solidarité que nous évoquions précédemment et la mise sous tutelle de certains États membres (du moins ce qui vu d'Athènes peut être ressenti ainsi).

Plus généralement, elle assure dans les États membres mais aussi dans les États tiers la diffusion de « ses » standards. Elle est alors un élément clé dans le processus mimétique à l'œuvre y compris hors des frontières de l'Union. S'immiscant dans les programmes d'assistance de la Commission en Turquie, l'expertise de Frontex favorise l'acculturation de modèles bureaucratiques alors qu'elle n'est pas mandatée à cet effet. L'exercice n'est pas sans risque car on voit émerger un véritable « marché de l'expertise » dont la conquête peut parfois conduire à une concurrence entre Frontex et la Commission elle-même.

Comment Frontex se situe-t-elle par rapport à la catégorie « agences » ? Comme l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) par exemple, elle dispose d'un pouvoir de décision que complète un véritable pouvoir de substitution²⁰. Habilitée sans équivoque à adopter à l'égard d'entités juridiques individuelles des décisions contraignantes qui se substituerait soit à une décision soit à une inaction des autorités nationales, elle devenait « *the most powerful of the European Supervision agencies* »²¹. L'attribution de pouvoirs décisionnels remarquables à l'AEMF s'expliquait par la nécessité d'articuler expertise professionnelle et technique spécifique tout en hâtant l'intégration d'un marché soumis aux fortes turbulences dues à la crise financière. Il s'agit ainsi d'aller au-delà d'une action de législation classique pour « développer une implication plus étroite au cœur même de l'activité » considérée²². À l'évidence, la remarque vaut également pour Frontex. Si les traités ne comportent aucune disposition prévoyant expressément l'octroi de compétences à un organe ou un organisme de l'Union, plusieurs autres dispositions présupposent qu'une telle possibilité existe. Les articles 263, 265, 267 et 277 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aménagent des

18 J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, op. cit., p. 92 et s.

19 E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'agences de l'Union européenne ? », in J. MOLINIER, *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 73.

20 E. DUBOUT, « Les enjeux constitutionnels du pouvoir de substitution de l'agence Frontex », *RTDE*, 2017, p. 457.

21 T. TRIDIMAS, « Financial supervision and agency power: reflections on ESMA », in N. SHUIBHNE, L. GORMLEY (eds), *From single market to economic union : essays in Memory of John A. Usher*, Oxford, OUP, 2012, p. 59.

22 M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », op. cit.

mécanismes juridictionnels s'appliquant tous aux organes et organismes de l'Union que le législateur aurait pourvu du pouvoir d'adopter des actes juridiquement contraignants²³.

On voit se dessiner les contours d'un modèle qui met à l'épreuve certains des grands principes constitutionnels de l'Union au premier desquels le principe d'équilibre institutionnel. D'origine jurisprudentielle²⁴, ce principe est « paradigmatique »²⁵ d'une organisation des fonctions qui ne s'est jamais fondue dans l'un des grands modèles constitutionnels présidant à l'agencement des systèmes politiques internes. Ainsi avec l'Union européenne, il ne saurait être question, dans ce cadre, de séparation des pouvoirs mais d'une distribution de ceux-ci entre des institutions appelées à collaborer dans l'exercice des fonctions législatives et exécutives sans toutefois que leur autonomie puisse en être affectée. Il remplit plusieurs fonctions.

