

LA POLITIQUE MIGRATOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

***Les ouvrages publiés dans cette collection
ont été sélectionnés par le jury suivant :***

Président du jury : Daniel POUZADOUX (Président de la Fondation Varenne)

- Florence BENOIT-ROHMER (Université de Strasbourg)
- Hélène BOUCARD (Université d'Angers)
- Marie-France CHRISTOPHE-TCHAKALOFF (Université de Paris I)
- Jean GICQUEL (Université de Paris I)
- Henri LABAYLE (Université de Pau-Bayonne)
- Maité LAFOURCADE (Université de Pau-Bayonne)
- Eddy LAMAZEROLLES (Université de Poitiers)
- Virginie LEMONNIER-LESAGE (Université de Rouen)
- Anne LEVADE (Université de Paris XII)
- Jean-Pierre MASSIAS (Université de Pau-Bayonne)
- Slobodan MILACIC (Université de Bordeaux IV)
- Éric MILLARD (Université de Paris X)
- Claude OPHÈLE (Université de Tours)
- Albert RIGAUDIÈRE (Université de Paris II)
- André ROUX (Université d'Aix-Marseille III)
- Paul SAIGNE (Président d'honneur de la Fondation Varenne)
- Jean STOUFFLET (Université d'Auvergne)
- Michel TROPER (Université de Paris X).

*Cet ouvrage est la version publiée d'une thèse
soutenue à Bayonne le 7 janvier 2010.*



© Collection des Thèses
Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS
Publiée par la Fondation Varenne, Paris
Diffusion : L.G.D.J

Maquette-Illustration de couverture réalisée par S.A. Diazo 1

ISBN 978-2-916606-33-0
Dépôt légal : quatrième trimestre 2010

« Collection des Thèses », n° 34

LA POLITIQUE MIGRATOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

De Schengen à Lisbonne

YVES PASCOU

PRÉFACE

D'HENRI LABAYLE

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

AVANT-PROPOS

DE JEAN-PIERRE MASSIAS

Professeur de Droit public
à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale Sciences Sociales et Humanités

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT PUBLIC
(**Doctorat nouveau régime**)

Présentée et soutenue publiquement à Bayonne
le 7 janvier 2010 par

Monsieur Yves PASCOU

Directeur de thèse :

Henri LABAYLE, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de
l'Adour

Membres du jury :

Philippe DE BRUYCKER, Professeur à l'Université Libre de Bruxelles
(Rapporteur)

François JULIEN-LAFERRIÈRE, Professeur émérite à l'Université
de Paris - Sud (Rapporteur)

Jean-Pierre MASSIAS, Professeur à l'Université de Clermont I

Philippe ZAVOLI, Doyen de la faculté de Bayonne-Anglet-Biarritz

A Ann et François

Aux miens

La thèse n'est pas un parcours solitaire. Si le candidat récolte sur sa personne les fruits de ce travail, c'est grâce au concours et au soutien d'un nombre considérable et hétérogène de personnes. Dans l'impossibilité de les remercier toutes, certaines méritent toutefois d'être nommées compte tenu de leur rôle si particulier.

C'est avant tout au directeur de la recherche, M. H. Labayle que ces remerciements s'adressent. Sa confiance et son exigence ont constitué un solide support guidant et soutenant ce travail. Le centre de recherche dans lequel il m'a accueilli m'a offert toutes les ressources nécessaires, tant scientifiques qu'humaines, pour mener ce travail à son terme. Qu'il reçoive pour tout cela, l'expression de ma plus profonde gratitude.

Que les membres du jury de thèse trouvent ici, en tant que représentants de la communauté universitaire mais également humainement, les sincères remerciements qu'ils méritent. Une attention particulière est adressée à M. P. de Bruycker. Son soutien, scientifique et matériel, et l'accès aux nombreuses richesses du réseau Odysseus ont largement contribué à l'élaboration de ce travail. Qu'il en soit tout particulièrement remercié.

Les membres du CDRE de la faculté de Bayonne doivent évidemment être remerciés, tant pour leurs stimulations intellectuelles que pour leur soutien amical et joyeux. Parmi eux, une mention toute spéciale s'adresse à mon amie Maiténa.

Les ami(e)s, d'ici et d'ailleurs, ont supporté – dans toutes les acceptions du terme – cette longue entreprise scientifique. Ils sont trop nombreux pour être tous cités, mais sauront se reconnaître. Que chacun reçoive l'expression de mes sincères et chaleureux remerciements et le signe d'une grande amitié.

Rien n'aurait été possible sans le concours, le soutien et la compréhension de ma famille. Parents et beaux-parents ont chacun contribué, dans leur style et à leur manière, à la réalisation de cette thèse. Si mon père et mon frère occupent une place prépondérante aux côtés de notre mère partie trop tôt, une dédicace toute particulière est adressée à Emmanuelle et Jules. C'est en effet dans leurs regards et leurs sourires que j'ai trouvé, entre autres merveilleuses choses, la joie et l'énergie nécessaires à la finalisation de cette thèse.

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....	XI
PRÉFACE.....	XIII
AVANT-PROPOS.....	XVII
ABRÉVIATIONS.....	1
INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1. LA STRUCTURATION COMPLEXE DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE.....	41
TITRE 1. UNE DÉLIMITATION IMPARFAITE DES COMPÉTENCES.....	45
Chapitre 1. Le choix de la communautarisation des compétences nationales.....	49
Chapitre 2. La distribution confuse des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres.....	123
Conclusion du Titre 1.....	195
TITRE 2. UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE.....	197
Chapitre 1. Les conditions d'exercice de la compétence communautaire.....	201
Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel de la compétence communautaire.....	273
Conclusion du Titre 2.....	329
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	331
PARTIE 2. LES DÉSÉQUILIBRES VOLONTAIRES DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE.....	333
TITRE 1. LES DISPARITÉS DE L'HARMONISATION LÉGISLATIVE.....	337
Chapitre 1. L'harmonisation insuffisante de la politique d'immigration.....	341
Chapitre 2. L'harmonisation inachevée de la politique d'asile.....	503
Conclusion du Titre 1.....	571
TITRE 2. LES PRIORITÉS DE L'APPROCHE OPÉRATIONNELLE.....	573
Chapitre 1. La coordination de l'exécution administrative.....	577
Chapitre 2. L'encadrement de l'exécution opérationnelle.....	641
Conclusion du Titre 2.....	673
CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	675
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	677
BIBLIOGRAPHIE.....	689
RÉSUMÉ / ABSTRACT.....	727
TABLE DES MATIÈRES.....	729

PRÉFACE

Construire une politique migratoire à la hauteur des enjeux humains et juridiques que ce défi représente pour la société internationale est le pari dans lequel l'Union européenne s'est engagée depuis un quart de siècle. En relater l'émergence, les difficultés et le bilan est celui auquel Yves Pascouau s'est attelé, de manière particulièrement bienvenue pour la communauté scientifique auquel il propose la lecture de sa thèse de doctorat, soutenue à Bayonne en 2010.

La doctrine française, à l'inverse de son homologue anglo-saxonne, n'ose guère affronter la complexité d'un tel sujet. Gallicanisme ou ignorance, on ne sait, mais celle-ci semble ne pas avoir pris conscience que le droit de l'asile et de l'immigration se construit aujourd'hui largement au delà de nos frontières. Cet autisme est du reste à l'exact opposé de l'activisme politique qui caractérise les autorités françaises à ce sujet. La thèse de M. Yves Pascouau est donc l'occasion utile de vérifier la réalité et l'impact de l'intégration européenne en ce domaine.

Plusieurs options s'offraient à l'auteur pour en traiter. La première, descriptive et à l'image d'un inutile sous-titre de l'ouvrage définitif, aurait consisté à relater simplement les différentes étapes qui, « de Schengen à Lisbonne », ont conduit à cette politique commune de l'immigration à occuper le titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union. La seconde démarche, délicate autant qu'ambitieuse, visait à construire une grille d'analyse et de réflexion, proposée au communautariste comme au spécialiste du droit de l'asile et de l'immigration. Yves Pascouau l'a retenue et, s'il appartient au lecteur de conclure ou non au bien-fondé de la démonstration, le directeur de la recherche et le jury de cette thèse l'en ont félicité unanimement.

Son propos et le sens de son argumentation sont clairs à suivre, sinon simples à mener. Partant du constat que la lente gestation de la politique migratoire de l'Union européenne n'est pas à la hauteur des défis que celle-ci doit relever, l'auteur s'interroge sur le décalage existant entre la structuration particulièrement complexe de cette politique, souvent bien peu commune, et le bilan matériel de sa production. Ce décalage est au cœur de sa réflexion scientifique, réflexion nourrie par son expérience affirmée de chercheur au sein du réseau académique universitaire européen, Odysseus, spécialisé en matière d'asile et d'immigration. Celle-ci lui a donné la maîtrise de tous les outils de la recherche en la matière. Il en use avec talent pour le plus grand profit intellectuel du lecteur : historique évènementiel comme normatif, appui sur la littérature « grise » comme sur la doctrine européenne sont ainsi mis à contribution. Cette expertise lui a également procuré l'occasion d'une recherche appliquée à la transposition des grands textes du droit de l'immigration en droit interne. Loin de la compilation que l'on rencontre trop souvent, la recherche doctorale d'Yves Pascouau propose à la réflexion une analyse minutieuse et quasi entomologiste du droit européen de l'asile et de l'immigration, cette minutie n'entravant à aucun instant une lecture globale de la situation.

Aussi, l'auteur doit être pris au sérieux lorsqu'il affirme que le décalage qu'il constate entre l'appareillage institutionnel et les réalisations normatives de l'UE n'est pas le fruit d'un hasard mais d'un calcul, d'une démarche volontairement construite par les Etats membres de l'Union. Malgré leur impuissance à réguler les flux migratoires en direction de leurs territoires, ces derniers ne se sont jamais décidés pleinement à desserrer l'étreinte de leur souveraineté dans ce domaine régalién.

Se refusant à abdiquer au profit d'une communautarisation complète de la matière, les Etats membres ont donc développé une stratégie au service de leurs intérêts, ce dont Yves Pascouau démonte les rouages et souligne les implications, cheminement difficile à réfuter. La « communautarisation » de la politique migratoire de l'Union réalisée à grand peine et au prix de force dérogations à la méthode communautaire amène ainsi à se demander si, dans une « échelle de la communautarisation », les Etats membres de l'Union n'ont pas entendu en pratique demeurer sur le barreau le moins élevé. Paradoxalement, cette moindre ambition sert imparfaitement leurs desseins et, là encore, la recherche menée par l'auteur est convaincante de la contradiction qu'il y a à prétendre à un espace migratoire commun tout en refusant la logique. Afin de parvenir à leur objectif principal, sécuriser l'accès à leurs frontières, les membres de l'Union sont en effet tenus de procéder à cette intégration commune. Ils l'ont rapidement assimilé et instrumentalisé. Dès lors, la complexité de la structuration institutionnelle de l'Union tant sur le plan de la délimitation des compétences que sur celui des jeux d'acteurs et des outils à disposition ne parvient pas à masquer la démarche utilitaire des Etats membres. Par un jeu de « pick and choose » simple à identifier, l'Union a développé une politique migratoire largement déséquilibrée où l'intégration et la protection des droits font figure de parents pauvres au regard des objectifs de contrôles aux frontières et de lutte contre l'immigration irrégulière.

Si le traité de Lisbonne permet d'espérer que les difficultés de mise en œuvre qui ont accompagné cette première décennie de travail seront dépassées par le retour à la normale voulue par le TFUE, il est à craindre en revanche que le raisonnement d'Yves Pascouau demeure durablement pertinent. A nier les menaces démographiques du continent européen, à examiner l'immobilisme actuel des questions d'intégration, de droit au développement dans les pays d'origine ou de migration légale et d'accès au marché du travail des Etats membres, à scruter la pauvreté des orientations du programme de Stockholm, rien ne promet quant à l'établissement d'une politique commune équilibrée. Insuffisance et inachèvement des engagements ont donc toutes chances de demeurer des qualificatifs judicieux pour traiter des travaux de l'UE en la matière tandis que se multiplient les réalisations opérationnelles dont l'ampleur et la mise en perspective dévoilent les finalités qui animent l'action de l'Union.

Derrière le miroir, la réalité est donc plus sombre qu'on ne l'imaginait. Il n'y a guère de surprise à le constater d'un point de vue militant. Or, tout l'intérêt de la thèse d'Yves Pascouau tient dans le caractère juridique de cette démonstration novatrice qui ouvre sans aucun doute la porte à des travaux complémentaires. Qu'il en soit vivement remercié.

Henri LABAYLE

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

AVANT-PROPOS

Rédiger l'avant-propos d'une thèse afin d'accompagner sa publication et sa diffusion est, à n'en pas douter, un acte émouvant et suffisamment important pour plonger celui à qui est faite cette demande dans un abîme de doutes et de perplexité.

Il s'agit d'être digne de cette mission, qui consiste à accompagner – à parrainer même – l'entrée en doctrine d'un chercheur, appelé à devenir votre collègue à plus ou moins brève échéance. Assurément, cet acte d'écriture vous replonge – vingt ans après – dans cette atmosphère si particulière qui suit la soutenance de la thèse, et ranime l'impression qu'avec ce rituel accompli, non seulement un nouveau monde s'ouvre, mais qu'enfin les « choses sérieuses » vont commencer. C'est alors le temps du tour de France des commissions de spécialistes, et celui de l'angoisse, dans l'attente de la décision du CNU. C'est aussi, heureusement, le temps des premiers cours, de ces premiers amphithéâtres et de cette première génération d'étudiants que l'on n'oubliera jamais et qui vous accompagnera régulièrement tout au long de votre carrière. L'agrégation est encore loin, et l'on sait intuitivement que l'on vit des moments importants.

Ecrire un avant-propos, c'est donc participer un peu à cette mutation, celle de l'étudiant qui devient docteur et qui, à bon droit après tant de sacrifices, savoure cet accomplissement.

Cependant, très vite, cette euphorie « partagée » cède la place à l'inquiétude. Participer à la consécration du docteur dont le travail est publié impose, on l'a souligné, d'en être digne, et le temps de l'attendrissement nostalgique cède le pas à celui des interrogations. Via les quelques lignes que vous octroie l'éditeur, il s'agit en effet de se

montrer à la hauteur de la qualité des développements que l'on est censé présenter, tout comme de la confiance que son auteur vous a manifestée.

Introduire la thèse d'Yves Pascouau n'échappe pas à cette logique, faite d'émotion et de doute. Il est en effet difficile d'exprimer en peu de mots tout le bien que l'on pense d'un tel travail, et ce, d'autant plus peut-être qu'il s'agit de ce sujet (I), de cette thèse (II) et de cet auteur (III)...

(I) Le sujet est, en premier lieu, incontestablement passionnant, et tout à fait bienvenu.

L'Immigration est, à n'en pas douter, très loin du « sujet ordinaire » que l'on rencontre parfois en droit et dont la technicité immatérielle conduit à l'assimiler à la mécanique bien plus qu'aux sciences de la société. Parler du droit de l'immigration en retenant le cadre de l'Union européenne, c'est, en effet, tout à la fois évoquer le sort de millions de personnes victimes des violences de l'histoire et de la pauvreté, de ceux qui laissant la terre de leurs ancêtres, vont ailleurs, souvent dans le plus grand dénuement, afin de trouver, pour eux et leurs proches, des conditions d'existence plus en rapport avec leur dignité d'être humain.

Parler d'immigration, c'est donc irrémédiablement raconter une histoire humaine, faite de souffrances et d'espoir.

Parler de l'immigration en Europe, c'est associer cette histoire avec la volonté qui a marqué la construction européenne de pacification, de dépassement des frontières, de construction d'un espace associant liberté et sécurité, lequel n'a cessé de s'étendre tout au long de ces dernières années.

Mais parler de l'immigration en Europe aujourd'hui, c'est aussi s'inscrire pleinement dans un débat qui s'est imposé sur la scène européenne. De nombreux États de l'Union ont en effet connu une escalade tant verbale que politique, le discours insistant sur les dangers et les risques d'une immigration, ainsi que sur la nécessité d'un contrôle strict, outre des restrictions de plus en plus marquées, imposées aux migrants. De reconduite à la frontière en destruction de la jungle de Sangatte à Calais, du débat sur l'identité nationale à la stigmatisation des populations Roms, la question de l'étranger, de son statut et de son refoulement hors de nos sociétés n'a pas cessé de croître, avec son cortège d'outrances verbales et d'exhortations populistes.

Écrire une thèse sur cette question était ainsi urgent ; il convenait de combiner les intérêts politique et humain d'une question sociale majeure, tout en la confrontant avec la rigueur implacable de l'analyse juridique.

(II) La thèse d'Yves Pascouau, telle qu'elle se livre aujourd'hui à notre lecture, par sa qualité et sa hauteur témoigne, en second lieu, que les attentes n'ont pas été déçues, et qu'il s'agit assurément d'un travail d'une très grande qualité.

Au-delà de qualités juridiques évidentes (sérieux, rigueur, exhaustivité des sources francophones et anglophones...), la thèse révèle des aptitudes intellectuelles qui positionnent son auteur comme un analyste de tout premier niveau. Le travail d'Yves Pascouau s'inscrit notamment dans une réelle démarche scientifique, intégrant des données extra-juridiques dans une réflexion d'ensemble, laquelle leur donne un véritable sens. Le droit migratoire est, en effet, largement affecté par des données sociopolitiques et leur méconnaissance aurait risqué d'altérer la compréhension générale. Monsieur Pascouau a ainsi fait preuve d'un véritable courage méthodologique, en imposant la rigueur du juriste au traitement de ces données. Dans cette perspective, un des grands mérites de cette thèse est d'avoir fait interagir les concepts de droit et de politique, faisant du premier un instrument de vérification implicite du second. À l'évidence, la Fondation Varenne s'honore de publier un tel ouvrage, qui s'inscrit pleinement non seulement dans ses traditions d'excellence, mais aussi qui perpétue les qualités morales héritées de l'œuvre d'Alexandre Varenne.

(III) L'auteur enfin, indissociable de l'œuvre elle-même, mérite d'être salué, au regard de son engagement personnel et de l'image qu'il renvoie.

Les qualités de juriste et de chercheur d'Yves Pascouau, telles que révélées par sa thèse et soulignées ci-dessus ne doivent pas dissimuler la volonté, voire l'acharnement que celui-ci a manifesté durant les années qu'il a consacrées à son travail de recherche. La thèse d'Yves Pascouau rappelle à l'évidence que toute thèse soutenue est *d'abord* le signe d'un incontestable courage personnel, sans quoi l'aptitude au raisonnement ne serait qu'une promesse trahie. Cependant, une thèse n'est jamais complètement un exercice solitaire et, au-delà de l'accompagnement affectif et amical, c'est à l'accompagnement scientifique que cet avant-propos voudrait rendre hommage. Hommage au CDRE, partant, à son fondateur et directeur, Henri Labayle, ainsi qu'à la communauté scientifique et humaine qui s'y trouve. Hommage aussi, et enfin, à cette relation entre un chercheur et son directeur de recherche, faite de complicité, de respect et de solidarité : qu'il me soit permis de voir, dans cette transmission du savoir et dans cette communauté scientifique, la plus jolie leçon à tirer de cette réussite.

Jean-Pierre MASSIAS

Professeur de Droit public
à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
Art.	Article
AUE	Acte Unique Européen
Bull-CE	Bulletin des Communautés Européennes
Bull-UE	Bulletin de l'Union européenne
CDE	Cahiers de Droit Européen
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
CEDH	Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CMLR	Common Market Law Review
Convention EDH	convention européenne des droits de l'Homme
COSAC	Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires et européennes des parlements de l'Union européenne
Cour EDH	Cour Européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté Économique Européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
Cf.	Confer
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Dir.	Sous la direction de
Ed.	Edition

EDL	Europe des libertés
Eds.	Éditeurs
EFAR	European Foreign Affairs Review
EJML	European Journal of Migration and Law
ELJ	European Law Journal
ESTA	Electronic System for Travel Authorization
<i>Europe</i>	Revue Europe
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HCR	Haut Commissariat pour les Réfugiés
IEAP	Institut Européen d'Administration Publique
IEE	Institut d'Études Européennes
IFRI	Institut Français des Relations Internationales
IPEX	Interparliamentary EU Information Exchange
JAI	Justice et Affaires Intérieures
JCP	La Semaine Juridique
JDE	Journal de Droit Européen
JDI	Journal de Droit International
JO	Journal Officiel de la Communauté Européenne / Journal officiel de l'Union européenne
JORF	Journal Officiel de la République Française
JTDE	Journal des Tribunaux de Droit Européen
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
OIT	Organisation Internationale du Travail
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
p.	Page
PESC	Politique Etrangère et de Sécurité Commune
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
pp.	Pages
PUB	Presses universitaires de Bayonne
PUF	Presses Universitaires de France
RA	Revue Administrative
RAE	Revue des Affaires Européennes
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RDP	Revue de Droit Public et de Science Politique
RDUE	Revue de Droit de l'Union Européenne
Rec.	Recueil de la Cour de Justice des Communautés et du Tribunal de Première Instance
Req.	Requête
Rev. Adm.	Revue administrative
RAE-LEA	Revue des Affaires Européennes-Law & European Affairs
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RFPP	Revue Française de Finances Publiques

RFSP	Revue Française de Sciences Politiques
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RLCT	Revue Lamy des Collectivités territoriales
RMC	Revue du Marché commun
RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
RSC	Revue de sciences criminelles
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RUDH	Revue Universelle des droits de l'Homme
s.	suivants
sp.	spécialement
SFDI	Société Française pour le Droit International
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
TUE	Traité sur l'Union Européenne
UE	Union Européenne
ULB	Université Libre de Bruxelles
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
Vol.	Volume



INTRODUCTION

D'espaces en territoires, de pays en continents, les migrations humaines ont façonné et façonnent l'histoire des peuples et des nations¹ car le déplacement de l'homme se présente comme inhérent à sa nature. Le constat passe en revanche sous silence l'ensemble des obstacles que le migrant doit affronter au cours de son déplacement. S'ils sont nombreux et variés, en fonction des lieux et des époques, il en est un qui retiendra notre attention, celui de la confrontation du migrant avec les sociétés organisées et plus précisément avec les règles qui en organisent le fonctionnement. Autrement dit, la confrontation du migrant avec le droit.

Cette confrontation est ancienne et remonte à l'Antiquité². L'histoire de l'immigration repose sur le rapport entre le migrant et les autorités ou l'Etat d'accueil et sur le pouvoir de ces derniers d'affirmer leur autorité ou leur souveraineté vis-à-vis de « l'étranger » qui se trouve sur son territoire, de manière plus ou moins durable. Ce qu'il est possible de qualifier de « droit régalien des étrangers » s'est traduit de deux manières successives et complémentaires. Il a tout d'abord eu pour principal objet d'identifier le migrant par rapport aux citoyens ou nationaux et de délimiter son statut par rapport à ces derniers. En réalité, et dans un premier temps, le droit des étrangers a révélé une constante, celle de la différenciation de l'étranger et de son statut par rapport à celui du citoyen ou du

1 Pour un aperçu saisissant des phénomènes d'immigration et d'émigration en Europe de la préhistoire à nos jours, voir notamment BAROU J. « Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration », Presses Universitaires de Grenoble, 2001, 175 p.

2 Pour un aperçu, voir notamment GASPARINI E. « L'étranger et le droit : essai de mise en perspective historique » in DI MANNO T. et ELIE M.-P. (Sous la direction de) « L'étranger : Sujet du droit et sujet de droits », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 318 p., pp. 17-24, sp. 17-21.

national. Cette approche n'a en revanche pas eu pour effet de limiter la mobilité des populations. En effet, la mobilité des personnes a prospéré jusqu'au XIX^{ème} siècle et s'est même accrue grâce au développement des moyens de communication et à la révolution industrielle. Aussi, « quiconque aurait laissé entendre, en 1910 par exemple, que les migrations étaient un phénomène inhabituel aurait été regardé par toute personne bien informée avec stupéfaction »¹. La fin du XIX^{ème} siècle et surtout le début du XX^{ème} ont marqué une seconde étape du droit des étrangers qui correspond à un renforcement de la souveraineté des Etats vis-à-vis des migrants. En effet, les conflits armés qui ont secoué le continent européen, à commencer par la Première guerre mondiale, ont eu des effets radicaux sur les mouvements de populations dans la mesure où les frontières entre les Etats, dont les effets sur la circulation des personnes demeuraient jusque là variables et flous², se sont élevées et ont constitué un obstacle nouveau et contemporain aux migrations. L'écrivain Stephan ZWEIG a illustré cette évolution lorsqu'il écrit : « avant 1914, la terre avait appartenu à tous les hommes. Chacun allait où il voulait et y demeurait aussi longtemps qu'il lui plaisait. Il n'y avait point de permissions, d'autorisations, et (...) avant 1914 je voyageais en Inde et en Amérique sans posséder de passeport, sans même en avoir jamais vu un. On montait dans le train, on en descendait sans rien demander, sans que l'on ne vous demandât rien, on n'avait pas à remplir une seule de ces mille formules et déclarations qui sont aujourd'hui exigées. Il n'y avait pas de permis, pas de visas, pas de mesures tracassières ; ces mêmes frontières qui, avec leurs douaniers, leur police, leurs postes de gendarmerie, sont transformées en un système d'obstacles, ne représentaient rien que des lignes symboliques qu'on traversait avec autant d'insouciance que le méridien de Greenwich »³. Si l'incidence des conflits armés sur les flux migratoires a été réelle, celle des crises économiques a été tout aussi importante. Qu'il s'agisse de la crise de 1929⁴ ou encore de la crise pétrolière des années 70⁵, les considérations économiques ont eu une influence importante sur les politiques migratoires des Etats. Ainsi, et au cours du XX^{ème} siècle, la souveraineté des Etats, notamment européens, s'est exprimée de manière plus forte sur les populations migrantes soit par la modification de leur statut, afin de rendre leur séjour plus fragile, soit par le renforcement des contrôles aux frontières qui sont progressivement devenues un obstacle à la circulation des personnes. Depuis, les politiques migratoires nationales présentent deux spécificités. Elles sont tout d'abord et principalement déterminées par les Etats dans le cadre délimité de leurs frontières. Une

1 HARRIS N. « Les mouvements de personnes, entre économie et politique » in PECOUD A et DE GUCHTENEIRE P. (Sous la direction de) « Migrations sans frontières. Essais sur la libre circulation des personnes », Editions de l'UNESCO, Paris, 2009, 383 p., pp. 55-78, sp. 56.

2 Pour un aperçu historique, voir notamment VALBOM I. « Frontières et libre circulation des personnes dans l'Union européenne », Thèse, Pau, 2007, 659 p., pp. 1-15.

3 ZWEIG S. « Le Monde d'hier. Souvenirs d'un Européen », BELFOND, Le Livre de Poche, 1993, 506 p., sp. 476-477.

4 En ce qui concerne la France par exemple, « la crise de 1929 va avoir des répercussions immédiates sur la situation des étrangers. Ainsi, la loi du 10 août 1932 contingente la main d'œuvre étrangère par profession, limite l'entrée des étrangers sur le territoire français et interdit la régularisation des « clandestins », JULIEN-LAFERRIERE F. « Droit des étrangers », P.U.F., Paris, 2000, 549 p., sp. 21.

5 « En 1974, presque tous les pays européens décident unilatéralement de fermer leurs frontières à la main d'œuvre salariée (...), WIHTOL DE WENDEN C. « Faut-il ouvrir les frontières ? », Presses de Science Po, Paris, 1999, 113 p., sp. 13.

des manifestations de ce cloisonnement se déduit notamment de l'article 13 paragraphe 2 de la déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée en 1948 qui dispose que « toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien (...) » mais qui n'est accompagné d'aucun texte équivalent reconnaissant un « droit d'entrée ». Ensuite, les politiques migratoires organisent les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire et définissent, en conséquence, le statut juridique de l'étranger en séjour régulier sur le territoire de l'Etat.

L'évolution des phénomènes migratoires et de leur gestion a par conséquent entraîné une transformation du rôle de l'Etat. Ce dernier a été conduit à instituer de véritables politiques publiques en matière d'immigration. Organisées autour des aspects économiques, démographiques, politiques et historiques de l'immigration¹, ces politiques publiques ont impliqué une restructuration et un développement important de l'action de la puissance publique dans le domaine des migrations. Plus précisément, les Etats ont été amenés à définir des programmes d'action spécifiques dont le suivi et la mise en œuvre ont été réalisés par les autorités publiques ou gouvernementales². Ainsi, la politique migratoire a dû dépasser l'approche focalisée sur le contrôle des frontières et la définition du statut des étrangers pour s'engager dans une action plus large prenant en compte les relations entre la migration et la gestion du marché du travail, l'intégration des populations étrangères dans la société d'accueil et les rapports avec les pays tiers, en particulier les pays en voie de développement. En réalité, les phénomènes migratoires génèrent un ensemble de problématiques, voire de contraintes, économiques et sociales qui imposent la définition d'une politique et sa mise en œuvre par les administrations nationales afin d'en réguler les effets.

Au fond, et aujourd'hui encore, la politique migratoire constitue un attribut essentiel de la souveraineté des Etats. De sorte que le partage de cette politique avec d'autres Etats semble difficilement concevable. A l'exception de situations particulières telles que l'Union nordique des passeports³ ou la zone de voyage commune entre la Grande-Bretagne et l'Irlande⁴ qui ont permis à plusieurs Etats d'aborder en commun certains aspects de la gestion des flux migratoires, la question de l'entrée et du séjour

1 Pour une illustration concernant la France, voir notamment WEIL P. « La France et ses étrangers. L'Aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours », Calmann-Lévy, Paris, 1991, 403 p., BERNARD P. « Immigration : le défi mondial », Gallimard, Paris 2002, 346 p., pp. 61-108. Voir également SLAMA S. « L'unité du droit des étrangers depuis la II^{ème} République ou l'éternel recommencement ? » in SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V. (Sous la direction de) « Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative », Dalloz, Paris, 2009, 157 p., pp. 7-24.

2 Pour une approche extensive des politiques publiques, voir notamment HASSENTEUFEL P. « Sociologie de l'action politique : l'action publique », Armand COLIN, Paris 2008, 294 p.

3 L'Union nordique des passeports a supprimé depuis 1958 les contrôles aux frontières communes du Danemark, de la Suède, de la Norvège, de la Finlande et de l'Islande. Voir sur ce point, VESTED-HANSEN J. « Abolition of Border Controls within the Nordic Region and Security of Residence in Denmark » in GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », Kluwer Law International, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, 2001, pp. 91-102, sp. 92-94.

4 Cette zone de voyage commune implique en principe une absence de contrôle aux frontières intérieures entre la Grande-Bretagne et l'Irlande. A ce sujet, voir NICOL QC A. « The Common Travel Area » in

des étrangers est demeurée une problématique exclusivement nationale. Toutefois, la construction communautaire initiée à partir du traité de Rome a partiellement remis en cause cette perception. En effet, la volonté d'établir une libre circulation des travailleurs ressortissants des Etats membres a conduit à l'adoption de règles communautaires ayant pour effet d'imposer aux Etats une adaptation des règles nationales relatives à cette nouvelle catégorie « d'étrangers »¹. Pour classique que constitue désormais l'étude de la libre circulation des personnes instituée par le traité de Rome², ce versant de l'action communautaire mérite néanmoins d'être mis en relief au regard de la souveraineté des Etats et de sa sauvegarde. Tout d'abord, les Etats membres ont accepté d'attribuer une compétence à la Communauté dans la mesure où elle concernait une catégorie spécifique et limitée de personnes, les travailleurs et les membres de leur famille. Ensuite, l'action des Etats membres dans le cadre de la Communauté européenne a uniquement consisté à délimiter un statut privilégié au travailleur exerçant son droit à la libre circulation dans un autre Etat membre que son Etat d'origine. En ce sens, les règles communautaires adoptées à partir de 1968 ont principalement porté sur l'acquisition de droits aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille sur le fondement du principe de l'égalité de traitement avec les nationaux dans une série de domaines³. Certes, les règles de franchissement des frontières ont été simplifiées pour les « travailleurs communautaires »⁴ et les membres de leur famille, y compris ressortissants de pays tiers⁵, qui ont bénéficié de dispositions favorables en matière de regroupement familial, mais le dispositif n'a pas eu pour objet de remettre en cause le droit des Etats membres de contrôler l'entrée sur leur territoire. Cet attachement des Etats membres à conserver la maîtrise de l'entrée sur leur territoire s'est d'ailleurs rapidement déclaré. Une directive adoptée dès 1964 avait en effet pour objet de définir les conditions dans lesquelles les Etats membres pouvaient refuser l'entrée et le séjour des ressortissants des Etats membres pour des raisons d'ordre public⁶. Au fond, le

GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, pp. 83-89

- 1 Il est d'ailleurs significatif de souligner la modification de l'approche des Etats membres vis-à-vis des travailleurs communautaires. Il est à ce titre remarquable de comparer l'intitulé de deux directives adoptées sur une base juridique identique et poursuivant le même objectif. Ainsi, la directive 64/221/CE concerne « la coordination des mesures spéciales aux étrangers » alors que le règlement (CEE) n° 1612/68 du 15 octobre 1968 porte sur « la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ».
- 2 Voir notamment, CARLIER J.-Y. « La condition des personnes dans l'Union européenne », Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, Bruxelles, 2007, 485 p.
- 3 Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257/2 du 19.10.1968.
- 4 Notamment par la levée de l'obligation de visa ou la simplification des preuves documentaires devant être fournies, voir les articles 2 et 3 de la directive 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO L 257/13 du 19.10.1968.
- 5 Voir les articles 3 et 4 de la directive 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO L 257/13 du 19.10.1968.
- 6 Directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, JO 56/850 du 04.04.1964.

régime juridique communautaire applicable aux travailleurs, et progressivement étendu aux « inactifs » et aux citoyens¹, n'a eu pour effet que de délimiter le statut juridique des personnes. L'équilibre entre l'attribution d'une compétence à la Communauté et la sauvegarde de la souveraineté des Etats s'est manifesté par le maintien au profit de ces derniers de leurs compétences en matière de contrôles frontaliers et d'ordre public. De sorte que, paradoxalement, le « travailleur communautaire », exerçant son droit à la libre circulation, demeurerait toujours soumis au contrôle à l'entrée sur le territoire d'un autre Etat membre en vue de l'exercice de son droit. Une logique similaire a été appliquée aux règles adoptées dans le cadre des accords d'association conclus par la Communauté avec des pays tiers. Ces accords ont principalement eu pour objet de déterminer un statut juridique des travailleurs ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre. Les contrôles à l'entrée sur le territoire étaient toujours applicables à ces personnes².

