

LIGUE DES DROITS DE L'HOMME asbl

Comment mettre en cause de la responsabilité de Frontex ?

L'idée du réseau Migreurop, dont la LDH est membre du conseil d'administration, de lancer une campagne contre Frontex, l'agence pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, n'est pas tout à fait neuve. Elle fut déjà émise l'année dernière, lors du CA à Madrid. A cette période, il y a un an, le réseau avait rédigé une étude à la demande du groupe des Verts du PE intitulée : « Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l'Homme ? ». L'étude se terminait en proposant quelques recommandations à destination du Parlement relatives à la proposition de la Commission de modification du règlement portant création de Frontex.

Le Parlement et le Conseil sont arrivés à un accord en juin dernier sur les modifications à apporter au règlement. Le PE a donné son feu vert en septembre et le Conseil a adopté les nouvelles règles qui régiront le fonctionnement de l'agence le 10 octobre dernier. Il ne reste plus aux deux institutions qu'à signer le règlement. Le règlement sera ensuite publié au Journal Officiel de l'UE et entrera en vigueur vingt jours plus tard, sans doute avant la fin de l'année.

Loin de répondre aux préoccupations du réseau quant à la compatibilité du fonctionnement de l'agence avec le respect des droits fondamentaux, vous verrez que le nouveau règlement en provoque de nombreuses autres.

Quelles sont les pistes juridiques d'actions qui pourraient être intentées contre l'Agence, notamment pour engager sa responsabilité en cas de violations de droits fondamentaux des migrants ?

Le cadre dans lequel Frontex opère n'offre pas suffisamment de garanties quant au respect des droits humains (droit de demander l'asile et le principe de non refoulement, le droit de quitter son pays, l'interdiction de traitements inhumains et dégradants, le droit à la protection des données à caractère personnel, l'interdiction de discrimination, le droit au regroupement familial, etc.). Pourtant, la volonté des Etats membres de réduire l'immigration irrégulière a donné lieu à des **situations dramatiques**, au cours desquelles des personnes ont **péri** faute d'avoir été secourues à temps, à des querelles entre Etats membres à propos de la « charge du fardeau » et à des détournements de bateaux vers des ports de pays tiers¹.

Quels sont nos moyens d'actions contre l'agence ?

L'étude *"Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies, Frontex, Europol and the European Asylum Support Office"*, de la Direction Générale des politiques internes de l'Union, passe en revue les différents moyens d'engager la responsabilité de Frontex. L'étude constate qu'il n'est certes pas évident d'engager la responsabilité de l'Agence et d'assurer aux individus victimes de violations de leurs droits fondamentaux un accès à un recours effectif. Toutefois, plus Frontex assumera

¹ Migreurop, « Refoulement illégal de 500 migrants en Libye : l'UE doit condamner les autorités italiennes », 11 mai 2009.

de nouvelles compétences et plus les chances seront grandes d'arriver à engager sa responsabilité pour ses actions.

1. Cour de justice de l'Union européenne

Le traité de Lisbonne étend les compétences de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – initialement réservés au contrôle des institutions – aux actes de l'agence FRONTEX (articles 263², 265³, 266 et 267⁴ TFUE) et à toutes les matières relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (période de transition jusqu'en 2014, article 10 du Protocole sur les dispositions transitoires). L'Agence pourrait dès lors devoir répondre d'un certain nombre de comportements devant la Cour selon les modalités de recours prévues. Depuis lors, la Cour peut appliquer et interpréter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵, à laquelle le traité de Lisbonne reconnaît la même valeur juridique que les traités.

Trois pistes sont envisagées dans l'étude précitée :

- Introduction d'une action en annulation devant la CJUE (article 263 TFUE)

L'objectif de cette procédure pour le requérant est d'obtenir l'annulation d'un acte.

Selon l'article 263, « *La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. 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.*** »

Jusqu'à présent, la Cour a considéré que cet acte juridique devait être un acte au sens formel, un document officiel serait donc nécessaire. Jusqu'ici, il aurait été difficile d'introduire une telle procédure car un acte juridique contre lequel diriger l'action est nécessaire. Or, Frontex planifie ses actions sur la base de documents qualifiés de techniques (analyses de risques par exemple), qui restent souvent secrets.