L'équilibre institutionnel évoque d'abord une règle de (bonne) conduite ou, si l'on préfère, de comportement que les institutions doivent, sans exception, intégrer car elle vise à assurer la cohérence de l'ordre « constitutionnel » instauré par les rédacteurs du traité. À ce titre, il vise à protéger les institutions les unes des autres²⁶. Il apparaît également comme une « règle de conflit » permettant à la Cour de dénouer les différends opposant les institutions les unes aux autres. Il est moins question de préserver ici un équilibre rêvé que de rétablir, à chaque fois que cela est concrètement nécessaire, l'institution ou l'organe lésé dans les droits que lui confère le traité. Le juge protège l'intégrité des compétences telles qu'attribuées par le traité. Au-delà de sa fonction de protection et de conservation de l'ordre institutionnel existant, le principe de l'équilibre institutionnel a également permis d'encadrer les mutations institutionnelles qui ont jalonné, depuis l'origine, l'histoire de la construction européenne. Traduction juridique de rapports de force politiques variant au gré des révisions des traités, ce principe est affecté, sur le plan substantiel au moins, d'une inévitable contingence. Il ne s'agit pas de rechercher un équilibre pur et parfait mais d'offrir à un ensemble complexe la possibilité de durablement fonctionner de manière efficace. En d'autres termes, s'il ne permet pas d'éradiquer les risques d'interférences organiques ou de sujétions incidentes, le principe d'équilibre répond, en revanche, à l'exigence du réalisme institutionnel et politique. C'est probablement cette malléabilité qui en explique la pérennité. C'est lui que l'on évoquera parfois et avec une fortune variable pour modérer les ardeurs réformatrices de certaines institutions. Au terme d'un raisonnement dont il n'est pas utile de rappeler les méandres, la Cour parvient dans l'affaire C-270/12 à la conclusion que l'AEMF dispose de pouvoirs précisément encadrés et susceptibles d'un contrôle juridictionnel au regard des objectifs définis par l'autorité délégante²⁷. Elle s'en tient donc aux exigences qui structurent, depuis 1958, une jurisprudence hiératique.

23 La Cour illustre son propos en évoquant le cas de plusieurs autres agences : l'Agence européenne des produits chimiques, l'Agence européenne des médicaments, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles), l'Office communautaire des variétés végétales ainsi que l'Agence européenne de la sécurité aérienne (pt. 81).

24 CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 9/56, *Rec.* p. 16.

25 V. CONSTANTINESCO, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 481.

26 En ce sens, le principe de l'équilibre institutionnel « implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres », CJUE, 6 mai 2008, *Parlement c. Conseil*, C-133/06, *Rec.* I-3189.

27 Tel est clairement le sens du premier moyen soulevé par le Royaume-Uni dans l'affaire C-270/12 lorsqu'il estimait que les pouvoirs attribués, par l'article 28 du règlement n° 236/2012, à l'AEMF outrepassaient les limites fixées par la Cour dans l'arrêt *Meroni* en matière de délégation de pouvoirs.

L'implication croissante de l'Union dans l'évaluation de risques enchevêtrés et le traitement de menaces systémiques rend d'autant plus nécessaire la création d'organes péri-institutionnels offrant des ressources d'expertises utiles à l'action dans un contexte de crise. Au-delà, les agences apparaissent, d'un point de vue politique, comme « *a golden compromise* »²⁸, formule à la fois centralisée et respectueuse des intérêts des États membres. Au centre d'un réseau collaboratif, elles aident à la formulation de solutions transcendant les préoccupations étroitement nationales. On comprend mieux les raisons pour lesquelles la Cour avait choisi de sous-estimer volontairement le fait que les pouvoirs délégués à l'AEMF sont empreints d'une forte discrétionnalité. Dit autrement, l'agence jouit d'un pouvoir de qualification substantiel en vertu duquel il lui revient de déterminer si une situation appelle une intervention urgente. Le principe d'équilibre institutionnel, tel qu'il avait été consacré en 1958 par l'arrêt « étalon » *Meroni*, semble donc pouvoir s'accommoder de l'attribution d'un pouvoir par essence discrétionnaire au profit d'une agence dont la fonction régulatrice répond sans équivoque aux attentes de ses créateurs.

Dans le même temps, la Cour, chargée des arbitrages ultimes, doit s'assurer que l'attribution de pouvoirs substantiels ne minera pas l'équilibre institutionnel ni ne contreviendra aux exigences les plus élémentaires du principe démocratique. Si les agences doivent, et Frontex n'échappe pas à cette sujétion, pouvoir remplir les missions souvent complexes qui en justifient la création, elles ne sauraient en revanche être soustraites à l'impératif « *d'accountability* ». C'est précisément cet équilibre que la Cour s'est efforcée de privilégier par une lecture renouvelée de la jurisprudence *Meroni*.