Si les règles relatives à la libre circulation des travailleurs et des citoyens européens ainsi que des membres de leur famille ont été interprétées de manière extensive par la Cour de justice³, l'emprise du droit communautaire sur la politique migratoire des Etats membres est demeurée circonscrite en droit comme dans les faits⁴. Cela étant, le développement de la construction communautaire et la transformation des phénomènes migratoires ont progressivement remis en question le maintien de la compétence exclusive des Etats membres dans le domaine de la politique migratoire. En effet, les révisions successives du traité de Rome, assignant de nouveaux objectifs et attribuant de nouvelles compétences à la Communauté et ensuite à l'Union européenne, et la difficulté croissante des Etats membres à réguler seuls les flux migratoires ont fait émerger de manière persistante la problématique d'une gestion commune de la politique migratoire, autrement dit, d'une politique migratoire de l'Union européenne. Malgré une résistance forte des Etats membres à accepter une dépossession de leurs prérogatives régaliennes⁵, l'émergence d'une politique migratoire de l'Union

1 Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 229/35 du 29.06.2004.

2 Sur ce point, voir notamment GAUTIER M. « Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit » in SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V. (Sous la direction de) « Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative », Dalloz, Paris, 2009, 157 p., pp. 39-51, sp. 46.

3 Voir notamment à ce sujet, CARLIER J.-Y. et GUILD E. (sous la direction de) « L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E. », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 328 p.

4 La Commission indique d'une part que seulement 8 millions de citoyens européens exercent leur droit à la libre circulation et, d'autre part, que la transposition de la directive 2004/38/CE laisse « plutôt à désirer », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM(2009) 313 final du 02.07.2009.

5 Sans entrer dans un débat approfondi sur le transfert de souveraineté à la Communauté, nous rappellerons simplement que la problématique de la souveraineté et de son transfert à la Communauté sont des questions qui demeurent nationales dans la mesure où elles sont réglées par les dispositifs constitutionnels

européenne est progressivement devenue inéluctable (Section 1). Ce basculement, ou cette « révolution »¹, réalisé par le traité d'Amsterdam signé en 1997 pose en réalité un ensemble de questions. En effet, si plusieurs éléments permettent d'identifier le contenu que peut recouvrir la politique migratoire de l'Union européenne, l'inconnu demeure au sujet de sa nature, de son impact et de son articulation avec les politiques nationales. Si bien qu'au moment d'aborder l'étude de cette politique, plusieurs hypothèses de travail peuvent être élaborées (Section 2). Afin de déterminer laquelle ou lesquelles de ces hypothèses vont trouver à se réaliser dans l'analyse de la mise en œuvre de la politique, des options méthodologiques doivent être arrêtées. Elles doivent ainsi permettre de circonscrire les enjeux de la politique migratoire de l'Union européenne et mettre en lumière leur traduction effective et concrète (Section 3).

SECTION 1. PROBLÉMATIQUE

La politique migratoire de l'Union européenne est le résultat de plusieurs facteurs qui ont obligé les Etats membres à franchir le pas d'une approche commune des questions migratoires. Si l'impuissance des Etats membres à réguler seuls les flux migratoires constitue un élément déterminant (I), la réalisation incomplète de la libre circulation des citoyens par la Communauté européenne explique également le mouvement vers une communautarisation de la politique (II). Face à ces impasses et à l'impératif d'efficacité pesant sur la construction européenne, une réponse a dû être organisée par le biais de l'Union européenne (III).

I. L'IMPUISSANCE DES ETATS À RÉGULER LES FLUX MIGRATOIRES

Suite au choc pétrolier des années 1973-1974, la majorité des Etats européens ont fermé leurs frontières à l'immigration et développé une doctrine fondée sur la maîtrise des flux migratoires. Cependant, la réalité a démontré que la maîtrise des flux a davantage relevé d'un mythe (A) et cela d'autant plus que cette politique n'était pas adaptée à la modification des phénomènes migratoires contemporains (B).

internes. Ainsi, et une fois la question du transfert de souveraineté réglée, les Etats membres peuvent attribuer une compétence à la Communauté et délimiter les conditions de sa mise en œuvre. Sur la question des rapports entre la souveraineté de l'Etat et la construction européenne, notamment du point de vue français, voir CHALTIEL F. « La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre », L.G.D.J. 2000, 606 p.

1 TANDONNET M. « Migrations. La nouvelle vague », L'Harmattan, Paris, 2003, 232 p., sp. 173.

A. Le mythe de la maîtrise des flux migratoires

Un auteur écrivait en 1999 « l'Europe demeure la seule grande région d'immigration (...) à faire de la fermeture des frontières sa doctrine migratoire »². Cette orientation politique s'est accompagnée, notamment en raison de considérations économiques mais également électoralistes, d'un discours prônant « l'immigration zéro ». Cette dernière correspond à l'idée d'une maîtrise des migrations par l'établissement de politiques restrictives qui concernent principalement les migrations de travail mais aussi la migration familiale ou encore la protection internationale et qui visent à lutter de manière efficace contre l'immigration irrégulière ou clandestine.

Cependant, « l'immigration zéro » ne correspond à aucune réalité et relève d'un mythe. Ainsi, par exemple, sur une période allant de 1985 à 1998 « neuf pays de l'Union européenne (...) ont accueilli 15 355 000 migrants soit 1 097 000 par an »³. Autrement dit, les Etats membres de l'Union européenne ne sont nullement demeurés fermés aux mouvements de personnes et ont continué à accueillir légalement sur leur territoire de nombreux ressortissants de pays tiers. Au fond, et derrière le discours de fermeture, la maîtrise des flux migratoires se décrète difficilement. En effet, prétendre maîtriser les flux migratoires implique de prendre en considération la globalité d'un phénomène d'une complexité rare. Si les facteurs économiques sont généralement présentés comme un élément déterminant des mouvements de personnes, ils ne peuvent seuls constituer la base d'une politique. La dimension juridique, les perspectives démographiques, les aspects sociologiques ou encore les considérations historiques constituent autant de domaines qui structurent les phénomènes migratoires. Or, les politiques de fermeture initiées par les Etats membres à partir des années 70 n'ont pas appréhendé le phénomène migratoire dans toute sa dimension. Fondées principalement sur des considérations économiques et mises en œuvre par l'intermédiaire de règles restrictives, ces politiques n'ont pas reconnu que le phénomène migratoire dispose d'une autonomie propre et répond d'une « logique largement indépendante de sa régulation institutionnelle »⁴. Ce faisant, l'immigration « zéro » n'a été qu'un leurre. Il l'a été d'autant plus que la prétendue maîtrise de l'immigration n'a pas été accompagnée d'une lutte efficace contre l'immigration irrégulière ou clandestine puisqu'en pratique, d'importantes et récurrentes campagnes de régularisation ont été organisées dans plusieurs Etats membres. La Commission européenne a notamment indiqué que « depuis les années soixante-dix, quelques 1,8 millions de personnes ont obtenu un titre de séjour en vertu de ces mesures »⁵.

2 WIHTOL DE WENDEN C. « Faut-il ouvrir les frontières ? », Presses de Science Po, Paris, 1999, 113 p., sp. 13.

3 MOULIER BOUTANG Y. « L'avenir des migrations vers l'Europe : changer de système migratoire et de paradigme » in BRIBOSIA E. et REA A. « Les nouvelles migrations européennes », Editions Complexe, Paris 2002, 285 p. pp. 75-91, sp. 78.

4 MOULIER BOUTANG Y. « L'avenir des migrations vers l'Europe : changer de système migratoire et de paradigme » in BRIBOSIA E. et REA A. « Les nouvelles migrations européennes », Editions Complexe, Paris 2002, 285 p. pp. 75-91, sp. 82.

5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000, sp. 14.

En fin de compte, les Etats membres ont été dans l'incapacité de mettre en œuvre le projet politique basé sur la maîtrise des flux migratoires et « l'immigration zéro ». Si cette difficulté est liée à une absence de réflexion d'ensemble, elle est également le fruit d'une modification sensible des phénomènes migratoires au cours des vingt dernières années.

B. La modification des phénomènes migratoires

Si la révolution industrielle du début du XIX^{ème} siècle a favorisé le déplacement des personnes, la globalisation, ou mondialisation, des échanges de la fin du XX^{ème} siècle a transfiguré le phénomène migratoire et la perception des espaces. Tout en favorisant les échanges commerciaux, la mondialisation « s'est accompagnée (...) d'une généralisation de la détention des passeports (...) [qui] a eu pour effet l'accélération de la mobilité et l'élargissement du nombre de pays et de catégories de personnes concernées par la migration »¹. Ce mouvement s'est en outre amplifié grâce aux développements technologiques dans tous les domaines de communication. Qu'il s'agisse des moyens de communication virtuels ou des moyens de transport, les espaces et les hommes se sont interconnectés de manière fulgurante facilitant les déplacements et leur perspective. Cette nouvelle donne dans le paysage des migrations a obligé les Etats à reconsidérer la perception nationale du phénomène pour l'envisager de manière globale afin d'y apporter des réponses nouvelles et adéquates. Dans un contexte de diversification des formes et moyens de migration et des régions d'origine², la gestion des flux ne pouvait continuer à s'appuyer sur les recettes passées et imposait une nouvelle approche, au besoin par la mutualisation des informations et des moyens.

En Europe, cette transformation s'est accompagnée de plusieurs bouleversements. Tout d'abord, la chute du mur de Berlin en 1989 a modifié le paysage politique du continent en même temps qu'elle a fait craindre un mouvement massif de personnes provenant des pays de l'ex-URSS devenus indépendants. En conséquence, le contrôle des frontières orientales de la Communauté – puis de l'Union – européenne a constitué une préoccupation partagée par l'ensemble des Etats membres. Ensuite, les conflits qui ont marqué le sous-continent européen ont généré des déplacements massifs de personnes cherchant une protection à l'Ouest de l'Europe. Les systèmes de protection des pays européens ont été largement sollicités, créant une véritable « crise » du système d'asile des pays européens. Ainsi, qu'il s'agisse de la capacité des Etats membres d'adopter une politique en commun relative aux migrations économiques venues d'Europe de l'Est ou de la capacité des systèmes nationaux d'offrir une protection effective aux personnes victimes des conflits éclatant aux portes de l'Europe, les Etats

1 WIHTOL DE WENDEN C. « Faut-il ouvrir les frontières ? », Presses de Science Po, Paris, 1999, 113 p., sp. 14.

2 Voir notamment PENNINX R., SPENCER D. and VAN HEAR N. « Migration and Integration in Europe : the State of Research », Centre on Migration, Policy and Society, Report, University of Oxford, 2008, 18 p., sp. 4.

membres ne pouvaient ignorer le caractère transnational des phénomènes et de leurs répercussions¹. Enfin, la transformation des flux migratoires a profondément modifié le statut des Etats membres. Aux côtés des Etats membres ayant une longue tradition d'accueil des migrants, plusieurs Etats membres sont devenus des pays d'immigration. Ainsi, l'Espagne, l'Italie ou encore la Grèce ont connu un renversement des logiques de gestion des migrations en étant obligées de percevoir le phénomène dans sa dimension immigration plutôt que de l'aborder sous son seul aspect émigration. Cette nouvelle situation a entraîné une refonte des politiques nationales qui, pour certaines, n'y étaient pas entièrement préparées. Cette question a d'ailleurs soulevé beaucoup d'inquiétudes relatives à la capacité de ces Etats membres à contrôler les flux d'immigration provenant des pays tiers situés au Sud de l'Europe, comme les opérations de régularisation le démontraient.

Les Etats membres ont donc été confrontés à une modification profonde du phénomène migratoire et n'ont pas été en mesure d'adapter leurs politiques en conséquence. Les vagues récurrentes de régularisation et la crise du système d'asile ont constitué deux exemples de leur impuissance à réguler les flux migratoires. Les mêmes difficultés frappant la majorité des Etats membres de la Communauté, de nouvelles solutions devaient être recherchées en dehors du cadre strictement national. Si la voie commune s'est dessinée comme une évidence, notamment au moment où la Communauté envisageait d'établir un espace de libre circulation, les Etats membres y ont opposé une longue résistance.

II. LA RÉALISATION INCOMPLÈTE DE LA LIBRE CIRCULATION DES CITOYENS

La première révision du traité de Rome en 1986 a marqué une étape importante pour la construction communautaire en général et la libre circulation des personnes en particulier. En ayant pour objectif de réaliser un marché intérieur, l'Acte unique européen a en réalité durablement posé le débat d'une approche commune des questions d'immigration. Cependant, la réticence des Etats membres à accepter une « communautarisation » des politiques migratoires a conduit le projet d'espace de libre circulation dans l'impasse (A). Toutefois, le poids du fonctionnalisme inhérent au processus d'intégration communautaire a imposé de dépasser les blocages (B).

A. L'impasse de l'espace de libre circulation

A partir de 1968, les Etats membres ont adopté des règles communes afin de mettre en œuvre la libre circulation des travailleurs. L'objectif du traité de Rome en matière

1 A ce sujet voir notamment, BERGER N. « La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, 269 p., pp. 11-13.

de libre circulation des personnes a ainsi été atteint grâce à l'harmonisation des règles nationales portant sur le statut de personnes limitativement désignées. En fait, le traité de Rome n'avait pas pour ambition d'établir une liberté de circulation au sens plein du terme, c'est-à-dire une liberté de circuler accordée à l'ensemble des personnes, y compris ressortissants de pays tiers, séjournant légalement sur le territoire des Etats membres. Un tel objectif aurait eu pour conséquence de transférer à la Communauté des compétences pour adopter des règles relatives aux ressortissants de pays tiers. Or, la sauvegarde de la souveraineté nationale en matière d'immigration empêchait toute perspective en ce sens.

L'Acte unique européen a modifié cette lecture en profondeur. En prévoyant l'établissement d'un marché intérieur caractérisé par un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes est assurée¹, l'Acte unique a imposé de dépasser le stade de la libre circulation des travailleurs pour se situer sur un terrain plus large. Ainsi, et même si la réalisation de la liberté de circulation dans un espace sans frontières intérieures devait initialement concerner les bénéficiaires « classiques » de la libre circulation, c'est-à-dire les ressortissants des Etats membres, sa mise en œuvre opérationnelle était confrontée à un obstacle dirimant, celui de l'impossibilité d'opérer une distinction « physique » entre le citoyen européen et le ressortissant de pays tiers. En pratique, il apparaissait impossible de prétendre lever les contrôles aux frontières intérieures pour les ressortissants des Etats membres et de les conserver pour les ressortissants de pays tiers. Comment dans un tel système identifier le ressortissant d'un Etat membre du ressortissant de pays tiers ? Plus concrètement, comment réaliser une distinction entre un Français originaire des départements ou territoires d'outre mer d'un ressortissant de pays tiers sans opérer un contrôle ? Par conséquent, la réalisation de la libre circulation des personnes ne pouvait être mise en œuvre sans aborder la question de la circulation des ressortissants de pays tiers dans le marché intérieur et plus précisément celle de l'établissement de règles communes portant sur le franchissement des frontières extérieures de l'espace par les ressortissants de pays tiers. En définitive, cet objectif imposait d'aborder les questions d'immigration dans le cadre communautaire et d'adopter les règles correspondantes. Seulement, et pour assurer la sauvegarde de leur souveraineté en matière migratoire, les Etats membres n'ont pas conféré à la Communauté les compétences nécessaires à la pleine mise en œuvre de la libre circulation des personnes. En effet, l'attribution d'une compétence à la Communauté crée un partage de « souveraineté normative » entre la Communauté et les Etats membres qui a pour effet de retirer aux Etats membres le « monopole de dire le droit »². Ceci explique en partie que la mise en œuvre de la libre circulation des personnes n'ait pu s'inscrire dans le cadre communautaire.

1 Article 14, paragraphe 2, du traité CE (ex-article 7 A, paragraphe 2 du traité CEE) « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ».

2 A ce sujet voir, GAUTIER M. « L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 705 p., sp. 39.

A défaut d'emprunter la voie communautaire, c'est-à-dire de confier aux institutions communautaires le pouvoir d'adopter des règles juridiquement contraignantes, la réalisation de la libre circulation des personnes a été partiellement accomplie dans le cadre de la coopération intergouvernementale. La coopération de Schengen a offert une première alternative. Au plan décisionnel, cette coopération était organisée de telle sorte qu'elle avait pour effet de préserver la souveraineté des Etats. En effet, qu'il s'agisse des modalités de prise de décision, par les Etats membres à l'unanimité, de l'absence de contrôle juridictionnel ou politique « supranational », de la Cour de justice ou du Parlement européen, et de l'application de règles acceptées en commun, les Etats membres demeuraient au cœur du dispositif et en maîtrisaient la mise en œuvre. Au plan matériel, la coopération de Schengen avait pour objectif de réaliser la libre circulation des personnes entre les Etats signataires¹. Cela étant, le dispositif de Schengen n'avait pas pour objet de limiter la souveraineté des Etats membres. Ainsi, l'article 2, paragraphe 2, de la Convention d'application de l'Accord de Schengen préservait la compétence souveraine des Etats parties pour effectuer dans certaines circonstances des contrôles aux frontières intérieures². La seconde voie a été ouverte lors de la signature du traité de Maastricht en 1992. Les Etats membres ont à cette occasion accepté de considérer les questions relevant des politiques migratoires, et partant le franchissement des frontières, comme des « questions d'intérêt commun ». Seulement, le traitement de ces questions a relevé du « troisième pilier » de l'Union européenne, c'est-à-dire de la coopération intergouvernementale. En effet, le « troisième pilier » de l'Union européenne relatif à la « justice et aux affaires intérieures » ne fonctionnait pas selon la méthode communautaire classique. Le Conseil y figurait comme l'unique centre de décision et les autres institutions communautaires y étaient, au mieux tolérées, au pire exclues de toute intervention comme cela était le cas du Parlement européen ou de la Cour de justice. Autrement dit, les Etats membres ont refusé de voir leur pouvoir souverain dilué dans le moule communautaire, quitte à ce que ce choix continue de constituer un obstacle à la liberté de circulation telle qu'envisagée par le traité.

Quelle que soit l'option choisie, la réponse intergouvernementale à l'établissement de la libre circulation des personnes s'est révélée inadaptée. Si la coopération de Schengen a constitué un « dispositif intergouvernemental d'application d'un objectif communautaire »³, son fonctionnement en dehors du cadre juridique du traité était marqué par un déficit démocratique difficile à admettre dans un domaine touchant aux droits et libertés des individus. La coopération de Maastricht a été caractérisée par le refus des Etats membres de pleinement s'engager de sorte qu'elle n'a nullement

1 L'article 2, paragraphe 1^{er} de la convention d'application de l'Accord de Schengen indique « Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué ».

2 « Toutefois, lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent, une partie contractante peut, après consultation des autres parties contractantes, décider que, durant une période limitée, des contrôles frontaliers nationaux adaptés à la situation seront effectués aux frontières intérieures. Si l'ordre public ou la sécurité nationale exigent une action immédiate, la partie contractante concernée prend les mesures nécessaires et en informe le plus rapidement possible les autres parties contractantes ».

3 LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 813-881, sp. 833.

atteint les résultats escomptés. En réalité, la libre circulation des personnes se trouvait dans une impasse.

B. Le poids du fonctionnalisme

La construction communautaire a programmé, à deux reprises, des avancées importantes sur le terrain de la liberté de circulation qui n'ont pas été suivies d'effets. Tout d'abord, l'Acte unique européen avait prévu la réalisation d'une liberté de circulation des personnes dans le cadre du marché intérieur. Or, cet objectif a réellement été mis en œuvre dans le cadre de la coopération de Schengen, autrement dit dans un cadre concurrent de celui qui devait normalement en assurer la réalisation. Ensuite, le traité de Maastricht a reconnu le statut de citoyen européen dont l'un des attributs repose sur le droit « de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres »¹. Seulement, les Etats membres ont refusé d'accorder à la Communauté les moyens de réaliser pleinement la libre circulation. Les mêmes causes entraînant les mêmes effets, les Etats membres ne sont pas parvenus à offrir aux citoyens européens une réelle liberté de circulation puisque les contrôles aux frontières intérieures des Etats membres n'ont pas été levés par le droit communautaire. Au fond, le constat était relativement simple à dresser. Le traité a défini un objectif sans doter la Communauté des pouvoirs nécessaires à sa mise en œuvre. En conséquence, la liberté de circulation était confrontée à la souveraineté des Etats membres en matière migratoire.

Pendant combien de temps encore, la compétence exclusive des Etats membres dans le domaine de la politique migratoire allait-elle constituer un obstacle à l'intégration communautaire ? L'ouverture d'une conférence intergouvernementale en 1996, en vue de réviser le traité de Maastricht, a offert l'occasion d'aborder la question de front. Si les travaux préparatoires à la conférence ont souligné de manière récurrente les dysfonctionnements du troisième pilier de Maastricht et recommandé sa refonte, si ce n'est sa disparition, l'objectif de la conférence visant à rapprocher l'Union européenne des citoyens a constitué un élément déterminant de la révision du traité. Ainsi, après avoir reconnu le statut, une étape devait être franchie en direction de la reconnaissance au bénéfice des citoyens européens d'une réelle liberté de circulation. Si juridiquement aucune obligation n'imposait aux Etats de remettre en cause les options passées, l'enjeu politique était majeur. Le maintien du *statu quo* risquait de fragiliser la réalisation du projet communautaire de libre circulation et de mettre en cause la crédibilité de l'Union européenne dans son ensemble. Aussi, la force d'attraction de la libre circulation des personnes et ses répercussions politiques vis-à-vis des citoyens ont contraint les Etats membres à s'engager dans une voie nouvelle. Autrement dit, la libre circulation des personnes à l'intérieur du territoire commun a imposé d'envisager la levée des contrôles aux frontières intérieures et, par conséquent, de les répercuter sur les

1 Article 18 du traité CE.

frontières extérieures de l'espace commun¹. Il s'est agi alors pour les Etats membres de dépasser le cadre de la coopération intergouvernementale pour accepter de développer cette action dans le cadre communautaire et d'admettre, par conséquent, de partager leur souveraineté.

Après plus de dix années de résistance, les Etats membres ont dû se rendre à l'évidence. La libre circulation des citoyens, et par conséquent des personnes, ne pouvait émerger sans approche commune de la politique migratoire. Si rétrospectivement Adrian FORTESCUE a pu souligner avec un certain étonnement que le projet de libre circulation des personnes développé par le traité de Rome n'avait pas abordé le concept d'approche commune en matière d'immigration et de franchissement des frontières², le développement progressif de l'intégration communautaire, également appelé la méthode fonctionnelle, a comblé cette lacune. En réalité, la pleine réalisation de la libre circulation des personnes a imposé que les questions de franchissement des frontières, d'immigration et d'asile soient abordées en commun et dans un cadre juridique adéquat. C'est précisément sur ce dernier point que la réponse de l'Union européenne dans son ensemble est devenue nécessaire.

III. L'ORGANISATION D'UNE RÉPONSE AU NIVEAU DE L'UNION EUROPÉENNE

Si la réalisation de la libre circulation des personnes a constitué un puissant facteur en direction d'une approche commune des questions migratoires, il n'a pas été le seul. L'élargissement de l'Union européenne et le débat récurrent sur le déficit sécuritaire de l'espace de libre circulation présentaient des défis nouveaux que les Etats membres devaient relever collectivement (A). Compte tenu de l'extrême sensibilité de ces questions et du refus des Etats membres d'être totalement dépossédés de leur souveraineté, la réponse a été organisée dans le cadre de l'Union européenne afin de garantir la diversité des moyens d'action (B).

A. L'impératif de relever les défis à venir

Le poids du fonctionnalisme, c'est-à-dire de la réalisation de la libre circulation des citoyens, n'a pas été le seul facteur pris en compte au moment de la négociation du nouveau traité. Un autre dossier sensible était à l'ordre du jour de la conférence

1 Ou comme le souligne un auteur, la politique migratoire de l'Union européenne est à la fois « conséquence et condition de la libre circulation interne », CARLIER J.-Y. « La condition des personnes dans l'Union européenne », Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, Bruxelles, 2007, 485 p., sp. 138.

2 Voir à ce sujet la préface rédigée par Adrian FORTESCUE in DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2002, 248 p., sp. 8.

intergouvernementale, celui l'élargissement de l'Union européenne aux pays de l'Europe centrale et orientale. Si la révision des traités avait classiquement pour objet de régler les questions institutionnelles d'un processus d'adhésion sans précédent, les préoccupations dépassaient cet aspect purement technique. En effet, le dossier de l'élargissement à l'Est de l'Europe ne pouvait être détaché de la question de la sécurité intérieure. Confrontée à la thématique récurrente du « déficit sécuritaire », qu'il s'agisse des mouvements de personnes depuis la chute du mur de Berlin et du conflit yougoslave ou encore des inquiétudes liées à la criminalité organisée, l'Union européenne devait en réalité relever le défi de sa crédibilité.

L'élargissement ne devait pas aboutir à un abaissement du niveau de sécurité jusqu'alors garanti sur le territoire commun. Or, la réalisation d'un espace de libre circulation dans l'Union européenne impliquait que les contrôles aux frontières extérieures soient à terme principalement assurés par les nouveaux Etats membres¹. En conséquence, les règles de franchissement et de contrôle des frontières devaient être communes et identiques en tous points de la frontière extérieure de l'Union européenne. Au-delà de la question du franchissement des frontières extérieures, c'est l'ensemble de la thématique de la sécurité intérieure qui réclamait une approche commune. En définitive, les défis à relever étaient nombreux, sensibles et soumis à une obligation d'efficacité si ce n'est de résultat. Au fond, derrière la question de l'harmonisation des politiques et des règles émergeait une autre priorité, celle de la capacité de l'Union européenne de mobiliser l'ensemble de ses moyens d'action pour assurer la liberté de circulation dans des conditions de sécurité suffisantes à la fois pour les citoyens et les personnes résidant sur le territoire commun.

B. La nécessité de garantir la diversité des moyens

Si l'approche communautaire s'est rapidement imposée pour assurer l'intégration de la libre circulation, certains aspects de la politique migratoire étaient encore trop liés à la souveraineté des Etats membres pour pouvoir être « communautarisés ».

Le traité d'Amsterdam réalise un équilibre entre ces deux impératifs. Il transfère dans le pilier communautaire des compétences en vue de réaliser la libre circulation des personnes. Ainsi, les domaines relevant du franchissement des frontières, de l'immigration et de l'asile relèvent du titre IV du traité CE. En revanche, les Etats

1 « With the opening of internal borders, more and more countries were relieved from control tasks on the land borders and the remaining ones bore an increasingly unequal share. In the early Schengen days of 1995, the heavy weights France and Germany still managed about 98 %. By 2003, their share had shrunk to 42 % and with the gradual accession of Eastern neighbours, it was further reduced to 20 % (and with the likely accession of Switzerland this will decrease to 0 % !). Together with Norway, Finland and Greece, the main burden is shifting to the shoulders of the newcomers such as the Baltic countries, Poland, Slovakia, Hungary and Slovenia, and the later also to Bulgaria and Hungary », HOBGING P. « Integrated Borders Management at EU Level » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 155-181, sp. 162.

membres n'ont pas poussé le processus de communautarisation jusqu'à attribuer une compétence à la Communauté pour adopter des règles dans le domaine pénal. Le prolongement répressif de la politique migratoire, couvrant le régime des sanctions applicables aux personnes contrevenant aux règles d'entrée et de séjour ou participant à l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier voire à la traite des êtres humains, a continué à relever de la coopération intergouvernementale organisée par le troisième pilier de l'Union européenne. Si cette solution peut paraître étonnante, dans la mesure où l'effectivité des politiques ne peut être assurée que si un régime de sanctions appropriées les accompagne¹, elle correspond à la volonté des Etats membres qui considèrent que le « droit de punir » constitue toujours un attribut essentiel de la souveraineté. Ce dédoublement fonctionnel est malgré tout révélateur de la volonté des Etats membres de maintenir l'approche intergouvernementale et, partant, de conserver leurs compétences dans certains domaines.

Impuissance des Etats membres à réguler les flux migratoires, réalisation inachevée de la libre circulation, nécessité d'une réponse de l'Union européenne pour maintenir un équilibre entre les compétences communautaires et les compétences nationales ont constitué autant de paramètres qui ont progressivement mené à l'existence d'une politique migratoire de l'Union européenne consacrée par le traité d'Amsterdam. Au fond, cette politique et ses enjeux ne peuvent être pleinement saisis sans avoir recours à une approche historique. Cette dernière met en lumière les résistances qui se sont exprimées tout au long de la construction communautaire, permet de saisir les difficultés surmontées et éclaire sur les options choisies, notamment au moment de la « révolution » d'Amsterdam. Cela étant, si cette approche démontre que le fonctionnalisme n'a pas laissé d'autres solutions qu'une approche commune de la politique migratoire, elle ne permet pas de déterminer la manière dont cette politique va être mise en œuvre. Autrement dit, si le contenu de la politique est identifié, la question qui se pose est principalement celle de son devenir. Ici, plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

SECTION 2. LES HYPOTHÈSES DE TRAVAIL

La définition des hypothèses de travail correspond à l'établissement d'un cadre d'analyse qui doit permettre de délimiter et d'identifier l'ensemble des mouvements qui peuvent structurer ou contrarier l'émergence de la politique migratoire de l'Union européenne. En premier lieu, le cadre d'analyse doit exposer les différentes voies que la politique migratoire de l'Union européenne est susceptible d'emprunter. Cela revient à

1 A ce sujet, voir en particulier POELEMANS M. « La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne », BRUYLANT-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2004, 754 p.

déterminer la nature de la politique migratoire de l'Union européenne et ses effets sur les politiques nationales. Ainsi, et en fonction des options en présence, l'intensité de la politique de l'Union européenne peut varier sensiblement et agir de manière plus ou moins forte sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (I). Cette analyse juridique doit, en second lieu, être accompagnée d'une analyse factuelle et politique. En effet, la politique migratoire de l'Union européenne ne peut être appréhendée sans la replacer dans son environnement matériel et institutionnel. En réalité, plusieurs facteurs doivent être pris en considération afin de mettre en relief les difficultés de l'analyse de l'établissement et de la mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union européenne (II).

I. LES OPTIONS EN PRÉSENCE

L'attribution de compétences à la Communauté et à l'Union européenne pour agir dans le champ de la politique migratoire ne suffit pas à déterminer l'intensité de l'action engagée et ses effets sur les politiques nationales. Aussi, l'action de l'Union européenne est susceptible de prendre plusieurs formes et de produire des effets différents. Ainsi, et en fonction de la volonté politique des Etats membres de s'engager, ou pas, la politique migratoire de l'Union européenne peut aboutir à une coordination (A), une harmonisation (B) ou une intégration des politiques nationales (C).