Le nouvel article 3 bis prévoit dorénavant que le directeur exécutif « **établit un plan opérationnel pour les opérations** conjointes et les projets pilotes », sur lequel le directeur et l'Etat membre hôte devront s'accorder, en concertation avec les Etats participants. Ce plan détaille « tous les aspects jugés nécessaires pour l'exécution de l'opération conjointe ou du projet pilote », notamment la situation dont le mode opératoire et les objectifs du déploiement, la durée de l'opération, la zone géographique où elle aura lieu, les tâches des agents et la composition des équipes d'agents invités, les chaînes de commandement et de contrôle, les équipements, les modalités de notification des incidents éventuels, le système de rapports et d'évaluation, les modalités de coopération avec les pays tiers et autres organismes et, pour ce qui concerne les opérations en mer, des informations sur la juridiction et la législation concernée, ainsi que des références au droit international et européen de sauvetage en mer.

² Contrôle de légalité : recours en annulation (art. 263 TFUE) comme l'exception d'illégalité (art. 277 TFUE).

³ Recours en carence.

⁴ Renvoi en appréciation de validité des actes.

⁵ Le droit à une bonne administration (article 41 de la Charte) (dans le chapitre sur citoyenneté mais devrait s'appliquer à tous vu que c'est un principe général du droit européen) et le droit à un recours effectif : devraient pouvoir attaquer une décision de retour devant l'agence (inexistant) et devant un tribunal.

Ce plan opérationnel détaillé pourrait éventuellement être considéré par la CJUE comme un acte législatif.

Les conditions de recevabilité sont précisées au paragraphe 4 de l'article 263 : « *Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.* »

Selon la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, il est nécessaire que « *la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du requérant et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre* ». ⁶

Il risque d'être difficile de prouver qu'un acte de l'Agence Frontex **s'adresse directement à un individu**. Tout est organisé pour que éviter les contacts directs entre l'agence et les individus. Les Etats restent responsables du contrôle et de la surveillance des frontières, l'agence ne fait que faciliter l'application des dispositions européenne en matière de gestion des frontières et assure la coordination des actions des Etats membres (article 1^{er}). Toutefois, Frontex dispose de plus en plus de compétences opérationnelles et les chances augmentent qu'elle adresse un acte à un particulier, même sans le vouloir.⁷ En outre, la Cour est susceptible d'opter pour une approche plus flexible concernant les critères de recevabilité d'une action en annulation pour éviter que les plaignants ne disposent d'aucun recours effectif contre l'Agence.

Le PE, la Commission ou le Conseil ne sont pas soumis à ces conditions de recevabilité strictes. Ils pourraient dès lors amener une affaire devant la CJUE en cas de violations des droits fondamentaux. Une plainte pourrait être faite auprès du PE ou de la Commission par un particulier ou une ONG, qui décidera peut-être de s'en saisir et jouer un rôle actif dans la procédure.⁸

- Responsabilité extracontractuelle (article 340 TFUE)

Le traité n'étend pas la compétence de la Cour aux agences en matière de responsabilité^{9,10}. Toutefois, l'article 19 du Règlement n°2007/2004 dispose que FRONTEX assumera sa responsabilité devant la Cour de Justice, en matière extracontractuelle, pour tout litige concernant la réparation des dommages causés par les services de l'agence ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions.¹¹

⁶ C-386/96, Dreyfus v. Commission (1998) ECR I-2309.

⁷ "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies, Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs (August 2011).

⁸ *Ibid.*

⁹ Les articles 268 et 340 du TFUE établissent la responsabilité de l'Union que pour les dommages causés par les institutions et la B.C.E. ou leurs agents.

¹⁰ Le second paragraphe de l'article 340 stipule qu'« *[e]n matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions.* »

¹¹ Le problème est donc de déterminer qui doit répondre de tel ou tel comportement : à quel moment considère-t-on l'agence responsable ? Comment le déterminer lorsqu'il s'agit de quelqu'un d'autre dont la responsabilité n'est pas prévue par cette disposition ? Serait-ce l'Etat hôte qui donne les instructions, ou s'agit-il d'une responsabilité partagée entre l'Etat hôte et l'Agence qui composent ensemble le plan opérationnel ?

Selon la jurisprudence de la Cour, « *la règle de droit communautaire [enfreinte] a pour objet de leur conférer des droits, (...) la violation est suffisamment caractérisée et (...) il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les particuliers* ». ¹²

Frontex pourrait prétendre que l'action des Etats membres participant à l'opération rompt la chaîne de causalité qui devrait exister entre l'acte de l'agence et le préjudice subi par un particulier (en présentant l'Etat comme acteur de l'opération et en se retranchant derrière son rôle de coordinateur).