Avec Frontex, on reste dans l'épure. L'autonomie de décision est largement pondérée par l'emprise des États membres sur sa composition²⁹ et plus largement par les exigences d'une Union de droit. Tout d'abord parce que telle est la volonté assumée du législateur. Comment pourrait-il en aller autrement s'agissant précisément d'une agence disposant de pouvoirs opérationnels conséquents et produisant elle-même un droit fût-il le plus souvent « mou » ? Cependant, on est parfois gagné par le sentiment que le législateur, cédant à une forme de frénésie performative, laisse filer au second plan des questions liées à la protection des droits fondamentaux. Ces incertitudes font planer un doute persistant... Les agences seraient-elles inévitablement porteuses de la catastrophe décrite par certains ? Constitueraient-elles par nature un danger pour les libertés et plus largement pour les principes d'une Union de droit ? En convenir reviendrait à considérer que les agences déploieraient leurs activités dans un espace anémique et affranchi des contraintes de la légalité. Cela ne correspond nullement à la réalité.

Les agences, et Frontex pas moins que d'autres, sont tenues à une redevabilité tout en étant exposées à des contrôles multiples. Frontex rend bien plus de comptes que beaucoup d'agences nationales. Elle est soumise à des contrôles politiques par la Commission, le Parlement européen ou indirectement par les États membres. Des mécanismes de plaintes existent même si leur efficacité reste à éprouver. La complexité des contextes opérationnels, marque de fabrique de l'action publique

28 T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 63.

29 E. DUBOUT, *ibid.*

européenne, rend sans doute aléatoire le contrôle, créant le sentiment d'un décalage entre les exigences (idéelles) du droit et une pratique marquée par l'urgence. Il ne serait pas moins caricatural d'en déduire que Frontex serait *legibus solutus*. Néanmoins, on retrouve là certains des démons qui hantent depuis des lustres le droit de l'Union. S'il ne fallait en évoquer qu'un seul, pensons aux obstacles que les plaideurs, notamment lorsqu'ils comptent au nombre des plus vulnérables, doivent surmonter pour accéder à un juge (national ou européen). À cet égard, les hot spots restent très éloignés des tribunaux.

La « crise des migrants » a, du moins dans une certaine mesure, confirmé la capacité de l'Union à déployer cette créativité juridique qui fait son sel et dont l'agenciarisation offre une traduction intéressante. Pour faire face aux désordres du monde, l'organisation européenne a souvent su inventer des procédures et diversifier ses leviers d'action institutionnelle. Pour autant, cette conviction que la règle peut tenir lieu de politique est mise à mal dès lors que l'Union doit faire face à un événement inhabituel par son ampleur et ses conséquences. Dit autrement, la politique ne se réduit ni à un assemblage d'organes et ni même à une collection de règles éthérées. Elle appelle une narration sans laquelle il est vain de prétendre exercer quelque force d'entraînement que ce soit. Or, la « crise des migrants » lui a fait découvrir « à tâtons ce que partager des frontières extérieures veut dire »³⁰. En dépit d'une compétence établie et de moyens organiques substantiels, elle a « perdu le contrôle de la situation : le cadre réglementaire [ayant] cédé sous le poids des intérêts stratégiques divergents et sous l'impact déstabilisant du réel sur les opinions publiques ». S'en tenant à une approche essentiellement bureaucratique (y compris dans la définition à la hâte des termes d'une politique de relocalisation tout à fait légitime sur le fond), l'Union n'est pas parvenue à susciter un aggiornamento du cadre constitutionnel de la politique d'asile et d'immigration. Tel un géant podagre, elle s'est montrée incapable, dans l'épreuve, de trouver un point d'équilibre acceptable par l'ensemble de ses membres entre les « exigences de protection » inhérentes à sa qualité même d'espace démocratique et « l'attrait magnétique qu'exercent sa prospérité, sa liberté et sa tolérance »³¹. Dans cette perspective, les agences illustrent ce que j'appelais naguère les apories du fonctionnalisme³², c'est-à-dire la croyance naïve que la mobilisation de solidarités de fait suffirait à faire durablement lien. En réalité, cette approche revient souvent à privilégier la technique sur une forme d'axiologie dont il est difficile, en démocratie, de faire l'économie au risque de « subordonner les fins aux moyens, et de ne convertir à l'Europe que les techniciens au sens large, non les masses »³³.