A. La coordination des politiques nationales

Il s'agit ici de l'hypothèse basse, celle qui correspond au plus faible degré d'intervention de l'Union européenne. Cette hypothèse recouvre trois situations distinctes. La première correspond à la conservation par les Etats membres de leurs compétences. Ainsi, le traité peut explicitement prévoir le maintien de la compétence exclusive nationale dans certains domaines. Tel est le cas classiquement de la clause d'ordre public qui, bien que s'exerçant dans le domaine d'application du droit communautaire, relève de la compétence des Etats membres sous le contrôle du juge communautaire. Ce dernier exerce au travers de son contrôle une régulation, une coordination, des modalités de mise en œuvre de la clause d'ordre public. Le traité d'Amsterdam ne fait pas échec à cette règle dans le domaine de la politique migratoire¹.

La seconde situation est plus délicate à distinguer. Elle concerne les domaines de la politique migratoire qui demeurent implicitement de la compétence nationale. Ainsi par exemple, le traité d'Amsterdam a laissé ouverte la question de la compétence de la

1 Article 64, paragraphe 1^{er}, du traité CE « le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

Communauté pour intervenir dans le domaine de la régularisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière. Une problématique identique a concerné la question de la compétence communautaire afin d'adopter des règles dans le domaine de l'intégration des ressortissants de pays tiers. A ces deux questions longtemps demeurées en suspend, des réponses ont été apportées respectivement par le Pacte européen sur l'immigration et l'asile et le traité de Lisbonne. Le Pacte européen indique sobrement que les Etats membres doivent « se limiter à des régularisations au cas par cas et non générales, dans le cadre des législations nationales, pour des motifs humanitaires ou économiques »¹. Autrement dit, la compétence demeure nationale et est encadrée par une déclaration politique. Le traité de Lisbonne est en revanche plus clair en ce qui concerne l'intégration des ressortissants de pays tiers. Il indique que l'Union européenne peut appuyer l'action des Etats membres « à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres »². Dans les deux cas de figure, l'action de l'Union européenne poursuit simplement la coordination, c'est-à-dire une approche commune sans contrainte juridique.

La troisième situation est différente. Elle correspond à des domaines de compétence identifiés par le traité mais qui ne sont pas corroborés par une action normative de l'Union européenne ou qui font l'objet d'un encadrement normatif minimal. Dans le premier cas de figure, et aussi longtemps que la Communauté ou l'Union ne sont pas intervenues dans un domaine, la compétence demeure nationale. Dans le second cas de figure, l'action normative est déclenchée mais son intensité est tellement réduite que l'impact sur les politiques nationales relève essentiellement de la coordination. Autrement dit, la Communauté ou l'Union européenne interviennent par l'adoption de règles faiblement contraignantes qui laissent d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres dans leur mise en œuvre. Ici, la compétence pour régir le domaine demeure nationale. Cette situation est celle qui doit principalement retenir l'attention. En effet, elle détermine la volonté ou la réticence des Etats membres à mettre en œuvre la politique migratoire de l'Union européenne.

Or, le cadre institutionnel et la procédure décisionnelle définis par le traité d'Amsterdam témoignent déjà d'une certaine réticence des Etats membres à être totalement dépossédés de la maîtrise du domaine. Ainsi, de l'initiative qu'ils partagent avec la Commission, à la prise de décision articulée quasi exclusivement sur la procédure de vote à l'unanimité jusqu'à la limitation de la compétence préjudicielle de la Cour de justice, le traité d'Amsterdam permet aux Etats membres de conserver la maîtrise du processus de prise de décision et de ne pas être contraints par le cadre communautaire et la jurisprudence de la Cour de justice. Rapporté au concept « d'échelle de communautarisation » développé par le Professeur BLUMANN, le traité d'Amsterdam marque en fin de compte un faible degré de communautarisation des politiques migratoires³. Dans ce contexte, l'hypothèse d'une intervention minimale

1 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, Doc.13440/08 du 24 septembre 2008, sp. 7.

2 Article 79, paragraphe 4 du T.F.U.E.

3 Selon le Professeur BLUMANN « L'échelle de communautarisation » se déduit d'éléments institutionnels tels que la compétence obligatoire de la Cour de justice, le caractère obligatoire des actes de droit dérivé,

et, partant, d'une coordination des politiques migratoires nationales semble être privilégiée. Si l'hypothèse de la coordination doit se confirmer en pratique, comme cela a été suggéré à deux reprises dans le domaine de l'immigration et de l'asile¹, elle consacrerait alors le maintien des compétences nationales et démontrerait par conséquent que la politique migratoire a été instituée par défaut, c'est-à-dire que l'approche commune aura pour principal objet de procéder à l'addition des règles et politiques nationales dans des instruments communs. Au bout du compte, le résultat de l'action parviendra au mieux à une amélioration *a minima* de l'espace de libre circulation. Cela étant, cette option ne doit pas être la seule envisageable.

B. L'harmonisation des politiques nationales

L'harmonisation des politiques nationales constitue une seconde hypothèse. Il s'agit ici d'aborder la question sous l'angle de l'intervention normative de la Communauté ou de l'Union européenne et du partage de compétence qu'elle réalise entre l'Union européenne et les Etats membres dans un même domaine d'action. Ici, l'action de l'Union européenne a pour objet d'harmoniser les règles et politiques nationales au moyen de politiques et instruments communs. Cette action réduit corrélativement les compétences des Etats membres dans le domaine concerné. Toutefois, ce partage de compétences peut être plus ou moins favorable à l'Union européenne en fonction du projet politique poursuivi. En effet, les incidences ne sont pas identiques si l'Union poursuit la mise en œuvre d'une politique communautaire ou d'une politique commune. Si la première procède à un partage de compétence variable entre la Communauté – ou l'Union européenne – et les Etats membres, la seconde implique un processus d'intégration plus marqué qui rejaillit sur le partage des compétences.

Le traité d'Amsterdam donne peu d'informations au sujet de la politique à mettre en œuvre dans la mesure où il se limite à la définition de titres de compétence. La localisation de la compétence communautaire dans la troisième partie du traité CE relatif aux « politiques de la Communauté » laisse toutefois penser que la politique est « communautaire ». Deux éléments viennent remettre en cause cette première

l'adoption des actes selon une procédure non entièrement maîtrisée par les Etats membres laissant notamment le monopole de l'initiative à la Commission et, enfin, l'applicabilité directe des actes aux particuliers. BLUMANN C. « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne » in Mélanges Philippe ARDANT « Droit et politique à la croisée des cultures », L.G.D.J., Paris, 1999, 507 p., pp. 61-76, sp. 72-74.

1 La Commission européenne a publié rapidement après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam deux communications proposant d'établir dans le domaine de l'asile et de l'immigration légale une méthode ouverte de coordination. L'intitulé de ces deux textes suffit à indiquer que l'objectif de ces politiques repose sur la coordination des politiques nationales. Voir, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM(2001) 387 final du 11.07.2001 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination – Premier Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la Communication COM(2000)755 final du 22 novembre 2000, COM(2001) 710 final du 28.11.2001.

hypothèse. Tout d'abord, la mise en œuvre de la politique migratoire sollicite l'appui des deuxième et troisième piliers de l'Union européenne, ce qui éloigne la perspective d'une politique purement communautaire. Ensuite, et surtout, le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999 a indiqué que « l'Union se doit d'élaborer des politiques communes dans les domaines de l'asile et de l'immigration ». Evoqué pour la première fois à Tampere, l'objectif d'établir des ou une « politique commune » a été ensuite repris de manière régulière par les Etats membres et la Commission.

L'emploi du terme de « politique commune » n'est pas neutre et entraîne d'importantes conséquences. En effet, et malgré l'absence de définition clairement établie¹ ou élaborée par la jurisprudence², la doctrine indique qu'une politique commune « réalise un processus de répartition des compétences grâce à l'intervention des Etats membres et de la Communauté avec comme but ultime un transfert de l'exercice de la compétence dont, ni l'étendue, ni la date ne peuvent être fixées à l'avance »³. Selon cette définition, la politique commune poursuit un processus d'intégration approfondi des politiques et organise une répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union européenne dans un sens toujours plus favorable à cette dernière pouvant aller jusqu'à l'épuisement de la compétence nationale⁴.

Rapporté au domaine de la politique migratoire, l'établissement d'une politique commune implique que l'exercice progressif de la compétence communautaire procède à une limitation, voire une disparition, corrélative de la compétence des Etats membres, autrement dit de leur souveraineté. Seulement, le dispositif institutionnel élaboré à Amsterdam faisant des Etats membres les acteurs principaux de la mise en œuvre de la politique, notamment par le biais de la procédure de vote à l'unanimité, ne semble pas permettre *a priori* l'établissement de véritables politiques communes⁵. Cela dit, le cadre institutionnel ne saurait servir d'unique point d'évaluation, d'autant qu'il a fait l'objet de modifications importantes après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. En effet, c'est aussi au regard des impératifs de mise en œuvre

1 Le Professeur GAUTRON indique que « la notion de politique commune conserve donc une part d'indéfinissable et laisse la voie ouverte à l'utilisation de critères multiples et contingents », GAUTRON J.-C. « Conclusions générales » in MONJAL P.-Y. et NEFRAMI E. (Sous la direction de) « Le commun dans l'Union européenne », BRUYLANT, 2009, 236 p., pp. 233-236, sp. 235.

2 A ce sujet, voir notamment LABAYLE H. « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H et EDSTRÖM Ö. (Sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 12-43.

3 CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes », L.G.D.J., Paris, 1974, 492 p., sp. 287.

4 Ou comme le note le Professeur MANIN « l'on peut néanmoins considérer qu'une politique commune donne à la Communauté vocation à intervenir d'une façon globale pouvant aboutir si nécessaire, à l'abandon par les Etats membres de l'essentiel des compétences qu'ils exercent en la matière », MANIN P. « Les Communautés européennes. L'Union européenne », n° 6, PEDONE, Paris, 1999, 471 p., sp. 117.

5 Voir notamment LABAYLE H. « L'Union européenne et l'immigration. Une véritable politique commune ? » in « Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits », Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Dalloz, Paris, 2004, 1264 p., pp. 1217-1233, sp. 1226.

des actions que la nature de la politique doit également être appréciée. De ce point de vue, le traité d'Amsterdam démontre que ces impératifs ne sont pas forcément identiques selon les matières. Ainsi, la période de transition de cinq ans instituée par le traité impose aux institutions une obligation d'action dans le domaine de l'immigration irrégulière alors que l'immigration légale ne fait pas l'objet d'une telle obligation. Cet exemple démontre que le développement de la politique migratoire et son intensité peuvent être différents en fonction des matières abordées et des priorités définies. Aussi, un domaine de la politique migratoire pourra être fortement développé et correspondre à l'établissement d'une « politique commune » alors qu'un autre relèvera davantage d'une « politique communautaire », c'est-à-dire que le partage des compétences qui en découlera n'affectera pas la compétence nationale de manière importante.

Au fond, l'hypothèse de l'harmonisation des politiques nationales par le droit communautaire est complexe et pose aussi la question de la nature de la politique, communautaire ou commune. Selon que l'on se situe dans l'une ou l'autre catégorie, les effets sur l'harmonisation et les politiques nationales seront différents.

Aux deux premières hypothèses s'ajoute une troisième relative à l'intégration des politiques nationales.

C. L'intégration des politiques nationales

L'hypothèse de l'intégration des politiques nationales revient à envisager un transfert massif, voire total, des compétences nationales vers l'Union européenne. Autrement dit, il s'agit de poser l'hypothèse de l'établissement d'une politique migratoire dont les orientations, les règles et la mise en œuvre seraient effectuées par l'Union européenne. Cette hypothèse semble *a priori* relever d'un exercice de politique fiction compte tenu de la place des Etats membres dans le dispositif institutionnel et de la crainte qu'ils manifestent d'être dépossédés de leurs prérogatives souveraines dans un domaine sensible entre tous. Pour autant, une telle hypothèse ne doit pas être écartée, dans la mesure où plusieurs éléments la soutiennent.

Tout d'abord, le développement de la politique migratoire de l'Union européenne ne doit pas s'effectuer *ab initio*. D'une part, le domaine est déjà largement encadré par des textes internationaux auxquels les Etats membres sont parties. Cela est tout d'abord le cas dans le domaine de la politique d'asile. Ici, les mesures et normes minimales qui doivent être adoptées par la Communauté doivent être « conformes »¹ à la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Ensuite, la Cour européenne des droits de l'homme a développé sur la base des articles 3, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme une jurisprudence abondante assurant la protection

1 Article 63, paragraphe 1^{er}, du traité CE.

des droits fondamentaux des étrangers¹. Dans les deux cas de figure, l'adoption des règles communes et leur mise en œuvre doivent respecter ces dispositions. D'autre part, l'approche commune des questions migratoires n'est pas étrangère à la majorité des Etats membres. Si la coopération de Schengen a permis l'adoption d'un nombre important de règles dans les domaines de la gestion des frontières, de la politique des visas ou encore de la lutte contre l'immigration irrégulière, le traité de Maastricht a également initié la communautarisation d'une partie de la politique des visas. En réalité, et à bien y regarder, la politique migratoire ne constitue pas une terre vierge de toute intervention. Si bien que la politique migratoire de l'Union européenne doit s'exercer dans un cadre défini, portant principalement sur la protection des personnes, et reposer sur des règles existantes puisque le traité d'Amsterdam a notamment procédé à l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne. Ces différents éléments démontrent que loin de constituer une nouveauté, la politique migratoire de l'Union européenne doit procéder à la rationalisation et à l'approfondissement de démarches déjà engagées. De ce point de vue, la voie de l'intégration ne doit donc pas être négligée.

Ensuite, la politique migratoire s'inscrit dans une logique de progressivité, tant en termes institutionnel que matériel, qui doit en assurer le développement. Au plan institutionnel, tout d'abord, le traité d'Amsterdam prévoit qu'à l'issue d'une période de transition de cinq ans, le Conseil adopte une décision rendant la procédure de codécision applicable à tous les domaines relevant du titre IV du traité CE. Cette modification de la procédure décisionnelle est intervenue en décembre 2004². A l'exception des règles relatives à l'immigration légale, tous les domaines de la politique migratoire relèvent désormais de la procédure de codécision. L'alignement de l'immigration légale sur cette procédure de codécision est intervenu avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Au fond, et exception faite des dispositions relatives à l'action pénale, la règle de l'unanimité qui a constitué une condition de la communautarisation ne doit plus jouer comme un facteur bloquant du développement de la politique. Au plan matériel, ensuite, deux facteurs doivent concourir à l'approfondissement de la politique. Le premier ressort de l'obligation d'action dans le délai de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam dans la majorité des matières relevant du titre IV du traité CE. Le second relève d'une spécificité inhérente à la construction communautaire caractérisée par un « effet d'engrenage » qui impose une « progression constante »³ de l'action communautaire dans les domaines de compétences communautarisées. Autrement dit, dès lors qu'une matière est saisie par la Communauté, elle subit un phénomène d'intégration progressive qui implique une délimitation toujours plus

1 Voir notamment, COUSSIRAT-COUSTIERE V. « Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne et la convention européenne des droits de l'homme » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI, BRUYLANT*, Bruxelles, 1998, 791 p., pp. 207-230.

2 Décision 2004/927/CE du Conseil du 22 décembre 2004 visant à rendre la procédure définie à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne applicable à certains domaines couverts par la troisième partie, titre IV, dudit traité, JO L 386/45 du 31.12.2004

3 Pour une définition de « l'effet de *spill over* ou effet d'engrenage », voir SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 1997, 2^{ème} mise à jour, 578 p., sp. 31.

forte de son domaine par le droit communautaire et réduit d'autant les marges de manœuvre des États membres dans le domaine considéré. Aucun élément ne permet de soutenir que la politique migratoire puisse échapper à ce phénomène. Cela valide ainsi l'idée qu'à terme, le développement de la politique migratoire procède à une intégration des politiques nationales.

Enfin, la problématique de la politique migratoire de l'Union européenne ne peut être abordée sans prendre en considération ses prolongements administratifs et opérationnels. Qu'il s'agisse des contrôles aux frontières, des conditions de délivrance des visas, des conditions d'examen des demandes d'asile ou encore des conditions de mise en œuvre des mesures d'éloignement, la communautarisation des politiques migratoires oblige à s'interroger sur la mise en œuvre opérationnelle des règles. Ainsi, l'approche commune doit poser à court ou à moyen terme la question de la pérennité du principe d'administration indirecte du droit communautaire qui fait des États membres et des autorités nationales le relais de la mise en œuvre du droit communautaire. Ici, le développement de la politique impose une réflexion d'ensemble et laisse ouverte l'hypothèse de l'adoption de règles communes visant à encadrer la mise en œuvre administrative ou opérationnelle des politiques. Dans ce cas, l'intégration des politiques nationales s'entend de manière verticale et inédite, c'est-à-dire que la politique migratoire de l'Union européenne peut avoir vocation à harmoniser voire uniformiser les conditions de mise en œuvre opérationnelles des mesures communes.

En résumé, la politique migratoire de l'Union européenne est susceptible de recouvrir plusieurs formes. Si « l'échelle de communautarisation » laisse *a priori* entrevoir un impact limité de la politique de l'Union sur les politiques nationales, prenant la forme d'une simple coordination, de nombreux éléments permettent de soutenir des hypothèses différentes qui plaident pour l'harmonisation voire même l'intégration des politiques nationales. Dans cette dernière hypothèse, l'Union européenne développerait une politique véritablement intégrée qui serait tout à fait inédite tant dans sa conception, puisqu'elle serait à l'initiative d'une politique publique d'un nouveau genre, que dans ses effets, dans la mesure où elle aurait des effets déterminants sur les personnes et les autorités nationales chargées de sa mise en œuvre.

Cela étant, ces hypothèses ne peuvent s'appuyer sur des considérations strictement juridiques. D'autres facteurs doivent être pris en considération aux fins de l'analyse.

II. LES DIFFICULTÉS D'ANALYSE

Analyser la politique migratoire de l'Union européenne impose de prendre en considération plusieurs éléments qui ne relèvent pas strictement de l'analyse juridique. Si le facteur temps est une donnée déterminante de l'analyse (A), cette dernière ne peut faire l'économie d'une prise en considération des mutations qui interviennent dans le domaine (B) et de la stratégie des différents acteurs (C).

A. Une politique récente

L'analyse, ou la critique, de la politique en construction ne peut s'exercer sans garder à l'esprit son caractère novateur. D'une part, il n'aura fallu que dix années, à compter de l'Acte unique européen, pour assister au basculement de matières souveraines dans le cadre de l'Union européenne. La force d'attraction du principe de libre circulation et la nécessité de répondre aux défis de l'élargissement et de la sécurité intérieure vis-à-vis des citoyens européens ont largement contribué à ce mouvement. D'autre part, l'analyse de la mise en œuvre de la politique ne permet pas de disposer d'un recul suffisant. En effet, seules dix années séparent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam de l'évaluation que le présent travail entend réaliser.

Ainsi, la politique migratoire de l'Union européenne doit être analysée au regard de cette donnée, en réalité fondamentale. D'une part, parce que les premières années de mise en œuvre de la politique ont forcément été marquées par la réticence ou la frilosité des Etats membres à s'engager dans une réelle démarche commune. La correspondance entre les réalisations juridiques et les orientations politiques posées par les programmes de Tampere et de La Haye doit permettre de mesurer les domaines dans lesquels les résistances ont été les plus fortes. D'autre part, l'évaluation portant sur dix années d'exercice ne permet pas de préjuger des évolutions futures. Si certaines priorités d'action ont clairement émergé au cours de cette période, d'autres peuvent ou doivent voir le jour dans les années à venir ne serait-ce que par « l'effet d'engrenage » propre à la construction européenne ou en raison d'orientations politiques nouvelles.

Si le « bilan » de dix années d'activité de l'Union européenne dans le domaine de la politique migratoire permet de disposer d'une lecture de la mise en œuvre d'une nouvelle politique publique européenne, cette dernière n'en est qu'à ses balbutiements et doit faire l'objet d'approfondissements futurs comme le Pacte européen sur l'immigration et l'asile et le futur programme de Stockholm l'indiquent.

B. Un environnement en mutation

Le second aspect à prendre en considération concerne l'extrême instabilité du domaine. En effet, qu'il s'agisse du cadre d'action ou des données factuelles, la politique migratoire de l'Union européenne évolue dans un environnement en constante mutation.

Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, trois textes ont contribué à modifier l'environnement juridique de la politique migratoire. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constitue le premier¹. Adoptée lors du Conseil européen de Nice en décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux contient plusieurs dispositions ayant une incidence directe ou indirecte sur la politique migratoire. Cela est notamment le cas des articles 18 et 19 de la Charte qui portent

1 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 364/1 du 18.12.2000.

respectivement sur le droit d'asile et la protection en cas d'éloignement. Dépourvue de force juridique contraignante jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Charte a néanmoins reçu force interprétative. En effet, la Cour de justice a reconnu que la Charte des droits fondamentaux constitue un élément d'interprétation du droit communautaire¹. En conséquence, le droit communautaire de l'immigration et de l'asile doit être interprété à la lumière de ce texte qui assure la protection des ressortissants de pays tiers dans de nombreux domaines. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux a acquis force juridique contraignante. Cela implique que le législateur doit respecter les dispositions de la Charte dans son action et que le juge peut exercer son contrôle sur le fondement de la Charte. Par ailleurs, la reconnaissance de la valeur juridique de la Charte est susceptible d'entraîner de profondes conséquences sur la mise en œuvre de la politique migratoire. Cela est notamment le cas dans le domaine de la politique d'asile. En indiquant que « le droit d'asile est garanti dans le respect de la convention de Genève (...) », la Charte ouvre la question de la reconnaissance d'un droit d'asile dans les Etats membres de l'Union européenne. Nul doute que cette formulation aura à terme des répercussions sur la mise en œuvre de la politique d'asile et qu'elle engagera les Etats membres dans un processus d'intégration approfondi en matière de protection internationale.

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe constitue le second texte qui a contribué à modifier la perception de la politique migratoire. Ce traité a consacré des avancées importantes en rétablissant le processus décisionnel et le contrôle juridictionnel de droit commun dans le domaine de la politique migratoire². Si ce texte n'est jamais entré en vigueur, en raison des référendums négatifs français et néerlandais, il a toutefois démontré qu'après les résistances formulées à Amsterdam, les Etats membres étaient prêts à accepter une action plus forte de l'Union européenne. En conséquence, les accords obtenus lors de la négociation du traité établissant une Constitution pour l'Europe ont été repris dans le traité de Lisbonne. Ce dernier constitue le troisième texte qui façonne de manière importante la politique migratoire. Entré en vigueur en décembre 2009, le traité de Lisbonne offre un nouveau cadre d'action et modifie considérablement les conditions de mise en œuvre de la politique. Il doit en particulier permettre à la politique migratoire de l'Union européenne d'évoluer dans un cadre procédural et institutionnel « classique »³. Cela signifie, d'une part, l'extension de la procédure de codécision à l'ensemble de la politique et, d'autre part, l'intensification du rôle du Parlement européen et de la Cour de justice. Sans qu'il soit possible d'évaluer les effets de la mise en œuvre du traité de Lisbonne en raison de son entrée en vigueur au mois de décembre 2009, il est néanmoins possible de souligner

1 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-540/03, Rec. I-5769.

2 Sur ce point, voir notamment, PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « La Constitution européenne. Textes et commentaires », La Documentation Française, Paris, 2005, 510 p., sp. 289-299.

3 Concernant le traité de Lisbonne, voir notamment PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE) », La Documentation française, Paris, 2008, 523 p. ; SAURON J.-L. « Comprendre le Traité de Lisbonne », Gualino Editeur, Paris 2008, 351 p.

qu'il ouvre une « nouvelle ère » qui aura à coup sûr un impact décisif sur la mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union européenne.

Au-delà des aspects juridiques, la politique migratoire doit également être resituée dans son contexte factuel. De ce point de vue, plusieurs événements survenus à partir des années 2000 ont empêché une approche sereine des questions migratoires. Ainsi, les attentats terroristes de New-York en 2001, de Madrid en 2004 et de Londres en 2005 ont eu des répercussions sur la politique migratoire de l'Union européenne. En effet, suite à ces actions l'Union européenne a déployé d'importants moyens pour développer des systèmes informatisés de reconnaissance des personnes entrant sur le territoire des Etats membres. Dans un autre registre, les émeutes de Ceuta et Melilla de l'automne 2005, ayant entraîné la mort de plusieurs migrants tentant de franchir la frontière entre le Maroc et l'Espagne ont mis en relief certaines limites de la politique européenne et imposé une redéfinition de sa politique extérieure. Ces deux exemples, loin d'être exhaustifs, démontrent que la politique migratoire de l'Union européenne ne peut être détachée d'un environnement factuel qui peut à tout moment modifier la perception de la politique et sa mise en œuvre.

C. La stratégie des acteurs

Un dernier facteur, et non des moindres, doit être mis en perspective au moment d'aborder la politique migratoire de l'Union européenne, celui du comportement, ou de la stratégie, des acteurs de la politique. Deux approches peuvent être soulignées.

Celles des Etats membres tout d'abord. L'acceptation de l'approche commune par les Etats membres n'a pas signifié que les Etats membres ont accepté d'abdiquer leur souveraineté et souhaité jouer la même partition. Bien au contraire, certains Etats membres ont souvent adopté une ligne d'action consistant à préserver coûte que coûte les intérêts nationaux au détriment de l'intérêt commun. Dans cet exercice, l'Allemagne et l'Autriche se sont particulièrement illustrées. A chaque fois que l'occasion s'est présentée, ces deux Etats membres ont cherché à minimiser, voire annihiler, l'impact du droit communautaire sur les politiques nationales. Cet acharnement a d'ailleurs été payé de retour dans la mesure où plusieurs textes contiennent des dispositions « taillées sur mesure »¹ pour ces Etats membres, quand ils ne sont pas simplement parvenus à écarter de la législation communautaire des dispositions jugées trop contraignantes. Dans une logique différente, mais tout aussi contestable, la Grande-Bretagne a inauguré une approche singulière consistant à refuser de participer à la politique, grâce à son statut dérogatoire, tout en contribuant à l'animer. En pratique, cela a permis à cet Etat membre d'inscrire dans le débat européen des problématiques et politiques qu'il souhaitait mettre en œuvre au plan national, en particulier au sujet

1 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 54.

de la question sensible de l'externalisation de la procédure d'asile. La Grande-Bretagne s'est également distinguée en réclamant par la voie contentieuse des participations à la politique qu'elle avait rejetée au moment de la négociation des textes¹. Enfin, l'analyse du comportement des Etats membres dans l'élaboration ou la mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union européenne ne peut être appréhendée sans prendre en considération les changements de majorité gouvernementale. L'exemple de la France est ici significatif. Plusieurs textes ont été négociés et adoptés par une majorité gouvernementale favorable à la reconnaissance de droits aux ressortissants de pays tiers mais transposés par une majorité moins libérale, cherchant d'ailleurs dans les dispositifs communautaires les justifications à l'abaissement des standards nationaux de protection. Le comportement des Etats membres, pris individuellement ou en groupe, ne peut être ignoré au moment d'analyser la politique.

La stratégie des institutions constitue la seconde composante de l'analyse. Ici, il s'agit de prendre en considération l'attitude des différentes institutions vis-à-vis de la mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union européenne. Il serait en effet trompeur, ou naïf, de considérer que les institutions exercent leurs fonctions dans le seul but de réaliser la politique commune. Plusieurs stratégies peuvent être envisagées, sans pour autant que cette approche soit exhaustive. La première relève de la stratégie de conservation. Ainsi, les Etats membres, au travers du Conseil, ont revendiqué leur pouvoir d'exécution dans deux domaines essentiels de la politique afin d'en conserver et d'en maîtriser la mise en œuvre². La deuxième stratégie a consisté à utiliser les potentialités du traité pour conquérir de nouveaux pouvoirs. Il est revenu au Parlement européen d'agir en ce sens. Parent pauvre du traité d'Amsterdam, car cantonné dans un simple rôle de consultation, le Parlement européen a saisi l'occasion de la mise en œuvre de la politique pour contester devant la Cour de justice la légalité de certains textes. Dans ce cas, l'Assemblée parlementaire a pu faire valoir son statut de protecteur des droits fondamentaux³ ou faire respecter les dispositions du traité lui reconnaissant des prérogatives nouvelles⁴. Enfin, la dernière stratégie relève de l'orientation de la politique. La Cour de justice s'est imposée dans cet exercice. A plusieurs reprises, elle s'est prononcée sur la législation communautaire afin d'en éclaircir le contenu et d'encadrer les conditions de mise en œuvre⁵. En fin de compte, les deux institutions

1 Voir notamment, CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-77/05, Rec. I-11459.

2 Règlement (CE) n° 789/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil les pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, JO L 116/2 du 26.04.2001 ; Règlement (CE) n° 790/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil les pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières, JO L 116/5 du 26.04.2001.

3 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-540/03, Rec. I-5769.

4 CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-133/06, Rec. I-3189.

5 Voir en particulier, CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769 (affaire relative au recours en annulation introduit par le Parlement européen contre la directive 2004/86/CE relative au droit au regroupement familial) ; CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, non publié (Recours en interprétation préjudicielle relatif à la directive 2004/83/CE concernant les normes minimales relatives aux conditions

qui ont le plus pâti des dispositions du traité d'Amsterdam, le Parlement et la Cour, ont recouvré au travers de la mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union européenne les moyens d'asseoir leurs pouvoirs.

En résumé, les hypothèses de travail révèlent que les options en présence sont variées. Elles démontrent en outre que l'impact de la politique européenne sur les politiques nationales dépend de nombreux facteurs qui sont parfois étrangers à la politique elle-même. Les hypothèses posées, la méthode d'analyse doit permettre de déterminer quels enjeux de la politique migratoire de l'Union européenne vont prendre leur signification.

SECTION 3. MÉTHODE D'ANALYSE

Déterminer les enjeux de la politique migratoire de l'Union européenne impose de définir une méthode d'analyse qui permette de prendre en considération les mouvements qui affectent la politique et les réalisations qui en découlent. Ainsi, la méthode de travail doit s'appuyer sur deux aspects distincts et complémentaires. Elle doit tout d'abord situer la politique dans son contexte évolutif afin de livrer une vision globale du processus en cours de réalisation (I). La méthode doit ensuite être complétée par une analyse des textes adoptés dans le cadre de la politique migratoire de l'Union européenne (II).

I. L'ANALYSE DU PROCESSUS

Deux approches peuvent être envisagées. La première s'appuie sur une lecture « statique » des éléments à disposition au moment de la signature du traité d'Amsterdam (A). Cependant, cette approche n'est pas suffisante et doit être corroborée d'une approche dynamique, prenant en considération les changements et évolutions de la politique migratoire de l'Union européenne (B).

A. Une approche statique insuffisante

La signature du traité d'Amsterdam constitue un point de repère fondamental. Il constitue tout d'abord un repère temporel, dans la mesure où il marque la

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).

transformation d'un processus qui a pendant longtemps évolué en dehors du cadre communautaire. Aussi, l'étude de la période précédant l'adoption du traité d'Amsterdam doit permettre de mettre en relief les raisons pour lesquelles les Etats membres ont rejeté l'approche communautaire et les raisons qui ont milité à terme pour la communautarisation. Cette approche doit permettre d'approfondir et d'explicitier les tensions entre la souveraineté des Etats membres et l'élaboration d'une politique migratoire de l'Union européenne.

Le traité d'Amsterdam constitue ensuite un repère matériel. L'étude des dispositions du titre IV du traité CE établissant la compétence communautaire offre une lecture essentielle du champ d'intervention de la Communauté dans le domaine de la politique migratoire. Elle permet de démontrer que malgré les résistances nationales, l'attribution d'une compétence à la Communauté est importante et l'autorise potentiellement à intervenir dans de nombreux domaines, auparavant exclusivement réservés aux Etats membres.

Cela étant, l'intervention de la Communauté n'est possible que dans les conditions et le cadre définis par le traité. C'est le troisième repère d'Amsterdam qui détermine ou redessine le rôle de différentes institutions dans la mise en œuvre de la politique. L'approche institutionnelle est décisive. En effet, et au-delà du découpage matériel des compétences, c'est essentiellement sur les procédures de décision et de contrôle que la communautarisation s'est jouée. En réalité, l'aménagement institutionnel et procédural réalisé à Amsterdam fait émerger les lignes de fractures du processus de communautarisation qui se sont principalement organisées autour de la préservation de la souveraineté des Etats membres.