Toutefois, la Cour a déjà estimé que si une instance de l'Union a échoué dans « *sa compétence particulière de surveillance* » des actions des Etats membres, sa responsabilité pourrait être engagée. ¹³ Or, le nouveau Règlement élargira les compétences de l'Agence Frontex (organisation d'opérations de retour, mise en œuvre du plan opérationnel, suspendre ou mettre fin à des opérations en cas de violations de droits fondamentaux, ...) et l'agence pourrait dès lors être considérée à l'avenir comme étant suffisamment à même de superviser les actes des Etats membres, ce qui l'empêcherait de se défaire de sa responsabilité. ¹⁴

Exemple : Frontex sera dotée du pouvoir de coordonner et d'organiser des opérations de retour. Elle pourrait se rendre coupable d' « une violation suffisamment caractérisée » en ne prévoyant pas de mesures suffisantes pour garantir la sécurité des expulsés.

Exemple : Opération RABIT/Poseidon en Grèce : ne pourrait-on pas considérer que Frontex aurait dû garantir la sécurité des personnes interceptées, au lieu de les transférer dans des lieux de détention connus pour ne pas respecter l'interdiction de traitements inhumains et dégradants ? L'agence pourrait être considérée comme ayant failli à sa compétence particulière de surveillance et dès lors en être indirectement responsable. (Sur ce point, voir l'étude "The EU's Dirty Hands. Frontex involvement in ill-treatment of migrants detainees in Greece", Human Rights Watch (September 2011). HRW s'est notamment basé sur la jurisprudence CEDH M.S.S. contre Belgique et Grèce, n°30696/09, 21 janvier 2011).

Exemple : Dans le cadre d'une opération de retour conjointe, les agents, dans l'exercice de leurs fonctions, pourraient se rendre coupable d'une violation du droit au respect de la vie privée, lors du transfert des données à caractère personnelles des migrants se faisant expulsés. L'article 11 ter nouveau prévoit que « l'Agence peut traiter des données à caractère personnel de personnes qui font l'objet de telles opérations de retour conjointes ».

Le traitement de données à caractère personnel : le risque existe que les données ne soient pas bien protégées. Le nouvel article 11 quater prévoit notamment que « l'Agence peut traiter ultérieurement des données à caractère personnel recueillies par les EM pendant de telles activités opérationnelles (JO, projet pilote, interventions rapides) et transmises à l'Agence en vue de contribuer à la sécurité des frontières extérieures des EM ». L'objectif est flou. En outre, Frontex peut traiter ces données pour les transmettre à « Europol et à d'autres agences répressives de l'Union » et pour « la préparation des analyses de risques ». Certaines opérations de Frontex ont dans le passé déjà visé des catégories de personnes, notamment lors de l'opération HYDRA (Chinois).

¹² C-46 et C48/93, Brasserie du pêcheur (1996) ECR I-1029.

¹³ "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies, Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs (August 2011), p. 85.

¹⁴ *Ibid.*

- **Question préjudicielle devant la CJUE** : Action devant les juridictions nationales : vu que l'acte violant les droits fondamentaux risque dans de nombreux cas d'être posé par une autorité nationale, il y a plus de chance pour que les actions soient introduites au niveau national. Même dans ces cas, vu le lien avec une agence, le juge national pourrait décider de porter l'affaire devant la Cour de justice de l'U.E., en posant une **question préjudicielle (article 267 TFUE)** sur l'interprétation ou la validité d'un acte de l'Agence (comme un plan opérationnel d'une opération conjointe ou d'un projet pilote, prévu par l'article 3 bis du Règlement modifié).

Si un individu, victime d'un refoulement par exemple, parvient à déposer une plainte auprès d'une instance nationale, on pourrait demander au juge national de poser une question de compatibilité de cette action avec les droits de l'homme dans l'acquis communautaire. Mais peu effectif malheureusement.

Depuis 2009, il existe **une procédure d'urgence** applicable spécifiquement aux matières de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment pour les personnes détenues¹⁵. (exemple : une personne détenue dans un centre fermé, où a été transféré par frontex sur la base du plan opérationnel). Cette procédure permet d'obtenir une réponse dans un délai de quelques semaines¹⁶. Il est fortement conseillé à l'avocat de justifier l'urgence de la situation, de rédiger la question de manière précise et d'éventuellement proposer une réponse à sa question afin d'accélérer le traitement de la demande.¹⁷

Difficulté : identifier une victime qui souhaiterait introduire une procédure contre Frontex devant la juridiction d'un Etat membre. Il revient en outre au juge national de décider de poser la question à la CJUE ou de s'en abstenir.