30 L. VAN MIDDELAAR, *Quand l'Europe improvise, dix ans de crises politiques*, Paris, Gallimard, coll. Le Débat, 2018, p. 143.

31 *Ibid.*, p. 176.

32 R. MEHDI, « L'Union européenne ou les paradoxes d'une identité malheureuse », *op. cit.*

33 D. DE ROUGEMONT cité par N. STENGER, « Unir l'Europe au-delà du marché commun : l'approche culturelle de Denis de Rougemont », *Relations internationales*, 2009, n° 3, p. 54.

TABLE DES MATIÈRES

RAPPORT INTRODUCTIF	9
Philippe DE BRUYCKER	
I. Les compétences des agences	10
A. Le pouvoir discrétionnaire accordé aux agences	10
B. Le contrôle des États membres par les agences	10
II. La nature des agences	11

PARTIE I

LES AGENCES ET LA CRISE. MISE EN PERSPECTIVE THÉORIQUE

LE GRAND BLEU DE FRONTEx. QUE DISENT LES MÉTAPHORES LIQUIDES DES POLITIQUES MIGRATOIRES EUROPÉENNES ?	17
Marc BERNARDOT	
I. Une pensée liquide de l'État : canaliser les mobilités envisagées en termes hydrologiques et hydrauliques	18
II. La globalisation contemporaine de la métaphore liquide dans le traitement des mobilités migratoires	21
III. Circulation, refoulement et fluidification : les métaphores de la liquidité dans le texte de Frontex	22
IV. Dissoudre la métaphore Frontex pour sauver les migrants et l'Europe	25
Références complémentaires	26
L'« AGENCIARISATION » DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE. LES CENTRES DE GESTION DE CRISE (HOTSPOTS), ILLUSTRATION D'UN DROIT « NÉOMODERNE » DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EUROPÉENNE	27
Pierre BERTHELET	
I. L'encastrement du phénomène d'agenciarisation dans la dynamique globale de la nouvelle gouvernance	29

A.	Le polycentrisme institutionnel ou la manifestation d'une gouvernance en réseau.....	30
B.	Les <i>hotspots</i> comme illustration d'une forme de gouvernance polycentrique.....	33
II.	Le droit néomoderne, expression singulière de la nouvelle gouvernance.....	35
A.	Les <i>hotspots</i> , exemple de la nouvelle gouvernance européenne.....	35
B.	Les <i>hotspots</i> , illustration d'un droit européen de facture néomoderne.....	39

PARTIE II

LES AGENCES SAISIÉS DANS LEUR(S) DYNAMIQUE(S)

	LA CRISE EN MÉDITERRANÉE COMME FACTEUR D'ÉVOLUTION ET DE STRUCTURATION DE L'AGENCE FRONTEx.....	49
--	---	----

Chiara PAIANO

I.	Frontex, une agence au cœur de la gestion des flux migratoires en Méditerranée.....	50
A.	Les initiatives européennes au prisme d'une réalité complexe.....	51
B.	La gestion de la pression migratoire montre toutes ses faiblesses... ..	54
II.	Frontex, la nouvelle Agence du corps des garde-frontières et des garde-côtes.....	56
A.	Parvenir à une <i>gestion intégrée</i> des frontières de l'Union européenne.....	57
B.	Parvenir à une <i>gestion efficace</i> des frontières de l'Union européenne.....	59