B. Une analyse dynamique nécessaire

Malgré tout, l'approche statique, c'est-à-dire focalisée sur les dispositions du traité d'Amsterdam, ne peut se suffire à elle-même. Un premier élément plaide en ce sens, la période de transition de cinq ans ouverte après l'entrée en vigueur du traité. Cette période commande d'étendre le champ de la recherche. Tout d'abord, pour évaluer les résultats de l'obligation d'action qu'elle impose dans certains domaines de la politique migratoire. Ensuite, pour prendre en compte la manière dont les modifications institutionnelles que le traité prévoit à l'issue de cette période de transition ont été mises en œuvre et d'en évaluer les incidences. Le second élément repose sur la définition ultérieure des objectifs de la politique. En effet, c'est par la « voix » du Conseil européen que les orientations de la politique migratoire ont été définies. Ces orientations ont été inscrites dans des programmes d'action couvrant chacun une période de cinq ans. Le premier programme d'action a été défini à Tampere en octobre 1999 et le second adopté en novembre 2004 sous l'appellation de « Programme de La Haye ». Ici, la recherche doit permettre d'évaluer les écarts qui existent, ou non, entre les discours politiques et les réalisations juridiques. En fin de compte, l'étude de la politique migratoire de l'Union européenne ne peut se réaliser en prenant le traité

d'Amsterdam comme unique point de repère. Ce dernier est déterminant mais doit être envisagé dans un contexte mouvant, dans la mesure où dix ans après son entrée en vigueur, le contexte politique, institutionnel et juridique a considérablement évolué et est en perpétuel mouvement.

Cette approche méthodologique, basée sur le cadre d'action, doit alors être corroborée par une approche fondée sur les réalisations mises en œuvre dans le cadre de la politique migratoire de l'Union européenne.

II. L'ANALYSE DES TEXTES

L'analyse des textes constitue la seconde option méthodologique. En effet, l'analyse concrète et exhaustive des mesures adoptées doit permettre de révéler la nature de la politique et de mettre en relief les blocages politiques qui ont marqué sa mise en œuvre (A). Cette approche doit également permettre de s'interroger et de démontrer dans quelle mesure le droit constitue véritablement un instrument de la politique (B).

A. Le choix d'une approche concrète et exhaustive

Opter pour une approche évolutive couvrant dix années de mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union européenne revient à prendre en considération un nombre impressionnant de textes publiés dans le domaine. Ce sont au total des centaines de documents, comprenant des milliers de pages, et composés de dispositions des traités, de protocoles, de déclarations, d'initiatives, de propositions, de règlements, de directives, de décisions, de recommandations, de décisions-cadres, de conclusions des Conseils européens, de conclusions des Conseils Justice et affaires intérieures ou d'autres formations spécifiques du Conseil de l'Union européenne, de plans d'action, de communications, de livres verts, de livres blancs, de conclusions d'avocats généraux et d'arrêts de la Cour de justice qui fondent et expliquent la politique migratoire de l'Union européenne.

C'est justement dans et au travers de ce « maquis » de textes, aussi divers que nombreux, que toute la politique migratoire de l'Union européenne se révèle. Ainsi, c'est matière par matière et texte par texte que la recherche tend à mettre à jour la nature de la politique. Cette analyse livre une lecture précise de l'élaboration de la politique migratoire, de son contenu véritable et des enjeux qu'elle recouvre. Elle permet d'éclairer les objectifs de la politique, de percer à jour le jeu des acteurs, de souligner les obstacles et d'exposer les incohérences et déséquilibres de la politique migratoire de l'Union européenne. Au fond, la production normative de l'Union européenne constitue un reflet fidèle, et parfois cruel, de l'étendue de la politique européenne et de son impact sur les politiques nationales. Dans ce contexte, l'analyse concrète et exhaustive du droit de l'immigration et de l'asile de l'Union européenne porte sur la

« plus-value », l'apport du droit en termes d'harmonisation des dispositifs juridiques nationaux. En effet, l'impact du droit de l'Union européenne sur la souveraineté des Etats membres se mesure à l'aune de son caractère contraignant et de son aptitude à harmoniser les législations et pratiques nationales.

B. Le droit comme instrument de la politique

La règle de droit est généralement considérée comme l'aboutissement d'un projet politique. Ainsi, les dispositions de l'acte juridique adopté sont le reflet d'un processus de négociation impliquant plusieurs parties, soit à l'intérieur d'un Etat, soit dans le cadre international. Le droit de l'Union européenne n'échappe pas à cette logique. Les règles adoptées par les institutions sanctionnent un consensus obtenu entre les institutions impliquées. Dans ce contexte, la règle de droit doit être considérée comme un instrument de mise en œuvre d'une politique négociée et acceptée par la majorité ou l'unanimité des acteurs.

Cela étant, le droit peut également être perçu comme un moyen de la politique. Ici, ce n'est pas la fonction classique de la règle qui est en jeu mais son rôle, ou plus précisément son instrumentalisation au service d'une politique. Cette caractéristique peut revêtir deux aspects que l'on retrouve dans la construction communautaire. D'un côté, l'adoption de l'acte juridique sert à neutraliser l'action. Par exemple, les dispositions des traités ou les orientations politiques de haut niveau peuvent formuler une obligation d'action sans pour autant définir précisément l'objectif, le contenu et l'étendue de la règle. Dans ce cas de figure, les acteurs peuvent opter pour une stratégie *a minima* consistant à remplir leur obligation d'action en adoptant une règle vague et peu contraignante. En conséquence, une règle commune existe mais son impact sur les politiques nationales est limité, voire nul. L'action juridique est formalisée et aucune obligation n'impose d'y revenir, de sorte que l'action est neutralisée et permet aux Etats membres de développer sans contrainte leur propre politique. D'un autre côté, et à l'inverse, l'adoption de l'acte juridique sert à intensifier l'action. Par exemple, un domaine d'action de l'Union européenne est considéré comme prioritaire et impose l'adoption de règles précises afin que l'ensemble des acteurs l'appliquent de manière identique. Deux possibilités sont ouvertes. La règle commune peut encadrer les aspects généraux, législatifs, du domaine et laisser aux Etats membres le pouvoir d'adopter des règles de mise en œuvre. Ou bien, la règle commune peut avoir pour objectif d'encadrer également la mise en œuvre opérationnelle de la politique. Dans le second cas de figure, l'action de l'Union européenne est beaucoup plus forte et la discrétion des Etats membres considérablement réduite. Mais dans cette situation, l'encadrement de l'action opérationnelle n'est possible que si des règles communes portant sur les aspects généraux, législatifs, du domaine ont été préalablement adoptées. L'action législative peut donc être déclenchée dans le but de régler les aspects opérationnels. Cette hypothèse démontre que l'adoption de règles communes peut aussi servir un autre objectif, celui du contrôle et de la maîtrise de la mise en œuvre opérationnelle de la

politique. A une échelle différente, le droit constitue donc bien l'instrument d'une politique précisément orientée.

L'analyse des différents textes adoptés dans le cadre de la politique migratoire de l'Union européenne doit également permettre d'identifier dans quelle mesure le droit a été utilisé comme un instrument de la politique migratoire de l'Union européenne.

Le cadre d'analyse posé et la méthodologie délimitée, c'est-à-dire l'analyse des réalisations juridiques de la Communauté et de l'Union européenne en matière de politique migratoire, doivent en réalité permettre de répondre à une question essentielle, celle de l'existence d'une politique migratoire de l'Union européenne. En effet, une chose est de proclamer son existence dans les dispositions des traités d'Amsterdam¹ et de Lisbonne² ou dans les discours politiques, qui évoquent la mise en œuvre de « politiques communes », une autre est de valider son développement effectif. A s'en tenir à la définition de Gérard CORNU selon laquelle une politique s'entend comme une « ligne d'action, de direction imprimée à une action par le choix des objectifs et des moyens de celle-ci »³, l'observateur pourrait en conclure hâtivement qu'une telle politique existe. En effet, la volonté d'établir une ou des « politiques communes » sur la base des compétences, procédures et instruments des traités correspond à cette logique. Or, la réalité est beaucoup plus complexe dans la mesure où les orientations politiques ne sont pas toujours soutenues par des réalisations juridiques correspondantes, voire ne sont soutenues par aucune réalisation juridique concrète. Ainsi, seule l'analyse « positiviste » permet de déterminer dans quelle mesure la politique migratoire de l'Union européenne a effectivement trouvé les moyens de sa réalisation et de mettre en relief les enjeux en présence.

La détermination de l'existence d'une politique migratoire de l'Union européenne ne peut toutefois se comprendre sans prendre en considération le contexte politique dans lequel les Etats membres ont accepté de négocier et de signer le traité d'Amsterdam. A dire vrai, ils ne formulaient aucune volonté véritable de communautariser la politique migratoire et, pour utiliser une image, ils ont accepté Amsterdam avec « l'épée dans les reins ». Plus précisément, la seule politique qu'ils aient véritablement souhaité mettre en

1 Le titre IV du traité CE lie les visas, l'asile et l'immigration aux « autres politiques liées à la libre circulation des personnes »

2 L'article 67, paragraphe 2, du T.F.U.E indique que l'Union « (...) assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre Etats membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers.

3 CORNU G. « Vocabulaire juridique », P.U.F., Paris, 2000, 925 p., sp. 647.

œuvre était celle d'un renforcement de la politique de gestion des frontières extérieures entamée dans le cadre de la coopération de Schengen. En effet, la réalisation d'un véritable espace de libre circulation pour les citoyens s'est accompagnée de l'ouverture de cet espace à dix nouveaux Etats membres qui auraient à terme la responsabilité d'assurer la majorité des contrôles à l'entrée dans l'Union européenne. Dans un climat politique marqué par la théorie du « déficit sécuritaire » de l'Union européenne, la préoccupation des Etats membres s'est cristallisée sur la frontière extérieure et son contrôle uniforme. Cependant, la logique de la libre de circulation des personnes imposait d'aborder d'autres domaines relevant de la politique migratoire, tels que l'immigration et l'asile. Or, les Etats membres étaient moins favorables à partager leur souveraineté dans ces domaines. Au contraire, ils souhaitaient conserver la maîtrise de ces politiques et limiter, voire éliminer, toute préemption communautaire sur les politiques nationales.

Dix ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le « bilan » de l'action juridique constitue le reflet de cette logique politique. Si l'on peut concevoir de manière générale qu'il existe une politique migratoire de l'Union européenne en raison de l'attribution de compétences et de l'adoption d'instruments juridiques, la seule politique migratoire que l'Union européenne soit parvenue à instituer pour l'heure se résume à la politique de gestion des frontières extérieures. Ce domaine fait l'objet d'un encadrement juridique sans précédent ayant pour effet dans certaines matières d'épuiser la compétence des Etats membres. Ici, la production normative révèle un puissant phénomène d'intégration des politiques nationales. A l'inverse, les actes adoptés dans les domaines de l'immigration et de l'asile démontrent une absence chronique de volonté politique. Le droit qui en découle est peu contraignant, souvent mal rédigé en raison de compromis difficilement négociés, et laisse aux Etats membres d'importantes marges de manœuvre pour le développement des politiques nationales. Si l'harmonisation des politiques nationales est parfois atteinte, la logique de coordination l'emporte dans de nombreux domaines.

En définitive, l'étude du droit, de son domaine et des modalités de sa mise en œuvre constitue un révélateur décisif de la politique migratoire de l'Union européenne. Elle démontre une réalité peu connue, celle de l'instrumentalisation du droit par les Etats membres afin de conserver la maîtrise du domaine. Cette instrumentalisation a tout d'abord concerné les cadres de travail. Ainsi, de la délimitation des compétences à leur mise en œuvre, la politique migratoire de l'Union européenne a fait l'objet d'une structuration complexe dans le but de sauvegarder les intérêts nationaux (Partie 1). Au plan matériel, ensuite, l'instrumentalisation s'est traduite par une action juridique prépondérante dans les domaines qui intéressaient prioritairement les Etats membres, à savoir la gestion des frontières extérieures tant dans sa dimension normative qu'opérationnelle. Les autres domaines de la politique migratoire n'ont en revanche pas bénéficié d'un traitement similaire. La volonté de conserver la maîtrise normative et opérationnelle des domaines explique cette situation. En conséquence, la politique migratoire de l'Union européenne est marquée par des déséquilibres importants volontairement orchestrés par les Etats membres (Partie 2).

**PARTIE 1. LA STRUCTURATION COMPLEXE
DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE
DE L'UNION EUROPÉENNE**

TITRE 1. UNE DÉLIMITATION IMPARFAITE DES COMPÉTENCES

Chapitre 1. Le choix de la communautarisation des compétences nationales

Chapitre 2. La distribution confuse des compétences
entre l'Union et les Etats membres

TITRE 2. UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

Chapitre 1. Les conditions d'exercice de la compétence communautaire

Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel de la compétence communautaire

**PARTIE 2. LES DÉSÉQUILIBRES VOLONTAIRES
DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE
DE L'UNION EUROPÉENNE**

TITRE 1. LES DISPARITÉS DE L'HARMONISATION LÉGISLATIVE

Chapitre 1. L'harmonisation insuffisante de la politique d'immigration

Chapitre 2. L'harmonisation inachevée de la politique d'asile

TITRE 2. LES PRIORITÉS DE L'APPROCHE OPÉRATIONNELLE

Chapitre 1. La coordination de l'exécution administrative

Chapitre 2. L'encadrement de l'exécution opérationnelle



PARTIE 1

LA STRUCTURATION COMPLEXE DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

La politique migratoire constitue une prérogative régaliennne par excellence. Aussi, toute tentative d'aborder en commun les questions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers sur le territoire national est directement confrontée à la souveraineté des Etats. Cette dernière a constitué un obstacle récurrent au développement serein de la construction européenne en matière de libre circulation des personnes. En dépit de l'adoption de dispositifs législatifs communautaires visant à accorder des droits aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille, qu'il s'agisse des ressortissants des Etats membres ou des ressortissants de pays tiers liés par un accord avec la Communauté, le refus de reconnaître une compétence à la Communauté en matière migratoire s'est imposé comme un principe¹. Les enjeux liés à l'approfondissement de la construction communautaire, que les modifications successives du traité de Rome ont consacré, ont mis en lumière une tension croissante entre la souveraineté des Etats et le développement de politiques communes relatives à la circulation des personnes. Concrètement, la perspective d'établir à partir de l'Acte unique européen un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes est assurée a imposé de s'interroger sur l'élaboration de règles communes relatives aux conditions d'entrée sur l'espace commun². Si les Etats membres ont conservé leur position de principe en refusant d'attribuer une compétence à la Communauté dans ce domaine, l'observation a révélé que ce refus n'a pas résidé dans l'approche commune des politiques

1 Sur toutes ces questions, voir notamment PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., pp. 3-8.

2 Voir DOLLAT P. « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 560 p., sp. 161.

migratoires mais dans l'élaboration de cette dernière dans le cadre communautaire et au travers des institutions et instruments communautaires. Cela explique que pendant plus de dix années l'approche commune s'est réalisée dans le cadre de la coopération intergouvernementale, autrement dit dans un cadre préservant la souveraineté nationale. En effet, attribuer une compétence d'action à la Communauté est considéré, à tort ou à raison, comme constitutive d'une perte de souveraineté.

Si la conférence intergouvernementale de 1996 a permis de poser ouvertement la problématique de la communautarisation des politiques migratoires que le traité d'Amsterdam consacre finalement, ce changement de cadre d'action n'a été possible qu'à la condition de préserver autant que possible la souveraineté des Etats membres dans ce domaine sensible. En réalité, la volonté de conserver la maîtrise du domaine explique la structuration de la politique migratoire de l'Union européenne. Elle permet de mettre en relief la définition d'un cadre d'action inapproprié soumis à des tensions et des modifications récurrentes. Cela se traduit tout d'abord par une délimitation imparfaite des compétences tant en ce qui concerne leur champ que leurs effets (Titre 1). Cela s'exprime ensuite par la focalisation des Etats membres sur les mécanismes institutionnels¹ aboutissant à une mise en œuvre difficile de la compétence communautaire (Titre 2).

TITRE 1. UNE DÉLIMITATION IMPARFAITE DES COMPÉTENCES

TITRE 2. UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

¹ Comme l'a souligné H. LABAYLE lors du congrès européen organisé par le réseau Odysseus, « La dimension externe de la politique d'immigration et d'asile de l'UE », Bruxelles, 3 et 4 avril 2009.



TITRE 1

UNE DÉLIMITATION IMPARFAITE DES COMPÉTENCES

Dans un contexte marqué par une méfiance forte vis-à-vis du système et de la méthode communautaires, l'attribution d'une compétence à la Communauté en matière migratoire n'était pas acquise, loin s'en faut. En réalité, la tension entre souveraineté des Etats et approche commune des politiques migratoires a accompagné la construction de l'espace de libre circulation des personnes et en a largement structuré le cadre d'action. Si pendant longtemps l'approche communautaire n'a pas constitué la priorité des Etats membres, plusieurs éléments ont imposé de dépasser les résistances antérieures et d'opérer le choix de la communautarisation des compétences nationales (Chapitre 1). Le résultat acquis constitue le reflet des hésitations passées, dont l'expression était encore importante au moment de la signature du traité d'Amsterdam. Ainsi, le traité d'Amsterdam contient de nombreuses zones d'ombre, imperfections et difficultés d'articulation au regard des compétences. Il en découle en fin de compte une distribution confuse des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le choix de la communautarisation des compétences nationales

Chapitre 2. La distribution confuse des compétences
entre l'Union européenne et les Etats membres

Chapitre 1

Le choix de la communautarisation des compétences nationales

Le milieu des années 80 a contribué à un renversement profond des logiques sécuritaires européennes. Le débat sur la sécurité intérieure européenne, qui avait été préalablement abordé dans le cadre de la coopération politique européenne¹, a émergé dans la sphère communautaire à compter de l'adoption de l'Acte unique qui prévoyait la création d'un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes devait être assurée. Seulement, la résistance des États membres à traiter de cette thématique dans le cadre communautaire a abouti à inscrire durablement son traitement dans le cadre de la coopération intergouvernementale (Section 1). Le rejet de la méthode communautaire a eu pour effet de reporter la réalisation du marché intérieur puisque l'une de ses conditions d'existence, la libre circulation des personnes, n'était pas acquise². La conférence intergouvernementale qui s'est ouverte en 1996 afin de réviser le traité de Maastricht devait permettre aux États membres de mettre un terme à cette situation, considérée comme inefficace et peu démocratique, et de rationaliser les cadres d'actions. Renonçant à s'arc-bouter sur leur souveraineté nationale, les États membres ont finalement accepté de « communautariser » les politiques migratoires dans le traité d'Amsterdam (Section 2).

1 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe de la Sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », La Documentation française, notes et études documentaires, n° 5144-45, décembre 2001, 246 p., sp. 11.

2 Comme le soulignait Mario MONTI, Commissaire responsable du Marché intérieur au sein de la Commission SANTER, « Comme nous le savons tous, la suppression des contrôles des personnes est un domaine très complexe, aussi bien d'un point de vue juridique que politique. Cependant, cet examen liminaire m'a convaincu que la libre circulation des personnes est nécessaire avant qu'on puisse dire que le marché intérieur est achevé entièrement » *in* DOLLAT P. « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 560 p., sp. 379.

SECTION 1. L'APPROCHE PAR LA VOIE INTERGOUVERNEMENTALE

La voie intergouvernementale est longtemps demeurée la seule voie envisageable à partir du moment où les Etats membres avaient refusé toute perspective d'approche communautaire (Sous-section 1). La prise en compte de la politique migratoire au niveau européen s'est organisée dans le temps. Tout d'abord, en consacrant une concurrence à une communautarisation éventuelle au travers de la coopération de Schengen (Sous-section 2). Ensuite, et de manière plus ambiguë, en élaborant une alternative à la communautarisation par le traité de Maastricht (Sous-section 3).

Sous-section 1. LE REFUS DE LA COMMUNAUTARISATION

L'approfondissement de la construction communautaire a intensifié les liens entre les politiques à mettre en œuvre et les politiques migratoires des Etats membres (I). Si les Etats membres sont demeurés rétifs à toute approche communautaire de la matière migratoire (II), ils ont tenté d'instituer une coordination des politiques nationales dans ce domaine (III).

I. LE LIEN ENTRE LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET LES POLITIQUES MIGRATOIRES

La recherche d'une effectivité accrue de la libre circulation des personnes sur le territoire communautaire a encouragé les institutions et les Etats membres à développer de nouveaux concepts dont l'incidence sur le domaine migratoire est clairement identifiée (A) avant que l'Acte unique ne vienne consacrer ce lien ouvrant un « chantier sans équivalent »¹ (B).

A. L'identification du lien

Dès 1974, les Etats membres ont reconnu la nécessité de « promouvoir une concertation des politiques migratoires vis-à-vis d'Etats tiers »² et convenu quelques

1 LABAYLE H. « La libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam », A.J.D.A. 1997, pp. 923-935, sp. 927.

2 Résolution du Conseil, du 21 janvier 1974, concernant un programme d'action sociale, JO C 13/1 du 12.02.1974 ; Résolution du Conseil, du 9 février 1976, concernant un

années plus tard de rechercher ensemble « des mesures efficaces de lutte contre l'immigration illégale et l'emploi illégal »¹. Si les domaines sur lesquels ces actions se fondaient ne relevaient pas de politiques communautaires très intégrées² et appelaient essentiellement à des actions d'ajustement sans effets contraignants³, cela témoignait malgré tout de l'effet d'attraction que l'action communautaire commençait à produire sur les politiques migratoires. Ces signes avant-coureurs du lien entre le développement des politiques communautaires et les questions migratoires vont clairement apparaître au moment de l'approfondissement de la libre circulation des personnes par l'intermédiaire de concepts tels que l'Union des passeports (1) ou « la règle de libre passage » (2).

1. *L'Union des passeports*

Dans la lignée de l'Union des passeports reconnue entre les Etats du Benelux ou encore de l'Union nordique des passeports qui a supprimé depuis 1958 les contrôles aux frontières communes du Danemark, de la Suède, de la Norvège, de la Finlande et de l'Islande⁴, le Sommet européen de Paris de décembre 1974 évoquait l'idée d'instaurer un passeport uniforme afin de faciliter la libre circulation des personnes sur le territoire communautaire.

Cette impulsion était relayée par deux rapports aux objectifs plus ambitieux. L'un présenté par la Commission en juillet 1975, proposant « l'abolition du contrôle des passeports à l'intérieur de la Communauté comme moyen d'aboutir à l'Union des passeports »⁵. L'autre, transmis par M. TINDEMANS au Conseil européen de décembre 1975, envisageant « la disparition progressive des mesures de contrôle aux frontières entre les pays membres comme complément d'une union des passeports »⁶. L'accueil politique était toutefois mesuré puisque les représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil convenaient simplement, dans une résolution du 23 juin 1981, que « l'établissement d'un tel passeport est de nature à faciliter la libre

programme d'action en faveur des travailleurs migrants et des membres de leur famille, JO C 34/2 du 14.02.1976.

1 Résolution du Conseil, du 27 juin 1980, concernant les orientations pour une politique communautaire du marché du travail, JO C 168/1 du 08.07.1980.

2 Comme l'attestent les résolutions relatives à un programme d'action sociale ou encore à une politique communautaire du marché du travail.

3 Voir en ce sens, Communication de la Commission « Orientations pour une politique communautaire des migrations », COM(85) 48 final du 01.03.1985.

4 Voir sur ce point, VESTED-HANSEN J. « Abolition of Border Controls within the Nordic Region and Security of Residence in Denmark » in GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », Kluwer Law International, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, 2001, pp. 91-102, sp. 92-94.

5 « Vers l'Europe des citoyens », Supplément au Bulletin des Communautés européennes 7/75, point 2.3, pp. 10-12.

6 « L'Union européenne », Supplément au Bulletin des Communautés européennes, 1/76, point II B.1, pp. 28-30.

circulation des ressortissants des Etats membres »¹. Résolution purement technique, puisqu'elle visait à établir les spécificités d'un modèle uniforme de passeport, elle avait toutefois le mérite de porter la thématique de l'union des passeports au sein des institutions communautaires.

En 1981, le Parlement européen relançait la discussion par l'intermédiaire d'une résolution portant sur la question des contrôles des personnes². Se fondant sur l'exemple de la réglementation applicable aux Etats du Benelux, l'institution parlementaire soulignait en termes clairs « qu'aucune raison contraignante ne justifie les contrôles personnels fixes aux frontières intérieures de la Communauté ». Ce faisant, le Parlement invitait le Conseil et la Commission à lui présenter un catalogue de mesures ainsi qu'un calendrier relatif « à la suppression coordonnée de ces contrôles de police aux frontières ».

La Commission emboîtait le pas du Parlement européen en 1982 dans un projet de résolution dans lequel elle affirmait que « l'abolition de tout contrôle aux frontières intérieures, objectif de l'union des passeports, implique la résolution simultanée de certains problèmes spécifiques à la création d'une telle union »³. Aucune indication précise quant aux « problèmes spécifiques » ne ressortait de cette proposition si ce n'est le maintien des contrôles en vigueur aux frontières extracommunautaires. Ce n'est qu'en 1984, que le Conseil et les représentants des gouvernements des Etats membres, se situant dans une logique similaire, proposaient dans une résolution l'identification des « problèmes spécifiques » à résoudre pour atteindre les objectifs fixés⁴. A cette occasion, le Conseil établissait un lien entre la libre circulation à l'intérieur de la Communauté et les questions de politique migratoire. En effet, la libre circulation dépourvue de contrôles aux frontières intérieures impliquait de résoudre les problèmes spécifiques concernant « le transfert des contrôles des personnes des frontières intérieures vers les frontières extérieures, l'admission des ressortissants des Etats tiers, y compris l'harmonisation des dispositions relatives aux visas et une coopération effective des Etats membres dans le domaine de la sécurité publique ». Le lien entre approfondissement de la libre circulation des personnes et politique migratoire s'organisait et la confrontation entre la compétence communautaire et la compétence souveraine des Etats membres émergeait.

Si le concept d'union des passeports a trouvé un écho dans la résolution du Conseil de 1984, il a été supplanté par celui dit de « libre passage » dont les fondements reposaient sur une proposition de directive, présentée par la Commission le 23 janvier

1 Résolution des représentants des gouvernements des Etats membres des Communautés européennes, réunis au sein du Conseil du 23 juin 1981, JO C 241/1 du 19.09.1981.

2 Résolution sur la question des contrôles de personnes, JOCE C 287/93 du 09.11.1981.

3 Projet de résolution du Conseil relative à l'allègement des conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle des citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires, JOCE C 197/6 du 31.07.1982.

4 Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres des Communautés européennes, réunis au sein du Conseil, JOCE C 159/1 du 19.06.1984.

1985, relative à la facilitation des contrôles et formalités applicables aux citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires¹.

2. La règle de libre passage

Le Conseil européen de Fontainebleau de juin 1984 demandait au Conseil et aux Etats membres de mettre rapidement à l'étude les mesures qui pourraient permettre de parvenir dans un délai rapproché, et en tout état de cause avant le premier semestre 1985, « à la suppression de toutes les formalités de police et de douane aux frontières intracommunautaires pour la libre circulation des personnes »². Dans une communication répondant au Conseil européen de Fontainebleau et intitulée « l'Europe des citoyens »³, la Commission soulignait que les logiques de libre circulation des personnes et de protection de la sécurité intérieure ne devaient « plus [être] considérées comme contradictoires ». En conséquence, elle préconisait « une coopération renforcée et efficace entre les autorités compétentes des Etats membres et une intensification des contrôles aux frontières extérieures de la Communauté qui doivent constituer l'amorce d'une solution communautaire »⁴. L'exécutif communautaire proposait ensuite l'adoption d'un plan en deux étapes visant à l'élimination de toutes les formalités aux frontières intérieures.

La première étape a pris forme par l'intermédiaire du concept de « la règle de libre passage » présenté dans une proposition de directive relative à la facilitation des contrôles et formalités applicables aux citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires⁵. Conçu comme la possibilité pour les citoyens des Etats membres de franchir une frontière intracommunautaire sur la base d'une « simple surveillance visuelle »⁶, le dispositif s'inscrivait dans la perspective d'une suppression totale des contrôles et formalités douanières. Cette seconde phase supposait l'adoption

1 Proposition de directive du Conseil relative à la facilitation des contrôles et formalités applicables aux citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires, COM(84) 749 final, JOCE C 47/5 du 19.02.1985.

2 Bull-CE n° 6/1984, point 6, p. 11.

3 Communication de la Commission au Conseil « L'Europe des citoyens. Suites à donner aux conclusions du Conseil européen de Fontainebleau », COM(84) 446 final du 24.09.1984.

4 Communication de la Commission au Conseil « L'Europe des citoyens. Suites à donner aux conclusions du Conseil européen de Fontainebleau », COM(84) 446 final du 24.09.1984, point 4.2, p. 11.

5 Proposition de directive du Conseil relative à la facilitation des contrôles et formalités applicables aux citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires, COM(84) 749 final, JOCE C 47/5 du 19.02.1985.

6 Plus précisément, le franchissement de la frontière intracommunautaire est facilité par l'apposition sur le pare-brise des véhicules des ressortissants des Etats membres d'un « disque vert » portant la lettre E. En théorie, les autorités nationales chargées des contrôles aux frontières facilitent le passage des citoyens des Etats membres. Dans le cas de franchissement des frontières dans les ports ou aéroports, un dispositif de « couloirs » est aménagé par les Etats membres spécifiquement à l'intention des ressortissants des Etats membres. A défaut, la présentation du passeport ou de la carte d'identité « fermés » suffit, tout comme cela est le cas dans le cadre des transports ferroviaires et d'autocars. En tout état de cause, ce dispositif applicable aux citoyens des Etats membres vaut présomption de conformité au regard des dispositions concernant la circulation des personnes et des marchandises.

de mesures supplémentaires « telles que l'harmonisation des législations concernant les étrangers et des politiques de délivrance des visas, le renforcement de la coopération en matière de sécurité publique (...) ». Si le Conseil et les représentants des Etats membres avaient souligné la nécessité de résoudre certains « problèmes spécifiques », la Commission présentait la thématique sous l'angle de l'harmonisation.

L'Union des passeports et la règle de libre passage constituent une étape importante de l'identification d'un lien entre libre circulation des personnes et politiques migratoires. L'Acte unique européen et la notion de « marché intérieur » ont affirmé ce lien.

B. L'affirmation du lien

En énonçant que « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité »¹, l'Acte unique européen a entraîné une modification radicale dans la manière d'appréhender les relations entre la dynamique commune et le droit des Etats membres en matière d'immigration.

Si à l'origine le marché commun concevait la frontière « comme un obstacle et non plus comme un avantage au stade où sont rendues les relations intra-communautaires »², le marché intérieur accentuait cette défiance vis-à-vis de la frontière. En effet, le marché intérieur constitue « un approfondissement du marché commun, dès lors qu'il s'agit de réaliser des conditions non plus analogues mais identiques à celles d'un marché intérieur »³. Ce faisant, ce nouvel objectif visait à créer un espace dépourvu de frontières intérieures, et, autrement dit en matière de libre circulation des personnes, un « espace sans contrôle »⁴. Si l'on ne peut nier les fondements économiques du projet de marché intérieur⁵, ses incidences politiques étaient incontestables puisque la suppression des frontières intérieures constituait « un objectif en soi, de nature autant politique – et

1 Article 14, paragraphe 2, TCE (ex-article 7 A, paragraphe 2).

2 LABAYLE H. « L'Europe, la frontière et le droit » in LAFOURCADE M. (textes réunis par) « La Frontières des origines à nos jours », Actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, tenues à Bayonne, les 15, 16 et 17 mai 1997, PUB, pp. 501-510, sp. 508.

3 VAN OMMESLAGUE P. et PIESSEVAUX V., « Marché intérieur », Encyclopédie Dalloz-Droit Communautaire, sp. paragraphe 12.

4 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2002, 246 p., sp. 28.

5 Comme le reconnaissait justement la Commission dans le livre blanc de 1985 sur l'achèvement du marché intérieur « La justification pour se débarrasser entièrement de ces contrôles physiques ou d'autres types de contrôles entre les Etats membres ne relève pas de la théologie ou du souci des apparences mais tient à la constatation pratique que le maintien de tout contrôle aux frontières internes perpétue aussi les coûts et les désavantages que comporte inmanquablement un marché fractionné ; au plus le besoin de tels contrôles diminuera, et a fortiori dans le cas de leur élimination complète, au plus les coûts, les dépenses et les désavantages occasionnés par le maintien des frontières et d'un marché divisé apparaîtront disproportionnés », « L'achèvement du marché intérieur », Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, juin 1985, COM(85) 310 final du 14.06.1986, paragraphe 12.

symbolique – que simplement économique »¹, et c'est en particulier sur ce point que se situait « la valeur ajoutée de la notion de Marché intérieur par rapport à celle de Marché commun »².

En matière de libre circulation des personnes, l'hypothèse d'un espace sans frontières intérieures obligeait dès lors à s'intéresser aux règles relatives à l'asile et l'immigration. C'est d'ailleurs une perspective que n'avait pas niée la Commission lorsqu'elle annonçait, dans le livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, qu'à l'aune de 1992, elle envisageait de présenter des propositions relatives à la coordination des règles applicables aux ressortissants de pays non communautaires en matière de résidence, d'entrée et d'accès à l'emploi. Elle ajoutait qu'elle proposerait des règles au sujet du droit d'asile et de la situation des réfugiés. De même, le déplacement à moyen terme de la frontière intérieure vers une frontière extérieure commune impliquait l'idée de « développer une politique communautaire des visas » dépassant « la collaboration actuelle dans le domaine de la coopération politique »³. Cette prise de position était réitérée dans une communication présentée quelques années plus tard⁴.