Conclusion :

Plusieurs difficultés auxquelles il faut faire face :

- trouver des victimes ;
- la multiplicité des acteurs contrôlant les frontières (agence Frontex, Etats membres, agents nationaux). Pas de définition de ce qu'on entend par 'coordination', 'opérationnelle'... ;
- nature de l'agence, qui tente d'éviter le contact direct avec les individus, se présente comme purement bureaucratique et comme étant un agent technique (cf : les accords de travail conclus avec les autorités des Etats tiers).

Les obstacles sont nombreux pour qu'une victime puisse bénéficier d'un recours effectif. Mais l'augmentation des pouvoirs de l'agence Frontex aura sans doute pour conséquence d'accroître les chances de voir sa responsabilité engagée devant les cours et tribunaux.

2. Cour européenne des droits de l'Homme

¹⁵ Communiqué de presse de la Cour de justice de l'UE, 30 novembre 2009 <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-12/cp090104fr.pdf>

¹⁶ Voir les art. 23 bis du Statut de la Cour de justice et surtout 107ter du règlement de procédure de la Cour de justice, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.fr.pdf>

¹⁷ Sur le déroulement de cette procédure, voir Koen LENAERTS « Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 2009, p 731 et ss.

Le Traité de Lisbonne prévoit que l'UE adhère en tant que telle à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁸. Jusqu'à présent, tous les Etats membres de l'UE sont parties à la CEDH mais pas l'UE en tant que telle. Cela signifie que la CEDH n'est pas directement applicable vis-à-vis des institutions de l'UE¹⁹. En vertu du Traité, **l'Union est désormais obligée de devenir partie à la CEDH. Toutefois, le Traité ne fixe aucun délai** et soumet cette adhésion à une procédure qui nécessite l'accord des membres du Conseil à l'unanimité et du Parlement européen²⁰. En cas de violation de la CEDH par un organe de l'UE, il était impossible d'introduire un recours à la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg contre une institution de l'UE²¹. Lorsque l'UE aura ratifié la CEDH, cela va donc changer. Ce sera la première fois qu'une organisation internationale deviendra partie à la CEDH²².

Il est donc nécessaire d'attendre l'adhésion définitive de l'Union européenne à la CEDH. Lorsqu'elle y aura adhéré, il sera possible de mener des actions et d'introduire des recours directement contre l'Union européenne, donc contre Frontex. Porte close pour le moment. Un lobbying auprès de l'Union européenne pourrait dès lors être entrepris dans ce sens.²³ Toutefois, il faudra, comme c'est le cas à l'encontre d'un Etat, avoir épuisé les voies de recours « internes » avant de pouvoir introduire une requête à la Cour de Strasbourg.

Marie Charles
Conseillère juridique

¹⁸ Art. 6 §2 TUE.

¹⁹ La Convention pouvait s'appliquer à titre de principe général de droit de l'UE (ancienne version de l'art. 6§2 du TUE).

²⁰ Art. 218 §6 et §8 TFUE.

²¹ Il était toutefois possible d'introduire un recours contre l'ensemble des Etats membres pour un acte adopté au Conseil de l'UE. Pour un exemple, voir : Cour EDH Segi et autres, c. 15 pays membres de l'UE, 23 mai 2002, qui déclare toutefois le recours irrecevable. Sur cette décision, voir notamment Koen LENAERTS « Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 2009, p 731 et ss.

²² Il a fallu pour le permettre adapter la Convention, ce qui a été fait par l'art. 17 du Protocole n° 14 de la CEDH, qui est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Sur ce Protocole, voir : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/Protocol+No.+14/>

²³ Jusqu'à présent, s'il y a une action attribuable à l'EU, pour ne pas laisser la personne dépourvue du droit à un recours, la CEDH donnait un raisonnement de substitution : au lieu de diriger une plainte contre l'EU, il fallait la diriger contre l'ensemble des états membres qui ont ratifiés la convention. Dans une affaire de 2005, la CEDH décide que puisque les Etats membres avaient fourni une mesure de protection ils ne devaient pas être condamnés. Toutefois, si les Etats n'avaient pas été en mesure de fournir une protection suffisante, on aurait pu condamner l'Union européenne en condamnant les Etats membres. Cela a été tenté dans une autre affaire mais la Cour a été réticente à attribuer l'acte de l'UE aux Etats membres en raison, pense-t-on, de l'attente de l'adhésion définitive de l'EU.