	AGENCES ET OPÉRATION NAVALE DE L'UNION EUROPÉENNE DANS LA « SÉCURITISATION » DE L'AFFLUX MIGRATOIRE EN MÉDITERRANÉE.....	63
--	--	----

Philippe CH.-A. GUILLOT

I.	Les synergies entre agences.....	68
A.	En mer.....	68
B.	Dans les <i>hotspots</i>	70
II.	La militarisation de la gestion de crise.....	72
A.	Les agences et l'opération Sophia.....	72
B.	Frontex et l'OTAN.....	74

PARTIE III

LES AGENCES EN ACTION, DES INTERRELATIONS PLURIELLES

LE DÉVELOPPEMENT DE LA COOPÉRATION DES AGENCES ELSJ AVEC DES ÉTATS TIERS. ENTRE RECHERCHE D'EFFICACITÉ DANS LA GESTION DE LA « CRISE DES RÉFUGIÉS » ET COHÉRENCE DE L'ACTION EXTÉRIEURE DE L'UNION EUROPÉENNE	79
--	----

Carole BILLET

I. Une extension des possibilités de coopération des agences avec les États tiers	82
A. L'importance reconnue d'une coopération accrue des agences avec les États tiers	82
B. L'enrichissement des modalités de coopération entre les agences et les États tiers	84
II. Un encadrement accru du développement de la coopération des agences avec les États tiers	87
A. La réappropriation partielle des instruments conventionnels structurant les relations extérieures des agences par les institutions de l'UE	88
B. L'intégration systématique des relations extérieures des agences dans les documents d'orientation politique de l'Union européenne	91

UNE AGENCIARISATION EN DEVENIR ? DIX ANS DE RÉSEAU EUROPÉEN DES MIGRATIONS	95
---	----

Romain FOUCART

I. Les apports de la mise en réseau	97
A. La prise en compte des contraintes institutionnelles	97
B. Une contribution matérielle non négligeable	99
II. Un processus inachevé	101
A. Des conséquences pratiques limitées	101
B. La prégnance de la logique intergouvernementale	103

PARTIE IV

CONTRÔLE ET ÉVALUATION

AGENCIARISATION DE LA POLITIQUE D'IMMIGRATION ET D'ASILE ET PERFECTIONNEMENT DU CONTRÔLE PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE. OU DE LA NÉCESSITÉ DE FRANCHIR DE NOUVEAUX CAPS DANS LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE	109
<i>Nathalie RUBIO</i>	
I. Cap n° 1 : clarifier la place du juge dans l'architecture du contrôle des agences de la politique d'immigration et d'asile : une exigence de cohérence	112
A. La construction d'une toile de contrôles	112
B. L'imbrication du contrôle juridictionnel	113
II. Cap n° 2 : assurer l'effectivité de la protection juridictionnelle : une exigence de pertinence	114
A. La capillarité juridictionnelle de l'agenciarisation	115
B. La polarisation sur le recours en responsabilité	116
III. Cap n° 3 : dépasser les contraintes de la temporalité : une exigence d'adaptabilité	118
A. Des moyens classiques pour répondre à l'impératif d'urgence	118
B. La pertinence de moyens plus instrumentalistes	119
1. <i>La piste de la justice prédictive ?</i>	120
2. <i>La piste de la vigilance sur le contenu des actes de soft law ?</i>	120
THE POLITICAL ACCOUNTABILITY OF EUROPEAN AGENCIES IN THE FIELDS OF MIGRATION AND ASYLUM: FRONTEX AND THE EASO	123
<i>Charikleia VLACHOU</i>	
Introduction	123
I. Political accountability before the European Parliament	126
A. Through progressively refined instruments of political accountability	126
B. Through financial accountability spilling over to governance issues	129
II. Political accountability before the Council of ministers and national parliaments	133
A. An opaque role of the Council of ministers	134
B. A potential role for national parliaments	136

PROPOS CONCLUSIFS	141
Rostane MEHDI	
TABLE DES MATIÈRES	149

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :

Cédric Hamel, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :

Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :

© Shutterstock

3^e trimestre 2020