L'Acte unique accepté par les Etats membres, l'espace sans frontières intérieures les contraignait à reconsidérer la gestion de la libre circulation des personnes. D'une part, parce qu'une fois sur le territoire commun les personnes ne doivent plus être soumises à aucun contrôle, qu'elles soient ressortissantes des Etats membres ou ressortissantes de pays tiers. D'autre part, parce que la logique qui sous-tend la mise en œuvre du marché intérieur impose l'adoption de mesures communes aux Etats membres dans les domaines de l'immigration, de l'asile et des visas⁵. En d'autres termes, la réalisation du marché intérieur en matière de libre circulation des personnes supposait une approche globale des mouvements de personnes à l'échelle européenne. Comme l'a justement souligné un auteur, le marché intérieur s'analyse alors comme « ce qui touche au domaine interne de la Communauté par rapport à ses relations extérieures »⁶. Cela implique dès lors une prise en compte, voire une « mutualisation », des règles relatives aux questions migratoires.

1 DE RUYT J. « L'Acte unique européen », *Etudes européennes*, Collection dirigée par l'Institut d'Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989, 389 p., sp. 151.

2 PIPKORN J. « Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte unique européen », *Collected Courses of the Academy of European Law*, European University Institute, Florence 1990 – vol. I-1, pp. 189-236, sp. 208.

3 « L'achèvement du marché intérieur », Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, juin 1985, COM(85) 310 final du 14.06.1986, point 55, p. 17.

4 Communication de la Commission sur l'abolition des contrôles des personnes aux frontières intracommunautaires, COM(88) 640 final du 07.12.1988, sp. 4.

5 Voir en ce sens, GUILDE. « Immigration Law in the European Community », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, La Haye/Boston, 2001, 370 p., sp. 213 et s.

6 DE RUYT J. « L'Acte unique européen », *Etudes européennes*, Collection dirigée par l'Institut d'Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989, 389 p., sp. 150.

Si l'enjeu des débats lors de la définition du marché intérieur « portait sur la libre circulation des personnes »¹, le souci des Etats membres a résidé dans le refus d'assister à une « communautarisation » de la politique migratoire. En effet, et à y regarder de plus près, diverses expériences conduisant à l'abolition des contrôles aux frontières entre Etats membres étaient déjà éprouvées, qu'il s'agisse de l'Union des passeports entre les Etats du Benelux, de la zone de voyage commune entre le Royaume-Uni et l'Irlande² ou encore de la toute naissante coopération Schengen entre 5 Etats membres de la Communauté. L'Acte unique européen a consacré ce refus de la communautarisation.

II. LE REFUS DE L'APPROCHE COMMUNAUTAIRE

Le refus de l'approche communautaire s'est manifesté de plusieurs manières. Qu'il s'agisse de l'aménagement institutionnel en matière de libre circulation des personnes (A) ou de déclarations annexées au traité (B) tout a concouru au rejet d'une approche commune dans le cadre du traité. La méfiance des Etats à l'égard du dispositif communautaire s'est finalement exprimée dans un arrêt de la Cour de justice de 1987 dit « des politiques migratoires » (C).

A. L'aménagement institutionnel issu de l'Acte unique

Le mouvement d'extension des compétences communautaires réalisé par l'Acte unique européen ne devait pas concerner l'immigration. Ainsi, le nouvel article 8 A, établissant le concept de « marché intérieur », a consacré l'existant puisque la libre circulation des personnes y est assurée « selon les dispositions du présent traité ». En fait, la circulation des personnes y est entendue de manière traditionnelle, c'est-à-dire comme s'appliquant aux travailleurs, aux prestataires de services et aux personnes usant du droit d'établissement. En somme, elle doit concerner les bénéficiaires classiques de la libre circulation.

Le nouvel article 100 A fixait les procédures institutionnelles en vue de la réalisation des objectifs de l'article 8 A « par dérogation à l'article 100 »³. Cependant, cette disposition contenait un second paragraphe limitant toute avancée en matière de

1 JACQUE J.-P. « L'acte unique européen », R.T.D.E. 1986, pp. 575-612, sp. 597.

2 NICOL QC A. « The Common Travel Area » in GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Volume 1, KLUWER LAW INTERNATIONAL, La Haye/Boston, 2001, pp. 83-89.

3 Article 100 A, paragraphe 1, TCE « Par dérogation à l'article 100 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8 A. Le Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission en coopération avec le Parlement européen et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

libre circulation des personnes. En effet, le bénéfice de cet article « ne s'applique pas aux [...] dispositions relatives à la libre circulation des personnes ». Par conséquent, les bases juridiques disponibles en matière de libre circulation des personnes relevaient des articles 100 et 235 du traité¹, à savoir des dispositions relatives au marché commun soumises à la procédure de vote à l'unanimité. L'opération de contournement était totale.

La libre circulation des personnes s'inscrivait dès lors dans la logique du marché commun, à savoir qu'elle devait bénéficier aux personnes conçues comme facteur de production. Cette approche était validée par l'article 8 A, paragraphe 1, qui énumérait les mesures à arrêter en vue de réaliser le marché intérieur et ne se référait en définitive qu'aux dispositions relatives à l'établissement et aux services².

Si les précautions introduites par les Etats membres dans le traité n'avaient pas suffi, ces derniers ont annexé à l'Acte unique plusieurs déclarations témoignant de leur opposition à toute absorption de la matière migratoire par les institutions communautaires.

B. Les déclarations annexées à l'Acte unique

L'Acte unique était accompagné d'un Acte final reprenant des déclarations émanant soit de la conférence soit des gouvernements des Etats membres. N'ayant pas la valeur juridique d'un protocole, les déclarations n'en constituaient pas moins, conformément à la Convention de Vienne³, un élément déterminant d'interprétation du traité signé en 1986. Juridiquement inopérantes, elles étaient en revanche « politiquement révélatrices »⁴ ce qui, dans le domaine sous examen, était significatif.

Ainsi, la « Déclaration générale relative aux articles 13 à 19 de l'Acte unique européen » ne laissait aucun doute sur le maintien de la compétence exclusive des Etats membres dans le domaine. Cette déclaration indiquait :

« Aucune de ces dispositions n'affecte le droit des Etats membres de prendre celles des mesures qu'ils jugent nécessaires en matière de contrôle de l'immigration des pays

1 VAN OMMESLAGUE P. et PIESSEVAUX V., « Marché intérieur », Encyclopédie Dalloz-Droit Communautaire, sp. paragraphe 56.

2 Article 8 A, paragraphe 1, TCE « La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992, conformément aux dispositions du présent article, des articles 8 B, 8 C et 28, de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59, de l'article 70, paragraphe 1 et des articles 84, 99, 100 A et 100 B et sans préjudice des autres dispositions du présent traité ».

3 Article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne « Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ».

4 SIMON D. « De l'Acte Unique au Marché Unique », J.D.I. 1989, pp. 265-304, sp. p. 269.

tiers ainsi qu'en matière de lutte contre le terrorisme, la criminalité, le trafic de drogue et le trafic des œuvres d'art et des antiquités. »¹

Cette prise de position était confirmée par une « déclaration politique des gouvernements relative à la libre circulation des personnes »², laquelle énonçait :

« En vue de promouvoir la libre circulation des personnes, les Etats membres coopèrent, sans préjudice des compétences de la Communauté, notamment en ce qui concerne l'entrée, la circulation et le séjour des ressortissants de pays tiers. Ils coopèrent également en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme, la criminalité, la drogue et le trafic des œuvres d'art et des antiquités ».

La compétence exclusive des Etats membres y était à nouveau soulignée puisque l'action commune des Etats membres en matière d'entrée, de circulation et de séjour des ressortissants de pays tiers relevait de la coopération entre Etats au titre d'une promotion de la libre circulation. En ce qui concerne les compétences de la Communauté auxquelles renvoie la déclaration, il s'agissait des compétences traditionnellement reconnues à la Communauté³.

Enfin, les Etats membres se sont bien gardés de conférer tout effet automatique à la date du 31 décembre 1992 qui devait marquer la réalisation du marché intérieur. Cette date butoir ne constituait pas une obligation pour les Etats conformément à la déclaration selon laquelle « la fixation de la date du 31 décembre 1992 ne crée pas d'effets juridiques automatiques »⁴. Malgré la bonne volonté affichée par les Etats membres en introduction de la déclaration⁵, ils ont écarté tout effet contraignant pouvant résulter de l'article 8 A.

La libre circulation des personnes était donc juridiquement et politiquement encadrée et remettait en cause la réalisation du marché intérieur qui supposait « une volonté politique permanente des Etats membres et restera conditionnée par l'adoption de mesures communautaires et nationales indispensables »⁶.

L'opposition des Etats membres à concéder quelque prérogative que se soit en matière migratoire s'est par ailleurs illustrée dans un arrêt de la Cour de justice du 9 juillet 1987.

1 Bull-CE suppl. 2/86, p. 24.

2 Bull-CE suppl. 2/86, p. 25.

3 Ainsi, ce sont les dispositions du titre III consacrées à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux qui s'appliquent et en particulier le chapitre I relatif aux travailleurs.

4 Déclaration relative à l'article 8 A du traité CEE, Bull-CE suppl. 2/86, p. 24.

5 « Par l'article 8 A, la conférence souhaite traduire la ferme volonté politique de prendre avant le 1^{er} janvier 1993, les décisions nécessaires à la réalisation du marché intérieur défini dans cette disposition et plus particulièrement les décisions nécessaires à l'exécution du programme de la Commission tel qu'il figure dans le « livre blanc » sur le marché intérieur ».

6 SIMON D. « De l'Acte Unique au Marché Unique », J.D.I. 1989, pp. 265-304, sp. p. 269.

C. L'arrêt dit des « politiques migratoires »¹

Cet arrêt rendu par la Cour de justice en 1987 a bousculé les approches nationales en reconnaissant un pouvoir d'action de la Communauté dans le champ de la politique migratoire par le biais de la politique sociale.

La Commission avait adopté le 8 juillet 1985 une décision « instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers »². Fondée sur les dispositions relatives à la politique sociale³, cette décision obligeait les Etats membres à informer la Commission des projets de mesures qu'ils envisageaient de prendre notamment « à l'égard des travailleurs ressortissants des pays tiers et des membres de leur famille dans les domaines de l'entrée, du séjour et de l'emploi y compris l'entrée, le séjour et l'emploi illégaux ainsi qu'en ce qui concerne la réalisation de l'égalité de traitement en matière de conditions de vie et de travail, de salaires et de droits économiques, la promotion de l'intégration professionnelle, sociale et culturelle et le retour volontaire de ces personnes dans leur pays d'origine ». La concertation générale ainsi organisée avait pour but, d'une part, de déclencher une procédure de consultation en vue de faciliter l'adoption de positions communes afin de s'assurer que les mesures nationales soient en conformité avec les politiques et actions communautaires⁴ et, d'autre part, « d'harmoniser progressivement les législations nationales sur les étrangers et d'inclure dans les accords bilatéraux conclus par les Etats membres un maximum de dispositions communes, en se fondant sur les articles 117 et 118 CEE »⁵.

Cinq Etats membres, conduits par l'Allemagne, ont introduit un recours en annulation de la décision devant la Cour de justice. A l'appui des moyens d'annulation, la moitié des Etats membres de la Communauté ont soulevé l'incompétence de la Commission pour adopter la décision litigieuse. Ils ont fait valoir que « ni l'article 118 ni aucune autre disposition du traité n'habilitent la Commission à prendre une décision obligatoire *dans un domaine qui relève d'ailleurs de leur compétence exclusive* »⁶. Autrement dit, les Etats membres ont souligné que l'article 118 CEE ne permettait pas à la Communauté d'adopter des mesures contraignantes et que la décision contestée

1 Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245.

2 Décision 85/381/CEE de la Commission du 8 juillet 1985 instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers, JO L 217/25 du 14.08.1985.

3 En particulier sur l'article 118 du traité CEE.

4 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., pp. 6-7.

5 CONSTANTINESCO V. et SIMON D., J.D.I. 1988, pp. 493-494.

6 Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245, point 9. (Souligné par nous).

portait sur un domaine exclu du champ de la politique sociale au sens de l'article 118 CEE. Ainsi, la décision de la Commission intervenait dans une matière qui relevait de la compétence exclusive des Etats membres à savoir la politique d'immigration. Afin de justifier le maintien de la politique d'immigration dans le domaine de la compétence exclusive des Etats membres, la France a souligné que « l'ensemble du domaine de la politique des étrangers (...) touche à des questions de sécurité publique »¹ et, rejointe sur ce point par l'Allemagne, que l'obligation de notification prévue par la décision de la Commission « peut compromettre d'éventuelles exigences de secret ou de confidentialité dans le cas, notamment de négociations avec un pays tiers »². La contestation des Etats membres témoignait d'un enjeu majeur, celui de la crainte d'une intervention de la Communauté dans le domaine de la politique migratoire. L'avocat général MANCINI l'avait mis en exergue lorsqu'il indiquait dans ses conclusions, « que cela plaise ou non, les Etats sont réellement – mieux, fondamentalement – attachés à conserver un entier contrôle sur l'admission des travailleurs originaires des pays tiers, notamment en raison des évidentes implications que la matière a sur le terrain politique et sur celui de l'ordre public. La crainte de voir à la longue ce secteur « communautarisé » est donc réelle et il nous paraît significatif qu'ils aient saisis l'occasion de l'Acte unique européen pour mettre les choses au point, en se prémunissant contre des coups de main destinés précisément à amorcer un processus de ce genre »³.

Invitée à se prononcer sur un « terrain éminemment politique »⁴, la Cour de justice a rendu un arrêt important. Si elle a annulé la décision litigieuse en ce que la promotion de l'intégration culturelle dépassait le domaine social de l'article 118 du traité, elle a rejeté les moyens soulevés par les Etats membres. Sur le champ d'application tout d'abord, la Cour de justice n'a pas retenu l'argument selon lequel la politique migratoire est totalement exclue du champ de la politique sociale. En effet, les mesures nationales adoptées vis-à-vis des ressortissants de pays tiers sont susceptibles d'affecter la situation de l'emploi et les conditions de vie et de travail dans la Communauté et, partant, les politiques et actions communes adoptées dans le cadre de la politique sociale. Aussi, la Cour a indiqué que les Etats membres doivent prendre en considération les politiques communes et actions menées au niveau de la Communauté lors de la mise en œuvre de leur politique migratoire⁵. Afin de conforter son argumentation, la Cour a indiqué « de

1 Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245, point 25.

2 Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245, point 26.

3 Conclusions de l'avocat général M. G. Federico MANCINI présentées le 31 mars 1987 sous les affaires jointes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3219, sp. p. 3229.

4 DECAUX E., R.T.D.E. 1987, pp. 707-716, sp. p. 708.

5 « En ce qui concerne la thèse principale, il faut constater que la situation de l'emploi et, en termes plus généraux, l'amélioration des conditions de vie et de travail à l'intérieur de la Communauté sont susceptibles d'être affectées par les politiques suivies par les Etats membres à l'égard de la main d'œuvre en provenance de pays tiers. Dans les considérations de la décision litigieuse, la Commission estime, à

façon assez ironique »¹ que le lien établi entre politique sociale et politiques migratoires nationales a été reconnu par les Etats membres dans une résolution du Conseil de janvier 1974 concernant un programme d'action sociale². Concernant l'argument de la France selon lequel la compétence exclusive est justifiée dans la mesure où la politique migratoire relève de la sécurité publique, la Cour de justice a indiqué « s'il est vrai que dans le cadre de leur régime de police des étrangers les Etats membres peuvent prendre (...) des mesures (...) inspirées par des considérations d'ordre public, de sécurité et de santé publique, il n'en résulte pas pour autant que tout le domaine de la politique migratoire vis-à-vis de pays tiers relèverait nécessairement de la sécurité publique »³. Enfin, la Cour a reconnu que la Communauté pouvait prendre des mesures contraignantes dans le champ de l'article 118 CEE.

La tentative des Etats membres de se prémunir contre les « coups de main »⁴ de la communautarisation n'a pas résisté au jugement de la Cour de justice. En effet, en authentifiant le lien avec la politique sociale et en reconnaissant le pouvoir de la Communauté d'adopter des mesures contraignantes, la juridiction communautaire a reconnu une compétence d'action de la Communauté dans le champ de la politique migratoire. Cette affaire a mis en lumière l'interaction permanente entre politiques communautaires et compétences nationales et la difficulté de tenir les dernières éloignées de l'attraction des premières. Si la Commission a adopté suite à cet arrêt une nouvelle décision tentant d'initier une procédure de consultation, les Etats membres ont refusé de coopérer, soulignant par là même le souci de ne pas voir intervenir la Communauté dans un domaine qu'ils considèrent comme relevant de leur compétence exclusive, nonobstant l'arrêt de la Cour. Tout au plus ont-ils accepté d'initier le développement d'une coordination des politiques nationales.

juste titre, qu'il importe d'assurer que les politiques migratoires des Etats membres vis-à-vis des pays tiers prennent en considération les politiques communes et actions menées au niveau de la Communauté, en particulier dans le cadre de la politique communautaire du marché du travail, afin de ne pas en compromettre les résultats », Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245, point 16.

- 1 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 7.
- 2 Voir en ce sens, DESOLRE G., Observations sous l'arrêt de la Cour de justice, 9 juillet 1987, C.D.E. 1990, pp. 453-464, sp. 455. Voir également le rapport d'audience juge rapporteur SCHOCKWEILER, Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245 ; sp. p. 3205-3218.
- 3 Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245, point 25.
- 4 Conclusions de l'avocat général M. G. Federico MANCINI présentées le 31 mars 1987 sous les affaires jointes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3219, sp. p. 3229.

III. LA COORDINATION DES POLITIQUES MIGRATOIRES NATIONALES

L'établissement d'un espace sans frontières intérieures, dans lequel les grandes libertés de circulation seraient assurées, impose de s'interroger sur les conditions d'entrée, de séjour et de circulation des ressortissants de pays tiers dans le marché intérieur. A défaut de doter la Communauté de compétences en ce domaine, la réaction s'est organisée par la coordination des politiques nationales et la création d'une structure spécifique dénommée groupe *ad hoc* immigration (A). Cependant, la démultiplication des structures de coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures faisait courir le risque d'une « dilution des objectifs »¹. Ainsi, un groupe des coordinateurs « Libre circulation des personnes » a été institué en vue de coordonner l'ensemble des travaux intergouvernementaux (B). Son incidence sur le domaine de la politique migratoire n'a toutefois pas été décisive.

A. Le groupe *ad hoc* immigration

Si les Etats membres ont entamé dès 1975 une coopération dans le domaine des formes graves de criminalité, au travers de la coopération TREVI, les questions relatives à politique migratoire sont demeurées hermétiques à toute approche commune. Le développement à partir du milieu des années 80 d'une coopération plus large portant sur « la justice et les affaires intérieures » a permis une ouverture de la coopération aux questions migratoires. Ainsi, le groupe *ad hoc* immigration a été la première enceinte à voir le jour suite à l'adoption de l'Acte unique européen². C'est sous présidence britannique que décision est prise, le 20 octobre 1986, lors d'une réunion spéciale des Ministres de l'intérieur des Etats membres, de créer une structure « *sui generis* »³ ayant pour mission de renforcer la coopération des Etats membres dans les domaines de l'immigration afin d'atteindre l'objectif de libre circulation posé par l'Acte unique européen⁴.

1 DE LOBKOWICZ W. « Quelle libre circulation des personnes en 1993 ? », R.M.C., n° 334, février 1990, pp. 93-102, sp. 99.

2 « En matière d'immigration, rappelant l'objectif de l'abolition des contrôles aux frontières intérieures, les ministres ont estimé que cela impliquait des contrôles stricts aux frontières extérieures de la Communauté, un partage d'informations entre services des Etats membres responsables de ces contrôles et une prise en considération des problèmes de coordination des politiques des visas et du droit d'asile. Les Ministres ont décidé de constituer un groupe de travail ad hoc chargé d'examiner ces questions de toute urgence. Le secrétariat du Conseil assurera le secrétariat du groupe », Bull-CE n° 10/86, p. 82.

3 Le groupe est qualifié comme tel dans la mesure où il n'appartient ni au système communautaire, ni à la coopération politique européenne mais qu'il travaille avec la Commission européenne. En ce sens, voir DE LOBKOWICZ W. « Quelle libre circulation des personnes en 1993 ? », R.M.C., n° 334, février 1990, pp. 93-102.

4 « Déclaration de la présidence belge ; réunion des ministres de la justice et de l'intérieur de la Communauté européenne à Bruxelles le 28 avril 1987 » in BUNYAN T. (ed.) « Key texts on justice and home affairs in the European Union, Volume 1 (1973-1993) From Trevi to Maastricht », Statewatch, 1997, pp. 9-12.

En avril 1987, la présidence belge a organisé une réunion des ministres de la Justice et de l'Intérieur visant à établir l'axe de travail du futur groupe *ad hoc* immigration¹. Le programme visait à identifier un ensemble d'engagements communs aux Etats et à attribuer des missions de coordination au groupe *ad hoc* immigration.

Concernant l'immigration, les missions du groupe couvraient plusieurs domaines. D'une part, établir une politique commune des visas dont le double objectif reposait sur l'établissement progressif d'un système de visas aussi unifié que possible entre les Etats et, par conséquent, aboutir à un meilleur contrôle des problèmes résultant de l'immigration en général. D'autre part, renforcer les contrôles aux frontières extérieures afin de permettre l'abolition des contrôles aux frontières intérieures. Dans ce cadre, le groupe a pris en compte les thèmes portant sur les contrôles aux frontières terrestres, portuaires et aéroportuaires des Etats membres et la difficulté de mener ces contrôles dans certains Etats². Par ailleurs, et étant donné que les contrôles aux frontières intérieures ne pouvaient être suspendus tant que les mesures relatives aux contrôles aux frontières extérieures n'avaient pas été arrêtées, le groupe a coordonné la coopération relative à la « frontière intérieure ». Il s'agissait à titre principal d'assurer un renforcement des contrôles relatifs aux migrants illégaux à l'intérieur des Etats membres. Enfin, le groupe devait s'assurer de l'application des procédures nationales en matière de retour. A ce titre, le groupe a notamment eu pour mission d'inciter les Etats membres à conclure des accords de réadmission entre eux³.

Concernant l'asile, tout en rappelant l'attachement au respect de la convention de Genève et aux règles relatives à l'asile pour des raisons humanitaires, les ministres soulignaient la nécessité de combattre l'abus dans les demandes d'asile et définissaient trois axes d'action. En premier lieu, les Etats s'engageaient à obliger les transporteurs à prendre en charge le retour des personnes qui ne disposaient pas des documents requis pour entrer dans la Communauté, et en cas de besoin à prendre des sanctions à leur encontre. Cela impliquait par conséquent que les Etats membres s'assurent qu'un contrôle dans le pays de départ soit réalisé par les autorités consulaires ou les agents de la compagnie de transports. En second lieu, les ministres s'accordaient pour introduire des procédures simplifiées d'examen des demandes d'asile dans certaines circonstances⁴ et combattre « l'asylum shopping »⁵. Enfin, ils donnaient mandat au groupe pour

1 « Déclaration de la présidence belge ; réunion des ministres de la justice et de l'intérieur de la Communauté européenne à Bruxelles le 28 avril 1987 » in BUNYAN T. (ed.) « Key texts on justice and home affairs in the European Union, Volume 1 (1973-1993) From Trevi to Maastricht, Statewatch, 1997, pp. 9-12.

2 Il s'agissait en particulier des Etats membres disposant d'une frontière maritime importante.

3 « The Member States which have not concluded readmission agreements with one or another Member State should start negotiations to this effect », in BUNYAN T. (ed.) « Key texts on justice and home affairs in the European Union, Volume 1 (1973-1993) From Trevi to Maastricht, Statewatch, 1997, sp. 10.

4 Lorsque les demandeurs ne satisfont pas certaines conditions requises, dans le cas de demande manifestement infondée, ou encore lorsque la personne présente un risque pour l'ordre public.

5 Il s'agit de combattre les demandes déposées dans plusieurs Etats membres simultanément ou encore d'éviter qu'une demande soit déposée dans un autre Etat membre suite à une décision de rejet de la reconnaissance de la qualité de réfugié. Dans ce dernier cas de figure, les Etats doivent s'assurer que la personne en question ne se rende pas dans un autre Etat membre.

prendre des mesures afin d'améliorer la collaboration des Etats dans la détection des faux documents. Dans ce domaine, le groupe devait, d'une part, préparer à l'attention de tous les Etats membres un bulletin relatant les sujets de fraudes et, d'autre part, organiser une coopération afin de sécuriser les documents contre la fraude.

A côté de l'action de coordination menée par le groupe *ad hoc* immigration, était créé en 1989 un groupe TREVI IV, ou TREVI 92, ayant pour mission d'étudier les conséquences de la suppression des contrôles aux frontières intérieures et d'apporter des réponses aux menaces qui pourraient en découler en particulier dans le domaine de la prévention et de la répression de l'immigration clandestine¹.

Toutefois, la connexité des actions engagées par ces structures et les risques de chevauchements impliquaient une rationalisation des actions qui s'organisait sous l'égide d'un groupe de coordinateurs « Libre circulation des personnes ».

B. Le groupe des coordinateurs « Libre circulation des personnes »

Afin d'éviter les difficultés liées à une démultiplication des cadres de travail, décision fut prise lors du Conseil européen de Rhodes de décembre 1988² d'instituer un Groupe des Coordinateurs « Libre Circulation des personnes »³. L'objectif d'un espace sans frontières intérieures en filigrane, le groupe ne constituait pas une nouvelle structure de coopération policière mais avait pour but de coordonner l'ensemble des travaux déjà réalisés dans les enceintes préexistantes. Ainsi, les études et propositions dégagées par le groupe TREVI (police), le groupe *ad hoc* immigration (frontières) mais également le Groupe Assistance Mutuelle⁴ (douanes) et le groupe d'entraide judiciaire en matière pénale (justice) devaient être rationalisées par le groupe des Coordinateurs.

1 Sur ce thème, voir notamment MONTREUIL J. « La coopération policière européenne » in *Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR « Droit pénal – Droit européen »* Gazette du Palais/Litec 1992, pp. 51-81 ; GUEYDAN C. « Cooperation between member States of the European Community in the fight against terrorism » in HIGGINS R. and FLORY M. « Terrorism and International Law », LSE/Routledge 1997, p. 105 ; CHEVALLIER-GOVERS C. « De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne » Thèse, Paris-II 1998, spéc. pp. 146-150 ; SABATIER M. « La coopération policière européenne », L'Harmattan, Paris, 2001, 512 p.

2 Conseil européen de Rhodes, 2 et 3 décembre 1988, Conclusions de la présidence, Bull-CE 12/1988., pp. 8-13.

3 Composé de hauts fonctionnaires nationaux désignés par chaque Etat membre, ce groupe comprenait également un président et un vice-président chargés de représenter la Commission européenne. Sur la composition du groupe, voir « The Palma document Free movement of persons. A report to the European Council by the coordinators' Group » in BUNYAN T. (ed.) « Key texts on justice and home affairs in the European Union », Volume 1 (1973-1993) From Trevi to Maastricht », Statewatch, 1997, pp. 12-16.

4 Egalement appelé GAM, ce groupe fut créé en 1989 et réunissait les fonctionnaires des directions des douanes afin de résoudre les problèmes posés aux autorités douanières pour l'accomplissement du marché intérieur.

Il est revenu à la présidence espagnole la tâche d'instituer et de délimiter les missions attribuées au groupe de Coordinateurs « Libre circulation des personnes ». A l'occasion du Conseil européen de Madrid de juin 1989, la présidence présentait un document qui transformait durablement les méthodes de travail dans le domaine de la justice et des affaires intérieures¹. En effet, le « document de Palma »², tout en instituant le groupe de coordinateurs³, développait une méthodologie inédite qui visait à définir les axes de travail et actions à mettre en œuvre conformément à un plan d'action déterminé. Tout d'abord, le « document de Palma » établissait un catalogue des mesures à prendre en distinguant celles dont l'adoption était essentielle de celles dont l'adoption était souhaitable ou « désirable ». Ensuite, il invitait le groupe de coordinateurs à déterminer lequel des groupes de travail déjà existants apparaissait le plus approprié pour traiter des thèmes identifiés et adopter les mesures nécessaires. Enfin, le groupe devait proposer l'adoption des mesures prioritaires dans des délais déterminés.

Matériellement, le « document de Palma » indiquait que la réalisation d'un espace sans frontières intérieures comprenait « deux facettes ». Une facette « *ad intra* », touchant à la lutte contre le terrorisme, le trafic de drogue et les différents trafics illicites⁴, et une facette « *ad extra* », nécessitant un renforcement des contrôles aux frontières extérieures. Pour ce faire, des mesures législatives, administratives et techniques devaient être arrêtées. Une attention particulière devait être portée sur les conditions d'entrée, les règles relatives aux visas et à l'asile ainsi que les règles concernant les implications économiques de cette politique commune.

Le programme établi par le « document de Palma » s'est toutefois heurté à de nombreux problèmes tenant notamment aux différences entre les ordres juridiques nationaux, aux positionnements politiques antagoniques ou encore à l'interprétation de l'article 8 A du traité⁵. Ces divergences ont entaché le bilan du groupe des coordinateurs et le rapport rendu lors du Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992 témoignait de la faiblesse des avancées réalisées⁶. Le bilan normatif en matière migratoire n'était constitué que d'une convention adoptée en 1990, sous l'égide du groupe *ad hoc* immigration, relative à la détermination

1 Conseil européen de Madrid des 26 et 27 juin 1989, conclusions de la présidence, Bull-CE n° 6/1989, pp. 8-13.

2 « The Palma document Free movement of persons. A report to the European Council by the coordinators' Group » in BUNYAN T. (ed.) « Key texts on justice and home affairs in the European Union », Volume 1 (1973-1993) From Trevi to Maastricht », Statewatch, 1997, pp. 12-16.

3 Voir notamment, HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 360.

4 Cette démarche impliquait l'amélioration de la coopération dans l'application des règles, la coopération judiciaire, le contrôle des articles accompagnant les voyageurs ainsi que les problèmes relatifs à la famille.

5 Voir *infra*.

6 Report to the European Council in Edinburgh from the Coordinators' Group on Free Movement of Persons in BUNYAN T. (ed.) « Key texts on justice and home affairs in the European Union », Volume 1 (1973-1993) From Trevi to Maastricht », Statewatch, 1997, pp. 17-20.

de l'Etat responsable d'une demande d'asile¹. Concernant la Convention sur le franchissement des frontières extérieures présentée ultérieurement², les négociations ont achoppé sur la question récurrente de Gibraltar entre l'Espagne et le Royaume-Uni ainsi que sur la compétence préjudicielle de la Cour de justice. Sa signature a été reportée *sine die*.

En dépit des efforts de rationalisation engagés, notamment par l'intermédiaire d'une méthodologie de travail spécifique, et des objectifs posés par l'Acte unique européen en matière de libre circulation des personnes, les Etats membres ont refusé d'aborder les questions d'immigration et d'asile dans le cadre communautaire. Ainsi, le traitement de ces matières s'est réalisé dans le cadre concurrent de la coopération intergouvernementale.

Sous-section 2. LA VOIE PARALLÈLE : LA COOPÉRATION DE SCHENGEN

A côté des difficultés rencontrées pour traiter des questions migratoires dans le cadre communautaire, la coopération Schengen a constitué une réussite, si ce n'est un modèle, en instituant une « voie parallèle »³ à la communautarisation. Considérée comme « un dispositif intergouvernemental d'application d'un objectif communautaire »⁴, la coopération de Schengen s'est distinguée des tentatives menées dans le cadre communautaire grâce à une approche méthodologique déterminante (I) et une coopération matérielle riche (II).

I. L'APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE

La rapidité avec laquelle les Etats signataires sont parvenus à un accord relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes ne doit pas surprendre. D'une part, parce que cet objectif s'inscrivait dans une démarche économique nécessaire⁵

1 Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes – Convention de Dublin, JO C 254/1 du 19.08.1997.

2 Proposition de décision, fondée sur l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, établissant la convention relative au contrôle des personnes lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, JO n° C 11 du 15 janvier 1994, pp. 6-15.

3 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 13.

4 LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, sp. 833.

5 La dimension commerciale de l'approche Schengen ne doit pas être occultée puisque, outre l'Accord de Sarrebruck, le préambule de l'Accord de Schengen renvoie également aux « conclusions adoptées le

et offrait une opportunité historique d'approfondir ce domaine (A). D'autre part, la réalisation de la libre circulation des personnes dans le cadre de la coopération de Schengen a résulté de considérations pragmatiques tant politiques qu'institutionnelles (B).

