

**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 RUBIO<sup>1</sup>

Nous débuterons 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-<sup>2</sup> 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 2016<sup>3</sup>. 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 humanitaires<sup>4</sup>.

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)<sup>5</sup>, l'Agence de l'Union européenne pour l'Asile<sup>6</sup>, 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'information<sup>7</sup> et Europol<sup>8</sup>. 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)<sup>9</sup>, 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 passées<sup>10</sup>. 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 coopération<sup>11</sup> :

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, *JOUÉ* 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, *JOUÉ* 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 certains<sup>12</sup>, 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 migratoires<sup>13</sup> ? 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 migration<sup>14</sup> ?

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 activités<sup>15</sup>. 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...

<sup>15</sup> 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 Europol<sup>16</sup>).

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 2012<sup>17</sup>. Il avait été inséré dans le règlement de 2016 et ensuite été consolidé<sup>18</sup>. 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 recours<sup>19</sup>. 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 juge<sup>20</sup> au regard de la systématique des voies de droit<sup>21</sup>. 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.

<sup>19</sup> 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.

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

<sup>21</sup> 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 européenne<sup>22</sup>. 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 accords<sup>23</sup>. 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 Frontex<sup>24</sup>. 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 documents<sup>25</sup>. 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 national<sup>26</sup>. 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 1986<sup>27</sup> ; 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 »<sup>28</sup>. 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 juridictionnelle<sup>29</sup>. 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 policière<sup>30</sup>.

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 »<sup>31</sup>. 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'imputabilité<sup>32</sup> et du fondement<sup>33</sup> 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 acceptable<sup>34</sup>. 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 décourageante<sup>35</sup>. 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'urgence<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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 »<sup>37</sup> 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 »<sup>38</sup>. 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 variées<sup>39</sup>. 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 national<sup>40</sup>. 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'Union<sup>41</sup> ou lorsqu'est contesté un acte national pris sur le fondement d'un acte de droit dérivé qu'il estime entaché d'invalidité<sup>42</sup>. 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 attaqué<sup>43</sup>.

## 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 Cour<sup>44</sup>. Même si ces agences ne détiennent pas de pouvoir de décision, elles ont dès lors par ce biais un « pouvoir d'influence diffus »<sup>45</sup>. N'est-il pas temps que le juge européen renouvelle ses outils<sup>46</sup> ?

\*\*\*\*

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.