A. L'opportunité historique

Le blocage, au printemps 1984, des postes frontières franco-allemands par les chauffeurs routiers¹ a marqué le point de départ de la coopération Schengen. A tout le moins, a-t-il contribué à la prise de conscience que les contrôles réalisés aux frontières entre les Etats membres constituaient un obstacle à la libre circulation². A l'issue du sommet de Rambouillet des 28 et 29 mai 1984, le couple franco-allemand a présenté une déclaration commune sur ce thème devant conduire à la conclusion, quelques semaines plus tard, d'un accord bilatéral – dit de Sarrebruck – établissant le principe d'une suppression progressive des contrôles aux frontières entre les deux Etats³. Faisant sien l'objectif d'assurer un contrôle visuel du franchissement des frontières, l'accord de Sarrebruck visait, à plus long terme, à réunir les « conditions nécessaires à la suppression de tout contrôle pour les ressortissants des pays membres des Communautés européennes dans la circulation des personnes »⁴. Cet objectif impliquait, entre autres, le transfert des contrôles aux frontières externes, l'harmonisation des règles de visas ainsi qu'une coopération des administrations douanières et policières en ce qui concerne les entrées irrégulières de personnes⁵. Séduits par cette démarche, les trois Etats du Benelux, déjà accoutumés à ce type de coopération⁶, ont formulé le souhait de rejoindre le projet. Plusieurs réunions se sont tenues entre les 5 Etats et ont abouti, le 14 juin 1985, à la

31 mai 1984 à l'issue de la réunion de Neustadt / Aisch des ministres des transports des Etats du Benelux et de la République fédérale d'Allemagne ». L'idée de parfaire la libre circulation des marchandises n'est donc pas étrangère à la construction naissante.

- 1 LENAERTS L. « La genèse de Schengen » in FONTANAUD D. « Les Accords de Schengen », Problèmes Politiques et Sociaux, La Documentation Française, n° 763-764, 15 mars 1996, pp. 11-12.
- 2 « Pour comprendre ce qui s'est passé dans la C.E.E. depuis 1984, il faut partir de deux anecdotes. L'une tirée d'un journal allemand qui se demandait cette année là, si la longueur des files d'attente de visiteurs au passage du pont de Kehl le vendredi après midi, ne dépasserait pas bientôt la dizaine de kilomètres. L'autre, tirée du New York Times décrivait la même année les tribulations d'un chauffeur de camion hollandais qui aurait pu transporter son chargement en deux jours d'Amsterdam à Milan, mais qui en mettrait douze, par suite des attentes aux frontières et des démarches administratives à effectuer dans un ensemble où devrait pourtant prévaloir depuis près de trente ans, les principes de la libre circulation des personnes et des marchandises » in DE LARY H. « Les fondements juridiques et les modalités pratiques du contrôle des mouvements migratoires dans le cadre de la C.E.E. après le 1^{er} janvier 1993 », OCDE/GD (93) 19, 23 p., sp. 4.
- 3 Décret n° 84-748 du 1^{er} août 1984 portant publication de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à la suppression graduelle des contrôles à la frontière franco-allemande, signé à Sarrebruck le 13 juillet 1984, JORF 3 août 1984, p. 2565.
- 4 Article 15 de l'Accord de Sarrebruck.
- 5 Articles 8, 9 et 10 de l'Accord de Sarrebruck.
- 6 Par Accord en date du 11 avril 1960, les territoires des Pays-Bas, de la Belgique et du Luxembourg correspondent à un territoire unique sur lequel la libre circulation des personnes est assurée.

conclusion de l'Accord de Schengen relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (ci-après, l'Accord de Schengen) qui prévoyait que « les Parties chercheront à supprimer les contrôles aux frontières communes et à les transférer à leurs frontières externes »¹ si possible avant le 1^{er} janvier 1990².

Si l'action engagée poursuivait des objectifs politiques antérieurs³, elle se développait en parallèle des négociations relatives à l'Acte unique et au projet de marché intérieur dont l'objectif était identique. Seulement, la différence entre les cadres d'action explique que la libre circulation ait été mise en œuvre dans le cadre de Schengen plutôt que dans le cadre communautaire.

B. Le pragmatisme politique et institutionnel

Plusieurs considérations militaient pour le développement d'une coopération en dehors du cadre juridique communautaire. En premier lieu, la recherche de solutions était plus facile à trouver à cinq Etats qu'à douze, surtout lorsque la perception des phénomènes migratoires convergeait⁴. En second lieu, les échéances entre Schengen et l'Acte unique ne correspondaient pas, 1^{er} janvier 1990 pour le premier et 1^{er} janvier 1993 pour le second. En troisième lieu, les Etats parties à l'accord de Schengen formaient un territoire continu, un espace géographique « d'un seul tenant »⁵, ce qui n'était pas le cas de la Communauté européenne, qu'il s'agisse de l'insularité de la Grande-Bretagne et de l'Irlande ou encore de la rupture territoriale avec la Grèce. Enfin, les systèmes nationaux des 5 Etats parties à l'accord de Schengen étaient très proches « dans leurs préoccupations et leurs pratiques administratives »⁶, en particulier pour le Benelux⁷.

1 Article 17 de l'Accord de Schengen.

2 Article 30 de l'Accord de Schengen.

3 Si la conclusion de l'Accord de Schengen était concomitante à celle de l'Acte unique européen, elle consacrait avant tout la résurgence de projets politiques présentés au milieu des années 70. Lors du sommet de Fontainebleau de décembre 1974, les Chefs d'Etat et de gouvernement avaient formulé l'idée d'instituer une « Europe des citoyens » au titre de laquelle figurait l'objectif d'alléger le contrôle des personnes aux frontières intérieures de la Communauté. Cet objectif avait été repris par la Commission européenne dans une proposition de directive [COM(84) 79 final, JO C 47/5 du 19.02.1984] sans connaître d'aboutissement favorable. Sur cet aspect historique, voir notamment DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 246 p., sp. 23.

4 En effet, les intérêts entre Etats membres de la Communauté s'opposaient puisque, à l'époque des négociations, l'immigration transitait par les Etats du Sud pour aboutir dans les Etats du Nord, ce qui impliquait des différences sensibles dans l'approche des phénomènes migratoires qui n'existaient pas entre les membres fondateurs de la coopération Schengen. Voir à ce sujet, PEAUCELLE J.-C. « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives », R.F.D.A., juillet-août 1990, pp. 516-524, sp. 522.

5 PEAUCELLE J.-C. « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives », R.F.D.A., juillet-août 1990, pp. 516-524, sp. 518.

6 PEAUCELLE J.-C. « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives », R.F.D.A., juillet-août 1990, pp. 516-524, sp. 518.

7 En effet, « depuis le 11 avril 1960, Les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg constituent, du point de vue de la libre circulation des personnes, un territoire unique », GAUTIER Y. « Accords de Schengen », Juris-classeur Europe, Fasc. 140, sp. paragraphe 2.

A ces éléments s'ajoutait la structure institutionnelle de la coopération Schengen qui a constitué un élément déterminant de l'engagement des Etats. En effet, le dispositif de Schengen reposait sur un Comité exécutif composé des ministres, assistés au besoin d'experts¹, chargés de veiller à l'application correcte de la Convention² et disposant d'un pouvoir décisionnel à l'unanimité³. Cette structure simplifiée assurait une certaine efficacité dans la prise de décision en même temps qu'elle permettait aux Etats membres de conserver une totale maîtrise de la matière⁴. Par ailleurs, en se développant en dehors du cadre communautaire, la coopération de Schengen excluait le Parlement européen et la Cour de justice et partant tout contrôle administratif, politique ou juridictionnel communautaire.

Tous ces éléments ont assuré un développement rapide de la libre circulation des personnes dans le cadre de Schengen. Seulement, cette réussite posait problème dans la mesure où elle se réalisait au détriment de la Communauté. En dépit de l'affirmation solennelle⁵ et explicite⁶ de la primauté du dispositif communautaire sur la coopération intergouvernementale, la pratique a démontré qu'en réalité la coopération de Schengen a constitué un dispositif intergouvernemental d'application d'un dispositif communautaire. Au fond, et comme les travaux parlementaires français l'ont démontré, l'intervention de la Communauté dans ce domaine était vécue comme une perte de souveraineté que les Etats membres n'étaient pas prêts à accepter. De fait, l'expérience Schengen a été privilégiée. Mais peut être plus qu'un dispositif concurrent à l'Europe des Douze, Schengen a été un « laboratoire du Marché intérieur »⁷, ou plus précisément, « un banc d'essai des solutions qui peuvent ensuite être étendues »⁸.

Ainsi, la réalité quotidienne, l'histoire commune aux Etats membres, la conjoncture politique, concomitante à l'adoption de l'Acte unique, et la dimension institutionnelle

1 Article 132 de la Convention Schengen.

2 Article 131 de la Convention Schengen.

3 « [...] le Conseil de l'Union européenne a ainsi recensé pas moins de 100 décisions et 37 déclarations du Comité exécutif et 5 décisions du Groupe central de négociation auquel le Comité a conféré un certain pouvoir décisionnel », AKANDJI-KOMBE J.-F. « Accords de Schengen », Répertoire communautaire Dalloz, sp. paragraphe 20.

4 Sur ce point, voir DOLLAT P. « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 560 p., pp. 235-240.

5 Le préambule de la Convention de Schengen souligne que le but poursuivi par les Parties contractantes coïncide avec l'objectif d'instituer un espace sans frontières intérieures inscrit dans le traité instituant les Communautés européennes, ce que rappelle d'ailleurs l'intitulé du titre II de la Convention qui vise la « suppression des contrôles aux frontières intérieures et la libre circulation des personnes ».

6 Plusieurs dispositions de la convention font référence au droit communautaire (articles 134, 140 et 142) en particulier pour souligner la primauté de ce dernier vis-à-vis du dispositif intergouvernemental. L'article 134 indique « Les dispositions de la présente convention ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire » signifiant ainsi la primauté du droit communautaire sur le droit de Schengen. Sur ce point voir, GAUTIER Y. « Accords de Schengen », Juris-classeur Europe, Fasc. 140, sp. paragraphe 11.

7 BONNEFOI S. « Europe et sécurité intérieure. TREVI – Union européenne – Schengen », DELMAS, Paris, 1995, 180 p., sp. 72.

8 BLANC H. « Schengen : le chemin de la libre circulation en Europe », R.M.C. 2001, pp. 722-726, sp. 723.

ont assuré l'émergence d'une coopération sans précédent dans le domaine de la sécurité intérieure.

II. L'APPROCHE MATÉRIELLE

Au plan matériel, la coopération de Schengen a largement contribué à la libre circulation des personnes sur le territoire des Etats parties. Si l'Accord de Schengen a posé les prémices et les principes d'un espace de libre circulation (A), la Convention de Schengen a défini un cadre matériel d'action en assurant la réalisation tout en préservant sa sécurité (B).

A. L'Accord de Schengen

« Convention-cadre »¹, « accord d'intention »² ou encore « programme de travail »³, l'Accord de Schengen dressait en deux titres et 33 articles les prescriptions nécessaires à la suppression progressive des contrôles aux frontières communes. Le titre premier, intitulé « mesures applicables à court terme », visait à l'allègement des formalités aux frontières communes. Les dispositions instituaient une surveillance visuelle des véhicules franchissant la frontière commune⁴ et organisaient des contrôles groupés dans des bureaux de contrôle nationaux⁵. Par ailleurs, elles prévoyaient une coopération entre les autorités nationales en vue du rapprochement des politiques nationales en matière de visa⁶ ou du renforcement de la coopération en matière de trafic illicite de stupéfiants⁷ et de lutte contre différentes formes de criminalité⁸. De fait, les dispositions de l'Accord assuraient la mise en œuvre immédiate⁹ de la proposition

1 AKANDJI-KOMBE J.-F. « Accords de Schengen », Répertoire communautaire Dalloz.

2 COSTA-LASCOUX J. « De Schengen à Maastricht : libertés et contrôles dans l'Europe des citoyens » *in* Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, LITEC, Paris 1992, pp. 129-138, sp. 130.

3 ELSÉN C. « Les structures administratives de Schengen » *in* PAULY A. (édité par) « Les accords de Schengen : abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques ? », I.E.A.P., 1993, pp. 19-26, sp. 19.

4 Article 2 de l'Accord de Schengen.

5 Article 3 de l'Accord de Schengen.

6 Article 7 de l'Accord de Schengen.

7 Article 8 de l'Accord de Schengen.

8 Article 9 de l'Accord de Schengen.

9 L'article 32 de l'Accord de Schengen indique : « Le présent Accord est signé sans réserve de ratification ou d'approbation, ou sous réserve de ratification ou d'approbation, suivie de ratification ou d'approbation. Le présent Accord sera appliqué à titre provisoire à compter du jour suivant celui de sa signature. Le présent Accord entrera en vigueur trente jours après le dépôt du dernier instrument de ratification ou d'approbation ».

de la Commission relative à la règle du libre passage¹, présentée en 1984 et n'ayant jamais vu le jour².

La seconde partie de l'accord de Schengen s'intitulait « mesures applicables à long terme » et définissait les actions à entreprendre en vue de réaliser un espace sans contrôles aux frontières intérieures par un transfert des contrôles aux frontières extérieures. Cet objectif ne pouvait être atteint que dans la mesure où les Etats parties s'engageaient à prendre « [les] mesures complémentaires pour la sauvegarde de la sécurité et pour faire obstacle à l'immigration illégale de ressortissants non membres des Communautés européennes »³. Dans ce cadre, si les Etats étaient invités à engager « des discussions »⁴ dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, l'Accord de Schengen indiquait pour les matières relevant de la politique migratoire que « les Parties s'efforceront de réaliser l'harmonisation de leur politique en matière de visa ainsi que des conditions d'entrée sur leurs territoire ». Le texte ajoutait « pour autant que cela soit nécessaire, elles prépareront également l'harmonisation de leurs réglementations relatives à certains aspects du droit des étrangers (...) »⁵. Ainsi, l'Accord de Schengen impliquait un dépassement de la logique de coordination pour se situer sur le terrain de l'harmonisation des politiques nationales, quitte à ce que cette dernière se réalise ultérieurement « par voie conventionnelle »⁶.

B. La Convention de Schengen

Sans revenir sur le processus ayant présidé à la signature⁷, le 19 juin 1990, de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes de Schengen (ci-après la Convention de Schengen) et sur le caractère volumineux de ce texte parfois qualifié de « globalisme »⁸, ce qui frappe relève de son champ matériel qui englobait l'ensemble des réalisations poursuivies par le groupe *ad hoc* immigration ou le « document de Palma ». Autrement dit, les mesures

1 Proposition de directive du Conseil relative à la facilitation des contrôles et formalités applicables aux citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires, COM(84) 749 final, JOCE C 47/5 du 19.2.1985.

2 Voir *supra*.

3 Article 17 de l'Accord de Schengen.

4 Article 18 de l'Accord de Schengen.

5 Article 20 de l'Accord de Schengen.

6 AKANDJI-KOMBE J.-F. « Accords de Schengen », Répertoire communautaire Dalloz.

7 Voir en ce sens, PEAUCELLE J.-C. « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives », R.F.D.A., juillet-août 1990, pp. 516-524 ; « Acquis de Schengen », Dictionnaire Permanent Droit des Etrangers ; AKANDJI-KOMBE J.-F. « Accords de Schengen », Répertoire communautaire Dalloz ; COSTA-LASCoux J. « De Schengen à Maastricht : liberté et contrôles dans l'Europe des citoyens » in Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, LITEC Paris 1992, pp. 129-138 ; GAUTIER Y. « Accords de Schengen », Juris-Classeur Europe, Fasc. 140.

8 GAUTIER Y. « Accords de Schengen », Juris-Classeur Europe, Fasc. 140, sp. paragraphe 19.

que les Etats membres des Communautés avaient identifiées comme nécessaires à la réalisation du marché intérieur étaient contenues dans le dispositif Schengen (1). Le dispositif était en outre enrichi d'un système informatisé commun pour en améliorer l'effectivité (2).

1. La réalisation de la libre circulation des personnes

La libre circulation des personnes a constitué l'axe autour duquel tout devait s'organiser et sur lequel tout reposait. Réaliser un espace sans frontières intérieures assurant la libre circulation a impliqué de reporter les contrôles aux frontières extérieures et de déterminer les conditions d'entrée et de séjour des étrangers. Ainsi, le titre second de la convention portait sur la « suppression des contrôles aux frontières intérieures et [la] circulation des personnes » et posait les règles relatives aux points d'entrée aux frontières intérieures¹ et extérieures², aux conditions que doivent remplir les étrangers³ pour accéder au territoire commun⁴ et aux modalités de contrôles uniformes exercés aux frontières par les autorités nationales⁵.

Au plan matériel, les Etats s'engageaient à adopter une politique commune des visas de courte durée comprenant, entre autres, un visa uniforme valable pour l'ensemble des Etats parties⁶, une liste commune des pays dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et un régime du visa comprenant les conditions de sa délivrance⁷. Ces dispositions renvoyaient au Comité exécutif le soin d'adopter les règles en vue de garantir la mise en œuvre de la politique commune. En outre, et dans la logique de la libre circulation, un régime commun aux visas de long séjour était institué pour une période de trois mois⁸ et la Convention prévoyait l'adoption de règles permettant la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile⁹. Par ailleurs, des mesures d'accompagnement devaient enrichir ce dispositif telles que les sanctions applicables aux transporteurs ayant conduit un étranger ne remplissant pas les conditions requises pour pénétrer sur le territoire des Etats parties¹⁰ ou encore

1 Article 2, paragraphe 1 de la Convention Schengen « Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué ».

2 Article 3, paragraphe 1 de la Convention Schengen « Les frontières extérieures ne peuvent en principe être franchies qu'aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture fixées [...] ».

3 Au sens de la Convention de Schengen, les étrangers se définissent comme « toute personne autre que les ressortissants des Etats membres des Communautés européennes ». Ce choix s'explique par le souci de ne pas rétablir de frontières à l'intérieur de la Communauté puisque si l'ensemble des Etats Schengen sont des Etats membres de la Communauté, la réciproque ne fonctionne pas. Il fallait en conséquence éviter le risque de cloisonner à nouveau l'espace communautaire.

4 Article 5 de la Convention Schengen.

5 Article 6 de la Convention Schengen.

6 Article 10 de la Convention Schengen.

7 Articles 11 à 17 de la Convention Schengen.

8 Article 18 de la Convention Schengen.

9 Ce dispositif s'intègre pleinement à la logique de libre circulation dans la mesure où il vise à lutter contre les demandes d'asile multiples et le phénomène des réfugiés sur orbite.

10 Article 26 de la Convention Schengen.

les sanctions devant être instaurées à l'encontre de toute personne aidant ou tentant d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer et à séjourner sur le territoire d'un Etat partie en violation de la législation de ce dernier¹.

En revanche, la pleine participation des Etats parties au dispositif de Schengen a été conditionnée à l'introduction dans la Convention d'une véritable « clause de souveraineté ». Ainsi, l'article 2, paragraphe 2, de la Convention de Schengen prévoyait que les Etats parties pouvaient, sous réserve de certaines conditions et pour des raisons d'ordre public et de sécurité nationale, rétablir les contrôles aux frontières intérieures². Pendant de la suppression des contrôles aux frontières intérieures et des mesures prises pour son application, cette disposition a constitué une condition *sine qua non* de l'engagement des Etats, qui sauvegardaient ainsi leur part irréductible de souveraineté.

En s'attachant à exploiter toutes les potentialités inhérentes au principe de libre circulation, la Convention de Schengen a témoigné de la volonté de mettre en œuvre, par le truchement d'une voie parallèle, l'objectif communautaire. Elle a également contribué à renforcer l'effectivité du projet en instituant un système informatisé commun.

2. Le Système d'Information Schengen (SIS)

Le dispositif de Schengen a doté l'ensemble de la coopération d'un instrument opérationnel fondamental, le Système d'Information Schengen. Schématiquement, il s'agit d'un système informatisé permettant aux autorités nationales habilitées d'obtenir, grâce à une procédure d'interrogation automatisée, des signalements de personnes et d'objets lors des contrôles de frontières ou à l'occasion de contrôles effectués à l'intérieur des Etats. Véritable « clé de voûte »³ de l'espace de libre circulation, ce système contient notamment des données relatives aux étrangers « signalés aux fins de non-admission »⁴. Ainsi, par exemple, à l'occasion d'un contrôle à l'entrée sur le territoire d'un Etat membre, les autorités nationales peuvent consulter le système informatisé afin de vérifier si la personne n'est pas signalée aux fins de non-admission et par conséquent l'autoriser ou non à entrer sur l'espace commun. De ce point de vue, la coopération de Schengen a contribué de manière décisive à l'établissement d'un espace de libre circulation.

1 Article 27 de la Convention Schengen.

2 Article 2, paragraphe 2 de la Convention Schengen « Toutefois, lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent, une partie contractante peut, après consultation des autres parties contractantes, décider que, durant une période limitée, des contrôles frontaliers nationaux adaptés à la situation seront effectués aux frontières intérieures. Si l'ordre public ou la sécurité nationale exigent une action immédiate, la partie contractante concernée prend les mesures nécessaires et en informe le plus rapidement possible les autres parties contractantes ».

3 MAGRANERA. « Coexistence du Système d'Information de Schengen (SIS) et du Système d'information Européen (SIE) » in PAULY A. (Sous la direction de) « De Schengen à Maastricht : voie royale et course d'obstacles », I.E.A.P., 1996, 285 p., pp. 81-95, sp. 87.

4 Article 96 de la convention de Schengen.

Si la convention de Schengen n'est entrée en vigueur que le 26 mars 1996, en raison des retards pris pour la mise en œuvre opérationnelle du système d'information de Schengen¹, la coopération Schengen dans son ensemble a assuré les conditions de la mise en œuvre de la libre circulation des personnes sur le territoire des Etats parties. Qu'il s'agisse de la réalisation de la règle du libre passage par l'Accord de Schengen et des dispositions de la convention de Schengen permettant l'établissement et l'adoption de règles communes, la contribution matérielle de la coopération à la libre circulation des personnes a été majeure². Seulement, en se développant en dehors du cadre institutionnel communautaire, le « laboratoire » Schengen est demeuré un dispositif concurrent à l'action communautaire.

SOUS-SECTION 3. L'ALTERNATIVE À LA COMMUNAUTARISATION : LE TRAITÉ DE MAASTRICHT

Si la libre circulation des travailleurs a modifié les réflexes nationaux en matière migratoire concernant les membres de la famille du ressortissant des Etats membres³, la réalisation du marché intérieur a imposé une action plus profonde portant sur l'harmonisation des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres⁴. Seulement, dans un climat de méfiance réciproque

1 Voir à ce sujet GAUTIER Y. « Accords de Schengen », *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 2630, sp. Paragraphe 12.

2 Si bien que concernant le domaine de la gestion des frontières extérieures, la Commission européenne a pu considérer qu'après l'introduction de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne « L'Union européenne possède déjà un acquis communautaire précis dans le domaine des frontières extérieures, mais la principale difficulté actuelle est de pouvoir organiser entre les Etats membres toutes les synergies opérationnelles qui permettraient d'avoir des actions mieux coordonnées et donc un niveau de sécurité plus homogène à toutes les frontières extérieures », Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002)233 final du 07.05.2002, sp. 4.

3 Voir entre autres à ce sujet CARLIER J.-Y. « La condition des personnes dans l'Union européenne », *Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain*, Larcier, Bruxelles, 2007, 485 p. ; WEISS F. & WOOLDRIDGE F. « Free Movement of Persons within the European Community », *European Monographs, KLUWER LAW INTERNATIONAL*, The Hague - London - New York, 2002, 249 p. ; APAP J. (edited by) « Freedom of Movement of Persons. A Practitioners's Handbook », *KLUWER LAW INTERNATIONAL*, The Hague - London - New York, 2002, 507 p. ; LABAYLE H. « L'étranger dans l'Union européenne » in « Le droit à la mesure de l'Homme », *Mélanges en l'honneur de Philippe LEGER, PEDONE*, Paris 2006, 523 p., pp. 423-434.

4 « La dynamique du marché intérieur, telle que la conçoit notamment la Commission, a fait de l'abolition des contrôles sur les personnes aux frontières entre les Etats membres de la Communauté européenne l'une des composantes du principe même de libre circulation des personnes. Or l'harmonisation des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres est un préalable nécessaire à l'élimination des contrôles aux frontières internes » in SCHMITTER C, JULIEN-LAFERRIERE F, CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration /

suscitant une réaction de repli¹, les Etats membres sont demeurés réticents à tout traitement communautaire des questions migratoires. La création par le traité de Maastricht d'une Union européenne bâtie en « piliers » a permis aux Etats membres de développer une alternative à la communautarisation. Le « troisième pilier » de l'Union européenne, dédié à la justice et aux affaires intérieures, prévoyait que la politique d'asile, les règles régissant le franchissement et le contrôle des frontières extérieures ainsi que la politique d'immigration constituent des questions d'intérêt commun². Ainsi, et si le traité de Maastricht a consacré une compétence communautaire dans le domaine de la politique des visas, les autres domaines de la politique ont continué d'être traités dans le cadre intergouvernemental du troisième pilier. En créant une structure en piliers, le traité a institutionnalisé une alternative fonctionnelle (I) et matérielle (II) à la méthode communautaire.

I. L'ALTERNATIVE FONCTIONNELLE

La négociation du traité de Maastricht a eu pour principal objectif d'approfondir l'établissement du marché intérieur par la création d'une union monétaire. Si de nouveaux thèmes sont apparus au cours de la négociation, tels que la politique étrangère et de sécurité commune en raison de la transformation du contexte international ou encore la politique sociale dont un protocole a consacré l'émergence, la sécurité intérieure « ne constituait pas un impératif pour l'Europe »³. La proposition allemande de communautariser l'immigration et l'asile présentée lors du Conseil de Luxembourg

The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 100-101.

- 1 GUILD E. « Immigration Law in the European Community », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - New York, 2001, 370 p., sp. 222.
- 2 Article K.1 du traité sur l'Union européenne « Aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, notamment de la libre circulation des personnes, et sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, les Etats membres considèrent les domaines suivants comme des questions d'intérêt commun :
 - 1) la politique d'asile ;
 - 2) les règles régissant le franchissement des frontières extérieures des Etats membres par des personnes et l'exercice du contrôle de ce franchissement ;
 - 3) la politique d'immigration et la politique à l'égard des ressortissants des pays tiers :
 - a) les conditions d'entrée et de circulation des ressortissants des pays tiers sur le territoire des Etats membres ;
 - b) les conditions de séjour des ressortissants des pays tiers sur le territoire des Etats membres, y compris le regroupement familial et l'accès à l'emploi ;
 - c) la lutte contre l'immigration, le séjour et le travail irréguliers de ressortissants des pays tiers sur le territoire des Etats membres ; (...).
- 3 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 246 p., sp. 43.

de 1991¹ a obligé la conférence à se saisir de la question et à trouver une réponse alternative à la communautarisation dans la mesure où les Etats membres refusaient toute augmentation des compétences communautaires. C'est donc par la création d'un troisième pilier de l'Union européenne que les questions de sécurité intérieure ont fait leur apparition dans le traité de Maastricht². Attribuant un cadre juridique et institutionnel à la coopération intergouvernementale, le traité de Maastricht a poursuivi l'œuvre d'eupéanisation des politiques migratoires. Il a contribué à mettre en commun des coopérations déjà existantes en les maintenant éloignées de toute perspective de communautarisation. Ainsi, ce traité a procédé à des modifications institutionnelles et décisionnelles en « trompe l'œil » (A) appuyées sur des instruments juridiques à l'efficacité relative (B).

A. L'apparence de la rationalisation institutionnelle

Le traité de Maastricht a placé la coopération intergouvernementale dans « un cadre institutionnel unique » et rationalisé les cadres de travail. Cependant, cet objectif a constitué un trompe l'œil, à la fois parce que le cadre institutionnel du troisième pilier se différenciait du cadre institutionnel classique (1) et parce qu'en guise de rationalisation décisionnelle, les options arrêtées à Maastricht ont contribué à complexifier les procédures de prise de décision (2).

1. Le cadre institutionnel

L'article C du traité UE indiquait que l'Union « dispose d'un cadre institutionnel unique »³. Cette approche ne correspondait cependant pas au schéma proposé par le troisième pilier. Sans entrer dans le détail d'une littérature riche en la matière⁴, le troisième pilier de l'Union européenne tenait plusieurs institutions communautaires à

1 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., pp. 17.

2 Sur le processus d'élaboration du traité de Maastricht, voir en particulier CLOOS J., REINESCH G., VIGNES D. et WEYLAND J. « Le traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires », BRUYLANT, Bruxelles 1994, 814 p. ; RIGAUX A. « Présentation générale » in CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D. « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », Economica, Paris, 1995, 1000 p., pp. 1-50.

3 Article C du traité sur l'Union européenne « L'Union dispose d'un cadre institutionnel unique qui assure la cohérence et la continuité des actions menées en vue d'atteindre ses objectifs, tout en respectant et en développant l'acquis communautaire ».

4 Voir entre autres contributions, GAUTIER Y., commentaire du titre VI du traité sur l'Union européenne in CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D., « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », Economica, Paris, 1995, 1000 p., pp. 813-859, sp. 828 ; LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35 ; LABAYLE H. « Coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », Encyclopédie Dalloz Communautaire ; LEPOIVRE M. « Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996 », C.D.E. 1995, pp. 323-349 ; VIGNES D. « Plaidoyer pour le IIIème pilier », R.M.C. 1996, n° 397, pp. 273-281.

l'écart de son champ d'application. Si la Commission bénéficiait d'un droit d'initiative partagée¹, l'institution démocratique et le juge communautaire demeuraient en marge du processus, ce qui au plan des principes marquait une approche malaisée. En effet, ces matières relèvent traditionnellement dans les démocraties occidentales de la compétence du législateur², et sont soumises au contrôle du juge garant des libertés publiques et des garanties individuelles. Qu'il s'agisse du contrôle démocratique insignifiant du Parlement européen³ ou encore de l'hypothétique contrôle de la Cour de justice sur les conventions du troisième pilier⁴, les exigences nationales entourant ces deux matières ne trouvaient pas leur pendant au niveau européen, ce qui ne manquait pas de soulever l'étonnement, si ce n'est l'inquiétude. Par ailleurs, la possibilité ouverte par l'article K.9 du traité⁵ permettant la « communautarisation » de certaines matières, et partant l'application du dispositif institutionnel classique, ne fut jamais utilisée⁶. Au final, et en guise de cadre institutionnel unique, le troisième pilier offrait un schéma dans lequel le Conseil constituait « l'organe décisionnel unique »⁷.

La raison de ce choix institutionnel a résulté de la conjoncture et de la volonté de traiter de manière identique des problématiques différentes. La négociation du traité de Maastricht a en effet été perturbée par le conflit des Balkans qui a mis en lumière un double enjeu pour l'Union, celui de « mener une politique étrangère commune vis-à-vis du conflit dans les Balkans tout en faisant face aux déplacements massifs de population à la recherche d'une protection internationale, qu'il engendre »⁸. Ainsi, les Etats membres ont décidé de créer deux piliers ayant vocation, pour l'un, à assurer la sécurité extérieure et, pour l'autre, la sécurité intérieure. Cette démarche aboutit à un alignement des cadres institutionnels entre le second et le troisième piliers. Or, chacun de ces piliers poursuit un objectif différent et appelle des modes d'action spécifiques. Autrement dit, si la politique étrangère et de sécurité commune vise l'adoption d'orientations communes et la coordination d'actions opérationnelles, la

1 Article K.3.2. TUE « Le Conseil peut :

- à l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission dans les domaines visés aux points 1 à 6 de l'article K. 1, (...) ».

2 LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, sp. 13.

3 Article K.6 TUE « La présidence et la Commission informent régulièrement le Parlement européen des travaux menés dans les domaines relevant du présent titre.

La présidence consulte le Parlement européen sur les principaux aspects de l'activité dans les domaines visés au présent titre et veille à ce que les vues du Parlement européen soient dûment prises en considération.

Le Parlement européen peut adresser des questions ou formuler des recommandations à l'intention du Conseil. Il procède chaque année à un débat sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre des domaines visés au présent titre ».

4 Article K.3 TUE.

5 Autrement qualifié de « clause passerelle » entre le troisième et le premier pilier.

6 Voir notamment, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2001, 370 p., sp. 260.

7 VIGNES D. « Plaidoyer pour le IIIème pilier », R.M.C. 1996, n° 397, pp. 273-281, sp. 277.

8 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », *Notes et études documentaires*, La Documentation française, Paris, 246 p., sp. 56.

sécurité intérieure, et en particulier le domaine de la politique migratoire, poursuit une démarche normative qui implique nécessairement le législateur et le juge. L'alignement du troisième pilier sur le second a donc eu pour conséquence la mise à l'écart de l'institution parlementaire et du juge.

2. *Le processus décisionnel*

La création du troisième pilier de l'Union européenne a permis l'institutionnalisation au sein du Conseil d'un comité de coordination, autrement appelé Comité K.4 en référence à l'article du traité qui l'institue¹, ayant pour but de regrouper et de rationaliser l'action des enceintes de coordination préexistantes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures². En pratique, et dans le domaine de la politique migratoire, ce comité de coordination s'est « substitué à un ex-groupe des coordinateurs créé au temps de la coopération informelle »³.

Seulement, et si la création du Comité K. 4 a participé à la rationalisation des structures de travail au sein du Conseil, ce dernier s'est parallèlement enrichi de trois groupes directeurs⁴. De sorte que le processus décisionnel du troisième pilier s'échelonnait sur cinq niveaux de décision. Schématiquement, les groupes de travail étaient subordonnés à trois groupes directeurs, eux-mêmes subordonnés au Comité K.4, lequel agissait sous le contrôle du COREPER, avant que la décision finale soit arrêtée par le Conseil⁵. Cette inflation structurelle a compliqué et

1 Article K.4 du traité sur l'Union européenne 'Il est institué un Comité de coordination composé de hauts fonctionnaires. En plus de son rôle de coordination, ce Comité a pour mission :

- de formuler des avis à l'intention du Conseil, soit à la requête de celui-ci, soit de sa propre initiative ;
- de contribuer, sans préjudice de l'article 151 du traité instituant la Communauté européenne, à la préparation des travaux du Conseil dans les domaines visés à l'article K.1, ainsi que, selon les conditions prévues à l'article 100 D du traité instituant la Communauté européenne, dans les domaines visés à l'article 100 C dudit traité. »

2 Comme le souligne Y. GAUTIER « L'ensemble [des comités et sous groupes existant dans la mouvance du Conseil européen] était suffisamment complexe et opaque pour que l'on puisse espérer, à l'occasion de l'entrée en vigueur du traité, une rationalisation des activités déployées par ces différentes enceintes voire même leur absorption par le Comité institué par l'article K.4. », GAUTIER Y., commentaire du titre VI du traité sur l'Union européenne *in* CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D., « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », *Economica* 1995, 1000 p., pp. 813-859, sp. 852.

3 VIGNES D. « Plaidoyer pour le IIIème pilier », *R.M.C.* 1996, n° 397, pp. 273-281, sp. 277.

4 Ces groupes directeurs sont institués en fonction des objectifs fixés par l'article K.1 du traité UE. Ainsi, un premier groupe s'occupe des questions d'asile et d'immigration, un second groupe prend en charge les questions relatives à la coopération policière et douanière, et un troisième groupe se consacre à la coopération judiciaire en matière civile et pénale.

5 Pour un organigramme des structures de travail dans le domaine de la JAI, voir, entre autres, LEPOIVRE M. « Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996 », *C.D.E.* 1995, pp. 323-349, annexe II, p. 349 ; Commission européenne « Rapport sur le fonctionnement du TUE », 10 mai 1995, Texte reproduit *in* « La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents », Centre européen de Sciences Po, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, 392 p., sp. 109-205.

ralenti la prise de décision, au point que certains auteurs ont pu parler de « chemin de croix »¹.

Du leurre du cadre institutionnel unique en passant par la démultiplication des structures de travail, les choix opérés à Maastricht démontraient la volonté des Etats membres de conserver la maîtrise des politiques affectées au troisième pilier. Ce que confirmait la typologie des instruments juridiques mis à disposition.

B. L'inadaptation des instruments juridiques

L'article K.3 du traité UE dressait la liste des instruments à disposition du Conseil dans le domaine de la Justice et des Affaires Intérieures (ci-après JAI). A coté de la convention apparaissaient deux instruments nouveaux, l'action commune et la position commune. Passé la nouveauté, un premier constat s'imposait, celui de la similitude des instruments entre le second et le troisième pilier alors que les deux domaines poursuivaient des objectifs différents, politique pour la Politique Etrangère et de Sécurité Commune (ci-après PESC) et normatif pour la JAI. Aussi, si les positions et actions communes pouvaient tenir lieu de moyen d'intervention en matière de PESC, cela n'était pas le cas pour la JAI qui impose l'adoption d'instruments juridiques contraignants. L'opportunité d'une approche instrumentale commune entre les deux matières a donc rapidement prêté le flanc à l'interrogation, si ce n'est à la critique².

Par ailleurs, et mis à part le cas de la convention, la question des effets juridiques des actes adoptés sur le fondement du titre VI demeurait. Si le pilier PESC entourait l'adoption des positions et actions communes d'un formalisme et d'obligations de comportements³, rien de tel dans le domaine JAI⁴. De fait, le débat doctrinal a opposé différentes thèses relatives aux obligations juridiques découlant des actions et positions communes⁵.

1 LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35, sp. 10.

2 On soulignera à titre d'exemple l'idée d'inadaptation *in* LEPOIVRE M. « Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996 », C.D.E. 1995, pp. 323-349, sp. 333, ou encore l'emploi du terme de « nocivité » *in* LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35, sp. 15.

3 On citera à titre d'exemple l'article J.2, paragraphe 2, alinéa 2 UE « Les Etats membres veillent à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes », ou encore l'article J.3, paragraphe 4 UE « Les actions communes engagent les Etats membres dans leurs prises de position et dans la conduite de leur action ».

4 Sur ce point voir entre autres, GAUTIER Y., commentaire du titre VI du traité sur l'Union européenne *in* CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D., « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », Economica 1995, 1000 p., pp. 813-859, sp. 849 et s. ; LO MONACO A. « Les instruments juridiques de coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures », R.T.D.E. 1997, pp. 11-21, sp. 15 et s.

5 Sur les thèses en présence, voir LO MONACO A. « Les instruments juridiques de coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures », R.T.D.E. 1997, pp. 11-21, sp. 15 et s.

La position commune ne semblait pas par nature emporter d'obligations vis-à-vis des Etats. Telle que définie par Marc LEPOIVRE, elle s'apparentait à « une décision par laquelle le Conseil définit des principes ou des interprétations partagées par tous ses Etats membres et à laquelle ils se référeront dans leur comportement »¹. Plus difficile s'avérait l'analyse relative à l'action commune. En fait, et sans s'inscrire dans un cadre prédéterminé, la portée de l'obligation juridique devait s'apprécier acte par acte. A titre d'exemple, la première action commune adoptée par le Conseil visant à faciliter le déplacement à l'intérieur de la Communauté des écoliers ressortissants de pays tiers résidant légalement dans un Etat membre² pouvait entraîner, en vue de son application, une modification du cadre législatif national³. A l'inverse, d'autres actions communes poursuivaient un objectif vague rendant l'évaluation de la portée juridique de l'acte incertaine, comme le démontrait l'action commune relative à des actions de mise en œuvre de l'article K.1 du traité UE⁴. Au final, l'utilisation d'actions communes à effet juridique contraignant a été exceptionnelle dans la mesure où « une tendance s'est alors rapidement affirmée parmi les Etats, déniaient tout effet contraignant aux actes pris sur la base du troisième pilier »⁵.

II. L'ALTERNATIVE MATÉRIELLE

A l'alternative fonctionnelle s'est ajoutée une alternative dans l'action matérielle. La politique des visas, partiellement communautarisée par le traité, a fait l'objet d'une approche *a minima* (A) pendant que la politique d'asile, d'immigration et de franchissement des frontières extérieures a illustré le refus des Etats membres de s'engager de manière contraignante (B).

1 LEPOIVRE M. « Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996 », C.D.E. 1995, pp. 323-349, sp. 332.

2 Décision du Conseil, 94/795/JAI, du 30 novembre 1994, relative à une action commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point b) du traité sur l'Union européenne en ce qui concerne les facilités de déplacement des écoliers ressortissants de pays tiers résidant dans un Etat membre, JO L 327/1 du 19.12.1994.

3 Article 5, paragraphe 1 « Les États membres veillent à ce que les adaptations nécessaires soient apportées à leur législation nationale et à ce que les dispositions de la présente action commune y soient transposées le plus rapidement possible et au plus tard le 30 juin 1995 ».

4 Action Commune du 25 septembre 1995 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à des actions de mise en œuvre de l'article K.1 du traité (95/401/JAI), JO L 238/1 du 06.10.1995.

5 LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35, sp. 20.

A. Une politique communautaire des visas peu ambitieuse

La communautarisation d'une partie de la politique des visas a été qualifiée de « victoire communautaire »¹. En réalité, le triomphe doit être modeste tant la concession des Etats membres est relative et ne concerne, d'une part, que l'établissement d'une liste de pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa pour pénétrer sur le territoire commun et, d'autre part, l'instauration d'un modèle type de visa.

Au terme de l'article 100 C, paragraphe 1, du traité CE « le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, détermine les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres ». Cette disposition constituait la base juridique permettant d'adopter ce qu'il est convenu d'appeler la liste « noire »² des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour pénétrer sur le territoire des Etats membres. Pour importante que puisse paraître cette avancée, sa portée doit être nuancée pour trois raisons.

En premier lieu, l'établissement d'une telle liste ne posait pas de problèmes particuliers dans la mesure où elle avait déjà été acceptée de manière informelle par les Etats membres lors du Conseil de Copenhague de 1988³ et qu'une telle liste était appliquée dans le cadre de la coopération Schengen entre plus de la moitié des Etats membres de la Communauté⁴. En second lieu, l'interdépendance – implicite ou explicite – entre l'article 100 C et la réalisation du marché intérieur poussait la Commission⁵ et certains auteurs⁶ à proposer une extension du champ d'application

1 CLOOS J., REINESCH G., VIGNES D. et WEYLAND J. « Le traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires », BRUYLANT, Bruxelles 1994, 814 p ; sp. 507.

2 Par opposition à la liste « blanche », cf. *infra*.

3 GUILD E. « Immigration Law in the European Community », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - New York, 2001, 370 p., sp. 279.

4 Article 9 de la Convention de Schengen.

5 Le 4^{ème} considérant du préambule de la proposition de règlement déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres prévoit cette perspective puisqu'il dispose « ... ; que des divergences entre les réglementations et les pratiques des Etats membres doivent être autorisées pendant une période limitée et à titre transitoire, étant entendu qu'elles ne peuvent pas donner lieu à des contrôles contraires à l'article 7 A du traité ; qu'il convient de prévoir l'expiration de ce régime transitoire au 30 juin 1996 et de prévoir l'obligation pour le Conseil de décider avant cette date s'il impose une exigence de visa aux ressortissants de chaque pays tiers ou s'il les exempte de cette exigence », COM(93) 684 final du 10.12.1993, JO C 11/15 du 15.01.1994 (souligné par nous).

6 Le Professeur HAILBRONNER soutenait que l'absence d'harmonisation des listes nationales, notamment par l'intermédiaire d'une liste « blanche », aurait pour effet de priver d'efficacité les règles nationales relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers. En effet, dans la perspective d'un espace sans contrôles aux frontières intérieures, un ressortissant de pays tiers entré sans obligation de visa dans un Etat membre aurait la faculté de pénétrer dans un autre Etat membre pour lequel un visa lui aurait normalement été demandé en application de la réglementation nationale. HAILBRONNER K. « Visa regulations and third-country nationals in EC law », C.M.L.R., vol. 31, n° 5, 1994, pp. 969-995, sp. 979 et s.

matériel de l'article 100 C à ce qu'il est convenu d'appeler la liste « blanche »¹. Or, dans un règlement du 25 septembre 1995², le Conseil n'a établi qu'une liste « noire » considérant, en son article 2, paragraphe 1, que « Les Etats membres déterminent si les ressortissants des pays tiers ne figurant pas sur la liste commune sont soumis à l'obligation de visa ». Ce choix du Conseil impliquait deux conséquences. D'une part, le transfert de compétence dans le domaine de la politique des visas ne portait qu'une atteinte limitée à leurs droits souverains. D'autre part, en l'absence de liste « blanche », les Etats membres ont volontairement empêché que le droit communautaire ne crée des droits individuels au profit des tiers³. Ainsi, toute contestation d'une personne contre l'exigence de visa alors que son pays n'était pas inscrit dans la liste « noire » relevait du droit national. En troisième lieu, la liste ne représentait qu'une immixtion partielle de la Communauté dans ce domaine dans la mesure où elle n'était pas compétente pour réglementer les conditions de délivrance des visas. Cette dernière demeurait une compétence nationale dont le traitement relevait de la coopération intergouvernementale au titre de l'article K.1, paragraphe 2, du traité UE⁴.

Cette approche limitative de la compétence communautaire a également été marquée par le refus de consacrer le principe de reconnaissance mutuelle des visas délivrés, contrairement à la proposition introduite en ce sens par la Commission⁵. En conséquence, les personnes titulaires d'un visa demeuraient soumises à l'autorisation discrétionnaire des Etats membres pour franchir la frontière extérieure et pour franchir la frontière intérieure afin de se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre.

Le second versant de la politique communautaire des visas a porté sur l'instauration d'un modèle type de visa dont l'article 100 C du traité de Maastricht imposait l'adoption⁶. Le Conseil a adopté le 29 mai 1995 un règlement établissant un modèle type de visa⁷ visant l'établissement de spécifications techniques qui devaient être

- 1 La liste « blanche » contient l'énumération des pays dont les ressortissants ne sont pas soumis à l'obligation de visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres.
- 2 Règlement (CE) n° 2317/95 du Conseil, du 25 septembre 1995, déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, JO L 234/1 du 03.10.1995.
- 3 Sur ce point voir en particulier, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - New York, 2001, 370 p., pp. 279 et s.
- 4 Comme le démontre la proposition de convention relative au contrôle des personnes lors du franchissement des frontières extérieures qui contient un article 19 intitulé « Conditions de délivrance du visa uniforme », JO C 11/8 du 15.01.1994.
- 5 Article 2 de la proposition « Un Etat membre ne pourra exiger un visa d'une personne qui cherche à franchir ses frontières extérieures et qui possède un visa délivré par un autre Etat membre, dans la mesure où ce visa est valable dans l'ensemble de la Communauté », COM(93) 684 final du 10.12.1993, JO C 11/15 du 15.01.1994.
- 6 Article 100 C, paragraphe 3 « A compter du 1^{er} janvier 1996, le Conseil adoptera à la majorité qualifiée les décisions visées au paragraphe 1. Avant cette date, le Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête les mesures relatives à l'instauration d'un modèle type de visa ».
- 7 Règlement (CE) n° 1683/95 du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa, JO L 164/1 du 14.07.1995.

intégrées dans les visas afin qu'ils puissent atteindre des normes de sécurité de haut niveau permettant de lutter contre la falsification¹.

En réalité, le pouvoir attribué à la Communauté en matière de visas a simplement consisté en une action de régulation des droits nationaux. Malgré une procédure basée sur la majorité qualifiée, cette compétence était réduite et n'a pas eu pour objet de contraindre les États membres dans un domaine de compétence qu'ils considéraient comme demeurant un attribut de leur souveraineté. L'idée de mettre en œuvre une coopération se présentant comme une réponse crédible à la coopération Schengen n'apparaissait dès lors pas convaincante. L'analyse de l'action matérielle dans le cadre du troisième pilier s'inscrivait dans une logique semblable.

B. Une coopération intergouvernementale peu contraignante

L'article K. 1 du traité sur l'Union européenne, dédié aux politiques d'asile et d'immigration², à la coopération policière et douanière³ et à la coopération judiciaire en matière civile et pénale⁴ est frappé par une absence d'objectif qui est structurelle. En considérant ces domaines simplement comme des « questions d'intérêt commun », le traité a vidé le domaine de la justice et des affaires intérieures de toute dynamique politique. Cette carence ne pouvait en conséquence entraîner de réalisations juridiques ambitieuses. Cela étant, et de manière symptomatique, le domaine de la politique migratoire a connu un traitement singulier résultant d'un refus systématique de l'obligation juridique tant à l'égard du procédé conventionnel (1) que des instruments mis à disposition par le troisième pilier (2).

1. Une méthode conventionnelle défailante

En matière migratoire, l'absence de propositions en nombre comparable par rapport au domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale⁵ a témoigné de cette défailance, renforcée par l'absence d'accord sur les rares conventions proposées.

1 Le troisième considérant du règlement (CE) n° 1683/95 indiquait à ce titre « considérant qu'il est essentiel que le modèle type de visa contienne toutes les informations nécessaires et qu'il réponde à des normes techniques de très haut niveau, notamment en ce qui concerne les garanties contre la contrefaçon et la falsification ; que le modèle type doit aussi être adapté à son utilisation par tous les États membres et comporter des dispositifs de sécurité universellement reconnaissables qui soient visibles à l'oeil nu ».

2 Article K. 1, points 1), 2) et 3) TUE.

3 Article K. 1, points 4), 5) 8) et 9) TUE.

4 Article K. 1, points 6) et 7) TUE.

5 Comme le souligne un auteur « la création du troisième pilier a été motivée par la nécessité d'ordonner les coopérations empiriques contribuant à la libre circulation des personnes. On aurait pu penser que les décisions concernant l'immigration, l'asile et les frontières extérieures constitueraient une part majeure des travaux. Or l'expérience a montré que le troisième pilier s'est progressivement concentré sur la dimension répressive de la sécurité intérieure, en particulier la coopération policière et la coopération judiciaire pénale », DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 246 p., sp. 66.

Ainsi, les Etats membres n'ont pu mener à bien le projet relatif à la convention sur le franchissement des frontières extérieures. Cette situation est regrettable, d'une part, parce que le schéma proposé par la Commission poursuivait une démarche concurrente au modèle de Schengen¹, d'autre part, parce que les raisons qui ont conduit au blocage étaient extérieures à la matière même et ont résulté du désaccord entre le Royaume-Uni et l'Espagne sur l'application du dispositif conventionnel à Gibraltar. Ensuite, la proposition de convention sur l'admission des ressortissants de pays tiers² a également rencontré l'opposition des Etats membres alors même que son objectif ne visait qu'à « codifier, dans un texte juridiquement contraignant, les accords politiques passés »³.

En définitive, les raisons de cette défaillance doivent être recherchées dans « la volonté des Etats membres de ne pas dépasser le stade de l'accord politique »⁴ et d'éviter systématiquement toute contrainte juridique.

2. *Un refus systématique de l'obligation juridique*

Les Etats membres ont manifesté une forte résistance à l'utilisation des voies ouvertes par le traité et ont préféré développer leur action par l'intermédiaire des techniques classiques de la coopération intergouvernementale.

La politique d'asile est significative de ce point de vue. Première question d'intérêt commun identifiée par les Etats membres, une déclaration annexée au traité indiquait que « le Conseil examinera en priorité les questions concernant la politique d'asile des Etats membres, avec pour objectif d'adopter, pour le début 1993, une action commune visant à en harmoniser les aspects (...) »⁵. La déclaration ajoutait, « dans ce contexte, le Conseil, avant la fin de 1993, (...) examinera également la question d'une éventuelle application de l'article K. 9 à ces matières ». Le bilan est révélateur. Outre un ensemble d'actions communes relatives au financement de projets spécifiques⁶, la

1 Bien que « moins complète que l'accord de Schengen, elle laisse beaucoup de décisions de mise en œuvre, à la diligence du Comité qu'elle institue en son article 26. Elle est accompagnée d'une déclaration des Etats membres selon laquelle ses dispositions n'ont pas d'effet sur les contrôles aux frontières intérieures des Etats Parties. Elle ne comporte pas de disposition en matière d'asile, renvoyant pour cela à la convention de Dublin », in DE LARY H. « Les fondements juridiques et les modalités pratiques du contrôle des mouvements migratoires dans le cadre de la C.E.E. après le 1^{er} janvier 1993 », OCDE/GD (93) 19, 23 p., sp. 8.

2 Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les États membres, COM(97) 387 final, JO C 337/9 du 07.11.1997.

3 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 246 p., sp. 79.

4 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 246 p., sp. 79.

5 Déclaration relative à l'asile, déclaration n° 31 annexée au traité de Maastricht.

6 Action commune, 97/477/JAI, du 22 juillet 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des personnes déplacées qui ont trouvé une protection temporaire dans les Etats membres et des demandeurs d'asile, JO L 205/3 du 31.07.1997 ; Action commune, 97/478/JAI, du 22 juillet 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des demandeurs d'asile et des réfugiés, JO L 205/5 du 31.07.1997 ; Action commune, 98/304/

seule position commune adoptée conformément aux instruments proposés¹ contenait une disposition qui neutralisait l'effet juridique. Elle indiquait en effet que « la présente position commune est adoptée dans les limites des pouvoirs constitutionnels des gouvernements des États membres ; elle ne lie pas les organes législatifs et n'affecte pas les décisions des autorités judiciaires des États membres ». Pour le reste, le domaine de l'asile était couvert par une résolution². Enfin, la « clause passerelle » de l'article K. 9 ne sera jamais utilisée³.

En pratique, les États membres se sont ralliés à une logique plus radicale, celle de l'adoption d'actes hors nomenclature. Ainsi, l'essentiel de l'activité normative du troisième pilier s'est développé au moyen de résolutions, recommandations et autres conclusions⁴, témoignant de la volonté des États membres de ne pas être contraints juridiquement et de conserver leurs compétences souveraines dans le domaine du troisième pilier. Dans ce contexte, la mise en œuvre du programme de la Commission sur les politiques d'immigration et d'asile présenté en février 1994⁵ et visant notamment à la conclusion de conventions et l'adoption de mesures d'harmonisation n'avait aucune chance d'aboutir.

À l'évidence, les résultats n'ont pas atteint les objectifs recherchés de sorte que le terme « d'échec »⁶ a été utilisé pour qualifier la coopération instituée par le traité de Maastricht. Ce bilan est regrettable pour deux raisons. En premier lieu, parce que l'objectif du traité de Maastricht visant « à asseoir une pratique qui, jusque là évoluait

JAI, du 27 avril 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des personnes déplacées qui ont trouvé une protection temporaire dans les États membres et des demandeurs d'asile, JO L 138/6 du 09.05.1998 ; Action commune, 98/305/JAI, du 27 avril 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des demandeurs d'asile et des réfugiés, JO L 138/8 du 09.05.1998.

- 1 Position commune, 96/196/JAI, du 4 mars 1996, définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1er de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés JO L 63/2 du 13.03.1996.
- 2 Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JO C 274/13 du 19.09.1996.
- 3 « Il [le Conseil] estime toutefois, comme la Commission, que le moment n'est pas venu de proposer cette application... », Conclusions du Conseil du 20 juin 1994 sur l'éventuelle application de l'article K. 9 du traité sur l'Union européenne à la politique d'asile, JO C 274/34 du 19.09.1996. Voir également, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - New York, 2001, 370 p., sp. 260.
- 4 Voir en particulier sur ce point, LO MONACO A. « Les instruments juridiques de coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures », R.T.D.E. 1997, pp. 11-21, sp. 13 et s.
- 5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les politiques d'immigration et d'asile, COM(94) 23 final du 23.02.1994.
- 6 H. LABAYLE note en particulier que l'échec est avant tout politique ce qui s'explique notamment par une impasse institutionnelle et conduit à un bilan juridique discutable, LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35.

en toute liberté »¹ n'est pas parvenu à s'imposer et a laissé perdurer des situations juridiques disparates. En second lieu, parce que l'ensemble des questions soulevées par les douze Etats membres s'inscrivait déjà dans la coopération Schengen et qu'un accord existait sur le fond. De fait, la coopération de Maastricht n'est pas parvenue à résoudre le problème de la concurrence des cadres d'action.

Au final, si la révolution en matière de libre circulation des personnes dans l'espace européen puise son fondement dans l'Acte unique, les moyens de sa réalisation s'inscrivent dans le cadre de la coopération intergouvernementale de Schengen. Curieux sort que celui d'un objectif communautaire appelé à déployer ses effets à l'extérieur du cadre juridique qui lui est destiné. Face à l'incapacité d'atteindre ses propres objectifs, la Communauté a réagi par l'intermédiaire du traité d'Amsterdam.

SECTION 2. LA COMMUNAUTARISATION DES POLITIQUES MIGRATOIRES

Qu'il s'agisse de la coopération de Maastricht ou de la coopération de Schengen le cadre d'action ne convenait plus. Le premier était inefficace, le second critiqué pour son absence de contrôle démocratique ou juridique². Ainsi, les questions face auxquelles les Etats membres se sont trouvés au moment d'ouvrir les négociations du traité d'Amsterdam dépassaient largement les querelles entre tenants de la méthode intergouvernementale et promoteurs de la méthode communautaire. La sortie de l'impasse réclamait de franchir le pas de la communautarisation. La programmation de la révision du traité de Maastricht offrait l'occasion de mettre un terme à cette situation. Les critiques relatives au mauvais fonctionnement du troisième pilier, en particulier dans le domaine de l'immigration et de l'asile, ont mis en exergue la nécessité de communautariser ce domaine. L'acceptation de la communautarisation (Sous-section 1) permet un transfert de compétence du troisième au premier pilier et la définition par le traité d'Amsterdam de l'objet de la compétence (Sous-section 2). Toutefois, la communautarisation ayant été plus consentie que souhaitée, le traité ne définit pas précisément les objectifs de la politique migratoire qui seront en conséquence ultérieurement précisés lors du Conseil européen de Tampere (Sous-section 3).

1 GAUTIER Y., commentaire du titre VI du traité sur l'Union européenne *in* CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D., « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », Economica, Paris, 1995, 1000 p., pp. 813-859, sp. 828.

2 Sur l'ensemble de ces éléments voir en particulier PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., pp. 23-24.

Sous-section 1. L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTARISATION

Les dysfonctionnements du troisième pilier du traité de Maastricht étaient identifiés et unanimement reconnus (I) et imposaient que des solutions nouvelles soient proposées et acceptées (II).

I. L'IDENTIFICATION DES PROBLÈMES

La négociation du traité de Maastricht a principalement porté sur l'établissement d'une Union économique et monétaire de sorte que l'approfondissement de certaines politiques de la Communauté est demeuré en suspens. L'article N, paragraphe 2, du traité de Maastricht prévoyait de convoquer une nouvelle conférence intergouvernementale afin d'examiner les dispositions du traité pour lesquelles une révision était prévue¹. Si le traité identifiait plusieurs points devant faire l'objet d'une révision², l'évaluation qui a précédé la conférence intergouvernementale dressait le diagnostic des dysfonctionnements affectant la JAI (A) et proposait une thérapeutique préconisant la communautarisation des politiques migratoires (B).

1 Article N, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne adopté à Maastricht, JO C 191/63 du 29.07.1992.

2 Initialement, la révision du traité devait porter sur :

- l'extension de la procédure de co-décision (Article 189 B, paragraphe 8 « Le champ d'application de la procédure visée au présent article peut être élargi, conformément à la procédure prévue à l'article N, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, sur la base d'un rapport que la Commission soumettra au Conseil au plus tard en 1996 »),
- la révision de certaines questions relatives à la défense. Cette perspective de révision tenait d'une part, de l'échéance programmée de l'Union de l'Europe Occidentale en 1998 (article J. 4, paragraphe 6 UE), et, d'autre part, de toute révision éventuelle des dispositions relatives à la PESC (article J. 10 UE),
- l'introduction possible de nouvelles politiques relatives à l'énergie, au tourisme et à la protection civile (Déclaration n° 1 annexée au traité de Maastricht « La conférence déclare que la question de l'introduction dans le traité instituant la Communauté européenne de titre relatifs aux domaines visés à l'article 3, point t) dudit traité sera examiné, conformément à la procédure prévue à l'article N, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, sur la base d'un rapport que la Commission soumettra au Conseil au plus tard en 1996 (...) »
- la possibilité d'établir une hiérarchie des actes communautaires (Déclaration n° 16 annexée au traité de Maastricht « La conférence convient que la conférence intergouvernementale, qui sera convoquée en 1996, examinera dans quelle mesure il serait possible de revoir la classification des actes communautaires en vue d'établir une hiérarchie appropriée entre les différentes catégories de normes »).

A. Le diagnostic : les dysfonctionnements de la JAI

Le Conseil européen de Corfou de juin 1994 décidait de créer un groupe de réflexion, présidé par M. Carlos WESTENDORP, ayant pour mission d'élaborer des suggestions concernant les dispositions du traité dont la révision était prévue mais également « d'autres modifications possibles (...) sur la base de l'évaluation du fonctionnement du traité »¹. Parallèlement, le Conseil européen a invité les institutions communautaires à établir, avant le début des travaux du groupe de réflexion, des rapports sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne².

Les rapports du Conseil³ et de la Commission⁴ ont été présentés au printemps 1995. Bien que soulignant la difficulté d'évaluer le fonctionnement du traité UE en raison d'une durée d'existence réduite, les rapports rendaient des conclusions similaires au sujet du troisième pilier. Portant à la fois sur l'absence d'objectifs et de délais, sur une répartition des compétences inappropriée, sur la lourdeur du cadre institutionnel, ou encore sur l'inadéquation des instruments en présence, l'évaluation tenait lieu de diagnostic. Cependant, et comme le soulignait le Conseil, ces rapports n'avaient pas la prétention de proposer des solutions et ils se bornaient « à faire état de manière aussi objective et factuelle que possible de l'expérience tirée de l'application du titre VI UE (...) ». Le Conseil reconnaissait en outre ne pas vouloir anticiper sur les travaux du groupe de travail et n'avait fait « aucune considération de caractère prospectif sur les éventuelles réformes à entreprendre »⁵. Le Conseil européen de Cannes de juin 1995 a validé ces rapports et invité le groupe de réflexion à se concentrer sur certaines priorités au titre desquelles figurait le souci de « mieux répondre aux exigences de notre temps dans le domaine de la sécurité intérieure et, plus généralement, dans les domaines de la justice et des affaires intérieures »⁶.

Le groupe de réflexion disposait de quelques mois pour fournir une base de travail à la conférence intergouvernementale. Réuni pour la première fois à Messine, le 2 juin 1995, il a rendu son rapport au Conseil européen de Madrid des 15 et 16 décembre de la même année. Le rapport du groupe de réflexion a élargi le projet de révision à trois points principaux. Il convenait, d'une part, de la nécessité d'un rapprochement de l'Union des citoyens, d'autre part, de la nécessité de préparer l'élargissement de l'Union et, enfin, de doter l'Union d'une plus grande capacité extérieure. Dans ce

1 Bull-UE n° 6-1994, sp. 20.

2 Bull-UE n° 6-1994, sp. 20.

3 Conseil de l'Union européenne, « Rapport sur le fonctionnement du TUE », 10 avril 1995, rapport reproduit in « La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents », Centre européen de Sciences Po, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, 392 p., sp. 37-106.

4 Commission européenne « Rapport sur le fonctionnement du TUE », 10 mai 1995, rapport reproduit in « La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents », Centre européen de Sciences Po, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, 392 p., sp. 109-205.

5 Conseil de l'Union européenne, « Rapport sur le fonctionnement du TUE », 10 avril 1995, rapport reproduit in « La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents », Centre européen de Sciences Po, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, 392 p., sp. 40-41.

6 Bull-UE, n° 6-1995, sp. 18.

contexte, l'émergence de questions spécifiques à la JAI s'est imposée comme une priorité qu'il apparaissait difficile d'écarter. En effet, l'élargissement programmé de l'Union européenne à l'est soulevait autant la question de la gestion de l'asile et de l'afflux de personnes en provenance de ces pays que celle de la gestion et du contrôle de la future frontière extérieure.

B. La thérapeutique : la communautarisation des politiques migratoires

La réflexion sur la JAI a constitué un thème central des conclusions du groupe de réflexion WESTENDORP. Synthétisant l'ensemble des points de dysfonctionnements identifiés par les institutions communautaires, le groupe proposait prudemment la voie de la communautarisation¹. Il considérait, à une large majorité de ses membres², que certains domaines devaient relever de la compétence communautaire. Étaient concernées les questions touchant au franchissement des frontières extérieures, à savoir le régime des étrangers, la politique d'immigration, le droit d'asile et les règles communes concernant les contrôles aux frontières extérieures³. Pour les matières relevant de la coopération policière et judiciaire civile et pénale, le groupe estimait en revanche qu'elles devaient continuer à relever de la coopération intergouvernementale. Concernant les autres questions, en dehors de l'accord relatif à la limitation des structures de travail au sein du Conseil⁴, les points de vue divergeaient. Une partie du groupe estimait notamment que le principal moyen d'améliorer le fonctionnement du titre VI était de « trouver des améliorations pratiques de nature à renforcer la coopération ». Ce qui revenait à consacrer le *statu quo*.

Base de travail pour la négociation, le rapport du groupe WESTENDORP a constitué un document important à deux égards. Pour la négociation, tout d'abord, dans la mesure où en réunissant principalement des représentants des ministres des Affaires étrangères des quinze États membres, le rapport soulignait les positions et oppositions nationales et permettait utilement « aux négociateurs d'identifier avant les négociations tant les points de désaccords que les accords »⁵. Pour les orientations générales, ensuite, le groupe de réflexion a eu pour principal apport de placer la question du fonctionnement de la JAI au centre des travaux à entreprendre et de proposer la communautarisation de certains de ces éléments.

1 BRIBOSIA H. « Liberté, sécurité et justice : l'imbraglio d'un nouvel espace », R.M.U.E. 1/1998, pp. 27-54, sp. 29.

2 Ce qui laissait présumer que certains membres y demeuraient hostiles.

3 Rapport du groupe de réflexion présidé par Carlos WESTENDORP, « Conférence intergouvernementale de 1996. Rapport du groupe de réflexion et autres références documentaires », Bruxelles, décembre 1995, Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, OPOCE, Luxembourg ; 1996, sp. 50-51.

4 « Le Groupe estime à l'unanimité qu'il convient de limiter le nombre de niveaux préparatoires (...) ».

5 KORTENBERG H. « La négociation du Traité. Une vue cavalière », R.T.D.E. 1997, pp. 709-719, sp. 711.

L'état des lieux et les propositions formulés, le Conseil européen de Madrid a annoncé la date d'ouverture de la conférence intergouvernementale dont les travaux devaient débiter le 29 mars 1996, lors du Conseil européen de Turin¹.

II. LA DÉFINITION DE SOLUTIONS

En dépit de l'objectif de procéder à l'amélioration du dispositif JAI, les négociations n'ont pas abordé le sujet prioritairement, comme si les États membres préféraient retarder le moment du traitement de la question, autrement dit le moment de l'affrontement. Plus de six mois après l'ouverture de la négociation, une proposition de la Commission lançait la négociation (A) et a servi de fil conducteur aux discussions jusqu'à la signature du traité à Amsterdam (B).

A. L'impulsion

Si le Parlement européen a proposé, quelques jours avant l'ouverture officielle de la conférence intergouvernementale, la communautarisation des aspects externes de la JAI, de la lutte contre le trafic illicite de drogue et de la coopération judiciaire en matière civile², la prudence était de mise et le temps s'écoulait sans que la question ne s'invitât réellement dans la discussion. Jusqu'à ce que la Commission débloque la négociation (1) et trouve un relais solide dans la présidence irlandaise (2).

1. La proposition de la Commission

A un moment où la négociation s'enlisait, la Commission a présenté « une proposition politiquement argumentée, structurellement complète et matériellement définie »³ intitulée « Conférence intergouvernementale – Un espace de liberté, de sécurité et de justice »⁴. S'inspirant notamment du rapport WESTENDORP⁵, elle fixait l'enjeu des négociations et proposait des solutions adaptées.

1 Bull-UE, n° 12-1995.

2 Résolution sur l'avis du Parlement européen sur la convocation de la conférence intergouvernementale, 13 mars 1996, résolution reproduite in « La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents », Centre européen de Sciences Po, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, 392 p., sp. 337-359.

3 LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, sp. 823.

4 Note d'information du Secrétariat général diffusée sous l'autorité de M. OREJA « Conférence intergouvernementale – Un espace de liberté de sécurité et de justice », SEC(96) 2004 du 29.10.1996.

5 « Les discussions menées au Groupe des Représentants dégagent la tendance fortement majoritaire, que le bon fonctionnement des affaires intérieures et judiciaires suppose en réalité l'instauration d'un régime très rapproché de celui du premier pilier. Au point que le transfert des domaines de la justice et des affaires intérieures vers le cadre communautaire, à l'exception de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière, apparaît à beaucoup comme la solution vers laquelle on doit tendre ».

En premier lieu, la note d'orientation de la Commission attribuait à la JAI un objectif ambitieux, qui lui avait cruellement fait défaut sous l'empire du traité de Maastricht, en proposant la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». Ainsi, le vide politique organisé par les « questions d'intérêt commun » de l'article K. 1 du traité de Maastricht, était comblé par une vision politique ambitieuse commandant l'action des institutions¹. En second lieu, le document soulignait que les dysfonctionnements de la JAI commandent, d'une part, une clarification des compétences entre les acteurs en présence et, d'autre part, une amélioration institutionnelle. La solution résidait selon la Commission dans la communautarisation d'une partie de la JAI notamment « par la tentative d'un nouveau titre ». Cette proposition avait pour principal avantage d'être équilibrée. Tout d'abord, parce qu'elle conservait la structure en piliers que certaines délégations refusaient d'abandonner. Ensuite, parce qu'elle procédait à une profonde amélioration des solutions en matière migratoire puisqu'elles devaient être intégrées dans le cadre communautaire. Le thème communautaire de la libre circulation des personnes servant à ce titre d'aiguillon, la Commission proposait un programme global propre à satisfaire l'ensemble des acteurs, qu'il s'agisse de la réalisation des promesses de l'Acte unique européen, ou encore du traitement du thème récurrent de la sécurité. A l'évidence, cette proposition a servi de base solide aux négociations.

2. *Le relais de la présidence irlandaise*

La présidence irlandaise en exercice reprenait le projet à son compte. Tout d'abord au travers d'une note introductive² fixant, d'une part, la question de la communautarisation de certains pans du titre VI UE et présentant, d'autre part, une énumération des options en présence en vue d'une future réunion des Représentants. A l'issue du Conseil de Dublin du 5 décembre 1996, la présidence irlandaise a adopté un texte – appelé Dublin II – posant et déterminant le contenu de la négociation³. Cette initiative exposait l'option de la communautarisation d'une partie du troisième pilier et de l'amélioration du dispositif du titre VI UE, notamment sur la base d'une proposition belge⁴. Elle reconnaissait que « L'objectif consistant à promouvoir le développement de l'Union européenne en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice devrait être énoncé à l'article B du traité sur l'Union européenne, dans les termes proposés ci-après. Cet objectif devrait être poursuivi essentiellement de deux manières ; tout d'abord, au moyen du nouveau titre consacré à la libre circulation des personnes,

1 Comme le souligne la doctrine comparativement aux dispositions figurant dans le titre III du traité CE « The objective, (...) can only be achieved by the adoption of legislation by the Council », GUILD E. « Immigration Law in the European Community », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2001, 370 p., sp. 296.

2 Note introductive de la présidence du 11 novembre 1996, CONF/3976/96.

3 Texte de la présidence irlandaise, autrement appelé Dublin II, du 5 décembre 1996, CONF / 2500 / 96, reproduit in « Conférence intergouvernementale en vue de la révision des traités. Semestre de la présidence irlandaise (juillet-décembre 1996). Recueil de textes », Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, OPOCE, Luxembourg 1997, 140 p.

4 Proposition belge relative à la coopération policière et judiciaire du 20 novembre 1996 CONF / 3986 / 96.

à l'asile et à l'immigration (...) ; ensuite, au moyen d'un renforcement des dispositions (du titre VI du traité sur l'Union européenne) concernant la sécurité des personnes (...) »¹. En revanche, si la note introductive proposait l'insertion d'un nouveau titre dans le traité CE, le texte de Dublin II était plus nuancé puisque cette hypothèse n'était envisagée que « comme base de discussion ». La présidence a néanmoins estimé que l'insertion du nouveau titre dans le traité CE constituait « la base de travail la plus cohérente ».

En résumé, la communautarisation ne constituait qu'une hypothèse de travail et la présidence laissait à la conférence intergouvernementale le choix de « [ne] décider que plus tard de l'emplacement du nouveau titre, s'il est accepté, dans les traités »². En pratique, les orientations irlandaises ont servi de guide et scellé l'option de la communautarisation de la politique migratoire. Cette dernière acquise, les derniers ajustements devaient être définis dans l'accord final.

B. L'accord final

La voie de la communautarisation s'est ouverte grâce à une lettre franco-allemande du 9 décembre 1996. Énonçant un ensemble d'objectifs en vue d'améliorer la coopération dans le domaine de la JAI, la lettre indiquait que « dans la mesure où cela s'avèrerait nécessaire pour atteindre les objectifs énoncés précédemment, nous devrions envisager – comme ce fut le cas dans le Traité de Rome – de nous entendre sur des critères et un calendrier précis en ce qui concerne le recours, dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, à des procédures communautaires qui seraient introduites par étapes »³. En dépit de l'opposition de certaines délégations⁴ et d'une formulation très diplomatique⁵, le Conseil européen de Dublin des 13 et 14 décembre 1996 a marqué

1 Texte de la présidence irlandaise, autrement appelé Dublin II, du 5 décembre 1996, CONF / 2500 / 96, reproduit *in* « Conférence intergouvernementale en vue de la révision des traités. Semestre de la présidence irlandaise (juillet-décembre 1996). Recueil de textes », Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, OPOCE, Luxembourg 1997, 140 p., sp. 28.

2 Voir sur ce point, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2001, 370 p., sp. 300.

3 Lettre franco-allemande du 9 décembre 1996, *in* DE LA MALENE C. « Rapport d'information n° 222 : bilan des travaux de la Conférence intergouvernementale après le Conseil européen de Dublin », Délégation du Sénat pour l'Union européenne, 1996/1997

4 A l'issue du Conseil européen de Dublin, certaines délégations dont le Royaume-Uni « n'ont pas manqué de faire savoir (...) qu'ils n'accepteraient pas le transfert de quelque question que se soit relevant actuellement du titre VI du TUE », *in* MONTAUD I. « La communautarisation du second et du troisième piliers du traité sur l'Union européenne, dans la perspective de la réforme institutionnelle de la CIG de 1996 », R.M.C. n° 408, mai 1997, pp. 335-348, sp. 338.

5 « Le Conseil européen prend note avec satisfaction des progrès réalisés par la conférence pour ce qui est d'identifier les modifications du traité qui permettraient à l'Union de mieux répondre aux préoccupations des citoyens », Bull-UE, n° 12-1996, sp. 13.

en réalité « l'acceptation de principe du passage d'une partie importante du troisième pilier dans le traité communautaire »¹.

Si au début de l'année 1997, un document officiel de la présidence demandait aux délégations de se concentrer sur les dispositions du texte de Dublin II relatives à la libre circulation des personnes, l'asile et l'immigration², la présidence néerlandaise considérait au mois de mars que la communautarisation constituait la solution à emprunter³ et que les questions relatives à la libre circulation des personnes, à l'asile et à l'immigration devaient figurer dans le traité CE. La communautarisation acquise, le chemin qui restait à parcourir jusqu'à la signature du traité d'Amsterdam devait permettre de régler des situations spécifiques et en particulier l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne.

Tout d'abord, et comme le soulignaient les Etats Parties à la coopération de Schengen, « les dispositions négociées dans ce domaine ne sauraient en aucun cas représenter un recul par rapport à l'acquis de cette coopération »⁴. Si le dispositif intergouvernemental ne devait souffrir aucune atteinte sur le fond, tant au plan de la circulation qu'en ce qui concerne le volet sécuritaire, le maintien du niveau de sécurité acquis constituait également un signal à l'endroit des Etats membres qui n'étaient pas parties à la coopération et des Etats membres susceptibles de la rejoindre à l'avenir dans le cadre de l'Union européenne.

Ensuite, l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne posait plusieurs problèmes techniques. Le premier concernait l'articulation de l'acquis de Schengen entre le premier et le troisième pilier de l'Union européenne. Le second, la situation dérogatoire du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark⁵. La conférence intergouvernementale s'est finalement entendue pour régler ces situations au moyen de protocoles annexés au traité⁶. Ces derniers devaient déterminer les conditions d'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne, comprenant la ventilation entre les piliers, et régler le statut applicable aux trois Etats membres en situation dérogatoire.

Au final, le traité d'Amsterdam clarifie les règles applicables en la matière. A l'opération de communautarisation s'ajoute la fin de la concurrence des cadres juridiques par l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne. Il a donc fallu

1 LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, sp. 818.

2 Document officiel du 19 février 1997, CONF/3811/97.

3 Voir sur ce point, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Vol. 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, 370 p., sp. 301.

4 Document officiel du 19 février 1997, CONF/3811/97.

5 Sur ces questions, voir en particulier, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », *Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston*, 2006, 392 p., pp. 35-41.

6 KORTENBERG H. « La négociation du Traité. Une vue cavalière », R.T.D.E. 1997, pp. 709-719, sp. 713-718.

attendre plus de dix années et l'aboutissement d'une négociation à l'issue complexe¹ pour que la politique migratoire trouve enfin droit de cité en droit communautaire.

Sous-section 2. L'OBJET DE LA COMPÉTENCE

Les articles 61, point a) et b) du traité CE définissent l'objet de la compétence communautaire et établissent une distinction entre les mesures à adopter en vue de la réalisation du marché intérieur (I) et les mesures qui ne sont pas rattachées à cet objectif mais à la création d'un nouvel espace² de liberté, de sécurité et de justice³ (II).

I. LA RÉALISATION DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Ainsi qu'il a été noté « alors qu'auparavant l'on pouvait réfléchir à la question de savoir à partir de quel degré d'allègement des contrôles la liberté de circulation devenait effective, la réponse ne peut être désormais qu'à partir du moment où sera réalisé un espace sans frontières intérieures »⁴. C'est donc de la réalisation du marché intérieur que dépend la libre circulation des personnes. Le traité d'Amsterdam crée désormais les conditions de mise en œuvre de la libre circulation en clarifiant les objectifs (A) et en déterminant les mesures à mettre en œuvre en vue de leur réalisation (B).

A. La clarification des objectifs

Initiée par le livre blanc de la Commission de 1985 et consacrée par l'Acte unique européen, la réalisation du marché intérieur constitue un objectif de l'Union

1 « Sans enfoncer la porte ouverte de la critique d'un traité quasiment illisible par un profane et pour prendre un peu de recul, il faut prendre conscience de l'inconvénient de cette méthode de négociation, découpant les questions et les segmentant pour éviter les ruptures. Près d'une dizaine d'hypothèses de flexibilité s'enchaînent ainsi dans le temps, l'espace ou le degré des réalisations et permettent de fuir l'obligation et de dénaturer l'inspiration de départ. Elles traduisent le climat d'une négociation où faux-semblants et faux-fuyants ont servi de lignes directrices aux Etats membres. S'il n'est pas certain que le citoyen de l'Union demandeur de liberté et de sécurité y trouve son compte, il est sûr en revanche que l'étranger ordinaire l'y perdra », LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, sp. 879.

2 GUILD E. « Immigration Law in the European Community », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Vol. 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, 370 p., sp. 305.

3 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 69.

4 DE LOBKOWICZ W. « Quelle libre circulation des personnes en 1993 ? », R.M.C., n° 334, février 1990, pp. 93-102, sp. 95.

européenne depuis le traité de Maastricht. L'article 2 du traité sur l'Union européenne indique que l'Union se donne pour objectif « de promouvoir le progrès économique et social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé, et de parvenir à un développement équilibré et durable, notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures ». Conséquemment, l'article 3 c) du traité CE souligne que l'action de la Communauté comporte « un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ». Seulement, la réalisation de la libre circulation des personnes n'a été abordée que partiellement par l'intermédiaire de la libre circulation des travailleurs¹. Le traité d'Amsterdam rompt avec cette situation dans la mesure où la réalisation du marché intérieur, et de la libre circulation des personnes qu'il institue, est désormais pourvue d'objectifs et de moyens qui en assurent l'accomplissement comme l'indique le titre IV du traité CE intitulé « Visa, asile immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ».

La première disposition du titre IV, l'article 61, point a), prévoit ce faisant que le Conseil arrête « des mesures visant à assurer la libre circulation des personnes conformément à l'article 14, en liaison avec des mesures d'accompagnement directement liées à cette libre circulation ». La réalisation du marché intérieur constitue un objectif central du titre IV, dont le principe repose, comme le souligne l'article 62, paragraphe 1, sur « l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse de citoyens de l'Union ou de ressortissants des pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures ». Mesure d'application du marché intérieur², cette disposition entraîne deux conséquences. La première concerne la définition du marché intérieur qui ne se conçoit plus comme un espace sans frontières intérieures, comme le définit l'article 14 du traité CE, mais comme un espace dans lequel les contrôles sont absents, conformément aux caractéristiques soulignées par l'article 3 du traité CE. Cela induit que les frontières intérieures perdurent et que les Etats membres sont toujours habilités pour des raisons d'ordre public à y rétablir des contrôles, comme en atteste les articles 64, paragraphe 1³, et 68, paragraphe 2⁴, du traité CE. La seconde porte sur l'étendue de la libre circulation qui profite également aux « ressortissants de pays tiers ». La précision est importante dans la mesure où elle vide de son sens une querelle qui opposait la Grande-Bretagne à ses partenaires au sujet de l'interprétation de l'ancien article 7 A, devenu article 14, du traité CE. Désormais, la possibilité pour la Grande-

1 Ainsi, l'article 14, paragraphe 1^{er}, du traité CE indique « La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992, conformément aux dispositions du présent article, des articles 15 et 26, de l'article 47, paragraphe 2, et des articles 49, 80, 93 et 95 et sans préjudice des autres dispositions du présent traité ».

2 GUILD E. « Immigration Law in the European Community », Immigration and Asylum Law Policy in Europe KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - Boston, 2001, Volume 2, 370 p., sp. 319-320.

3 « Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

4 « En tout état de cause, la Cour de justice n'est pas compétente pour statuer sur les mesures ou décisions prises en application de l'article 62, point 1), portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

Bretagne d'effectuer des contrôles à ses frontières avec d'autres Etats membres sur les personnes souhaitant entrer sur son territoire est organisée par un protocole annexé au traité¹.

Quoi qu'il en soit, la réalisation du marché intérieur et de la libre circulation des personnes constituent des objectifs de la Communauté et l'article 62, paragraphe 1^{er}, dote celle-ci d'une compétence expresse pour les atteindre. Toutefois, l'absence de contrôles ne peut se réaliser sans l'adoption de mesures d'accompagnement directement liées à la libre circulation et portant sur les contrôles aux frontières extérieures, l'asile et l'immigration². En conséquence, le traité détermine les mesures d'accompagnement qui doivent permettre la mise en œuvre du marché intérieur et la libre circulation des personnes qu'il vise à assurer.

Le traité d'Amsterdam clarifie les objectifs et dote enfin la Communauté des pouvoirs nécessaires à la réalisation de la libre circulation des personnes. De ce point de vue, la compétence communautaire du titre IV du traité CE constitue un prolongement fonctionnel du marché intérieur.

B. Les mesures d'accompagnement

L'espace de libre circulation des personnes au sein du marché intérieur implique l'adoption de deux types de mesures d'accompagnement. Le premier type concerne les mesures nécessaires à l'établissement et à la sécurisation de l'espace. Ainsi, la levée des contrôles aux frontières intérieures impose de reporter les contrôles aux frontières extérieures des Etats membres³ et de déterminer les règles relatives à leur franchissement (1). Le second type de mesures concerne les effets de la libre circulation sur le territoire des Etats membres. Ainsi, le traité institue une compétence pour adopter des mesures relatives aux conditions d'exercice de la libre circulation pour une période de trois mois (3) et pour encadrer les effets de la libre circulation dans le domaine de l'asile (2).

1. Le franchissement des frontières extérieures

Le démantèlement des contrôles aux frontières intérieures implique de déterminer les conditions de franchissement et de contrôle des frontières extérieures

1 Protocole n° 3 sur l'application de certains aspects de l'article 7 A [art. 14 CE] du traité instituant la Communauté européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande.

2 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 68.

3 « From the start it was understood that the disappearance of the internal borders would be preceded by the combined control of what would become the external border of the European Community », GORTAZAR C. « Abolishing Border Controls : Individual Rights and Common Control of EU External Borders » in GUILD E. & HARLOW C. (edited by) « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Oxford and Portland, 2001, 325 p., pp. 121-140, sp. 123.

de l'espace¹. Cette logique, classiquement convenue² et reconnue par la Cour de justice³, n'échappe pas au titre IV du traité CE qui dote la Communauté de compétences pour l'adoption de mesures relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres. Ces mesures concernent les normes et modalités de contrôle des personnes (a) et les règles relatives aux visas de court séjour (b)

a. Les normes et modalités des contrôles aux frontières extérieures

L'existence d'un marché intérieur a créé une interdépendance entre les dispositifs nationaux d'accès sur le territoire dans la mesure où les contrôles exercés par un Etat membre sur sa frontière extérieure s'opèrent désormais « au profit de l'ensemble des parties contractantes »⁴. Aussi, et faute d'harmonisation, des effets de contournement ou des réflexes de protection peuvent surgir ne permettant pas l'émergence d'un véritable espace de libre circulation⁵. Dans ce contexte, l'article 62, paragraphe 2, point a), permet à la Communauté d'adopter « les normes et modalités auxquelles doivent se conformer les Etats membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures ».

-
- 1 « La dynamique du marché intérieur, telle que la conçoit notamment la Commission, a fait de l'abolition des contrôles sur les personnes aux frontières entre les Etats membres de la Communauté européenne, l'une des composantes même de libre circulation des personnes. Or, l'harmonisation des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres est un préalable nécessaire à l'élimination des contrôles aux frontières internes », SCHMITTER C, JULIEN-LAFERRIERE F, CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration / The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 100.
 - 2 Voir en ce sens, Projet de résolution du Conseil relative à l'allègement des conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle des citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires, JO C 197/6 du 31.07.1982 ; Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres des Communautés européennes, réunis au sein du Conseil, JO C 159/1 du 16.06.1984 ; Proposition de directive du Conseil relative à la facilitation des contrôles et formalités applicables aux citoyens des Etats membres lors du franchissement des frontières intracommunautaires, COM(84) 749 final, JO C 47/5 du 19.02.1985 ; « Document de Palma », rapport au Conseil européen du Groupe des Coordinateurs *in* BUNYAN T. (edited by) « Key texts on justice and home affairs in the European Union », vol. 1 (1976-1993), From Trevi to Maastricht », Statewatch publication, 1997, pp. 12-16 ; Accord de Schengen (article 17) et Convention d'application de l'Accord de Schengen ; Proposition de convention relative au contrôle des personnes lors du franchissement des frontières extérieures, JO C 11/8 du 15.01.1994 ; Proposition de directive du Conseil relative à la suppression des contrôles sur les personnes aux frontières intérieures, JO C 289/16 du 31.10.1995.
 - 3 Comme souligné par la Cour de justice, la réalisation du marché intérieur « présuppose l'harmonisation des législations des Etats membres en matière de franchissement des frontières extérieures, d'octroi des visas, d'asile et d'échange d'informations sur ces questions », Cour de justice des Communautés européennes, 21 septembre 1999, *Procédure pénale c/ Florus Ariel Wijzenbeek*, aff. C-378/97, Rec. I-6207, point 40.
 - 4 Manuel Commun, JO C 313/98 du 16.12.2002, sp. p. 100.
 - 5 Pour une comparaison avec le dispositif applicable en matière de libre circulation des marchandises, voir SCHMITTER C, JULIEN-LAFERRIERE F, CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration / The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 101.

Matériellement, cette compétence correspond à un ensemble de textes déjà adoptés dans le cadre de la coopération de Schengen. Ainsi, qu'il s'agisse du chapitre 2 de la convention d'application portant sur le « franchissement des frontières extérieures »¹ ou encore du Manuel commun², adopté par le comité exécutif Schengen, les contrôles aux frontières extérieures des Etats membres ont été largement abordés par la coopération intergouvernementale. Son intégration dans le cadre de l'Union européenne³ dote la Communauté de règles importantes dans le domaine. Cela n'écarte toutefois pas la mise en œuvre de la compétence communautaire afin de développer les règles existantes et d'en adopter de nouvelles, ou les deux à la fois comme le Code communautaire de franchissement des frontières le démontre⁴.

b. Les règles relatives aux visas de court séjour

L'article 62, paragraphe 2, point b), renforce la politique des visas de court séjour dont la multiplicité de sources ne pouvait être maintenue plus longtemps. Des règles adoptées dans le cadre de la coopération Schengen⁵ en passant par la réglementation fondée sur l'article 100 C du traité de Maastricht⁶, la matière réclamait cette clarification. La compétence communautaire est dès lors considérablement étendue par rapport aux résultats péniblement acquis en 1992. L'article 62, paragraphe 2, point b), institue quatre titres de compétences précisément définis qui reprennent les expériences antérieures.

Concernant, la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures, l'article 62, paragraphe 2, point b), i) étend la compétence de la Communauté, déjà consacrée par l'ancien article 100 C, à la liste des pays tiers « dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation ». Il s'agit de mettre un terme aux incertitudes qui régnaient autour de la question de

1 Chapitre 2 « Franchissement des frontières extérieures » de la Convention d'application des Accords de Schengen, articles 9 à 18, JO L 239/19 du 22.09.2000.

2 Le manuel commun prévoit un ensemble très détaillé de mesures relatives, d'une part, aux conditions d'entrée sur le territoire des parties contractantes et, d'autre part, aux modalités du contrôle frontalier. Manuel Commun, JO C 313/98 du 16.12.2002.

3 Conformément à la décision déterminant les bases juridiques de l'acquis de Schengen, le Manuel commun trouve son fondement juridique dans les articles 62 et 63 traité CE, Décision du Conseil du 20 mai 1999, déterminant conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen, JO L 176/17 du 10.07.1999.

4 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.

5 Chapitre 3 « Visas » de la Convention d'application des Accords de Schengen, articles 9 à 18, JO L 239/19 du 22.09.2000.

6 Pour un aperçu de la question, voir notamment, SCHMITTER C, JULIEN-LAFERRIERE F, CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration / The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169.

la compétence communautaire pour adopter une « liste blanche »¹ et de consacrer la disparition entre les Etats Schengen de la « liste grise »² qui permettait aux Etats de déterminer souverainement s'ils imposaient une obligation de visa aux ressortissants de pays tiers ne figurant pas sur la liste noire. Cette situation entraînait des différences de traitement entre les Etats membres préjudiciables à une politique commune.

Ensuite, c'est en toute logique que les règles relatives au « modèle type de visa » demeurent de la compétence communautaire³, confortant de ce point de vue le souci partagé des Etats membres d'assurer un niveau de sécurisation élevé des visas, comme ce fut le cas sous Maastricht⁴.

Deux nouveaux titres de compétences apparaissent dans le traité d'Amsterdam. Il s'agit en premier lieu, des règles relatives aux « procédures et conditions de délivrance des visas par les Etats membres »⁵. Si une recommandation du Conseil de mars 1996 avait institué une coopération consulaire locale en matière de visas⁶, la coopération de Schengen avait sur ce terrain réalisé d'importantes avancées. En effet, des instructions consulaires communes⁷ fixaient de manière détaillée les procédures et conditions de délivrance des visas par les Etats membres. L'article 62, paragraphe 2, point b), ii) habilite désormais la Communauté à intervenir dans cette matière et à approfondir le domaine comme le démontre notamment l'adoption d'un Code communautaire des visas⁸.

L'article 62, paragraphe 2, point b), iv) du traité CE dote la Communauté d'une compétence relative aux « règles en matière de visa uniforme ». L'incidence du marché intérieur s'inscrit largement dans cet objectif puisque l'idée de réaliser un espace de libre circulation induit l'existence d'un visa valable pour l'ensemble des Etats membres. En fait, cette disposition communautarise l'article 10 de la Convention d'application des accords de Schengen⁹. Ici encore, le traité d'Amsterdam contribue essentiellement à une rationalisation de l'existant.

1 Dans le jargon communautaire, une distinction est établie entre la « liste noire » et la « liste blanche ». La première concerne les Etats membres dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visas et la seconde la liste des Etats membres dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.

2 Décision du comité exécutif du 16 décembre 1998 concernant la suppression de la liste des Etats dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa par certains Etats Schengen, [SCH/Com-ex (98) 53, rév. 2].

3 Article 62, paragraphe 2, point iii), du traité CE.

4 Règlement (CE) n° 1683/95 du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa, JO L 164/1 du 14.07.1995.

5 Article 62, paragraphe 2, point b), ii) du traité CE

6 Recommandation du Conseil du 4 mars 1996 relative à la coopération consulaire locale en matière de visas, JO C 80/1 du 18.03.1996.

7 Instructions Consulaires Communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière adoptées dans le cadre de la coopération Schengen, une version consolidée et mise à jour de ces Instructions est publiée au Journal Officiel de l'Union européenne, JO C 313/1 du 16.12.2002.

8 Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

9 « Il est institué un visa uniforme valable pour le territoire de l'ensemble des parties contractantes (...) ».

2. Les mesures complémentaires en matière d'asile

Le marché intérieur produit une dynamique d'ensemble sur les matières ayant trait à la circulation des personnes. Ainsi, la politique d'asile connaît des phénomènes spécifiques, qualifiés « asylum shopping » ou « réfugié sur orbite », que la libre circulation peut contribuer à créer ou à amplifier. En conséquence, l'article 61, point a) du traité CE, considère que les règles relatives aux critères et détermination de l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres (a) ainsi que les normes minimales relatives à l'octroi d'une protection temporaire (b) doivent être rattachées à la réalisation du marché intérieur.

a. L'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile

La réponse aux phénomènes de « l'asylum shopping » ou des « réfugiés sur orbite » a été abordée dans un premier temps par la Convention de Schengen¹ avant qu'une convention spécifique² – la Convention de Dublin³ – ne lui succède en application du protocole de Bonn. L'objectif de la Convention de Dublin est intimement lié à la réalisation du marché intérieur puisqu'elle vise en premier lieu à limiter les mouvements secondaires des demandeurs de la qualité de réfugié. En effet, l'absence de contrôles aux frontières intérieures permet à ces personnes de présenter plusieurs demandes de protection dans plusieurs Etats membres, phénomène qualifié de « asylum shopping ». D'autre part, ce texte vise à s'assurer que les demandes soient effectivement traitées par un Etat membre car en se rejetant mutuellement la responsabilité du traitement de la demande de protection, les Etats membres laissent le demandeur « en orbite » entre les Etats sans que sa situation juridique soit examinée⁴.

Dans ce contexte, l'article 63, paragraphe 1, point a), du traité attribue une compétence à la Communauté pour adopter des règles relatives aux critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres. Cette compétence peut être mise à profit pour modifier la Convention de Dublin, qui selon un avis largement partagé ne fonctionne pas⁵.

1 Chapitre 7 « Responsabilité pour le traitement de demandes d'asile », JO L 239/19 du 22.09.2000.

2 La Convention de Dublin ne constitue pas un instrument de droit communautaire mais un traité de droit international signé et ratifié par l'ensemble des Etats parties. Cela explique la longueur excessive de son entrée en vigueur. En effet, la convention a été signée le 15 juin 1990 et est entrée en application le 1^{er} septembre 1997.

3 Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes – Convention de Dublin, JO C 254/1 du 19.08.1997.

4 Voir notamment KLOTH K. « The Dublin Convention on Asylum – An Introduction » *in* MARINHO C. (edited by) « The Dublin Convention on Asylum. Its Essence, Implementation and Prospects » I.E.A.P. 2000, pp. 7-16.

5 BLAKE N. « The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union » *in* GUILD E. & HARLOW C. (edited by) « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Oxford and Portland, 2001, 325 p., pp. 95-120 ; JULIEN-LAFFERIERE F. « Droit des étrangers », P.U.F., collection droit fondamental, 2000, 550 p., sp. p. 383 ; Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les

b. La protection temporaire

Le renvoi de l'article 61, point a) aux dispositions relatives à la protection temporaire des personnes déplacées¹ soulève l'étonnement, tant le lien avec la réalisation du marché intérieur semble difficile à établir. Cette curiosité est d'autant plus forte que les autres titres de compétences en matière d'asile peuvent directement influencer la circulation des demandeurs d'asile entre les Etats membres. Tel est le cas des règles relatives aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile, aux conditions à remplir pour obtenir le statut ou encore aux procédures d'asile².

Quoi qu'il en soit, la protection temporaire des personnes déplacées est considérée comme une mesure d'accompagnement du marché intérieur et la Communauté dispose d'une compétence pour intervenir sur le fondement de l'article 63, paragraphe 2, point a). Ainsi, la Communauté pourra reprendre à son compte des projets avortés dans le cadre de la coopération de Maastricht³ et impulsés par le climat politique de la guerre du Kosovo⁴, voire établir une connexion avec le mécanisme de Dublin⁵.

3. La libre circulation pour une période de trois mois

L'article 62, paragraphe 3, du traité CE prévoit que la Communauté dispose d'une compétence pour adopter des mesures fixant les conditions dans lesquelles les ressortissants des pays tiers peuvent circuler librement sur le territoire des Etats membres pendant une durée maximale de trois mois. Cette disposition constitue un lien évident avec l'établissement du marché intérieur. Les travaux de la conférence intergouvernementale ont d'ailleurs reconnu que le démantèlement des contrôles aux frontières intérieures implique la reconnaissance d'un droit de circulation ou de voyage pour une période de trois mois aux personnes titulaires d'un titre de séjour ou d'un visa délivré par un Etat membre⁶.

modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1999, point 36, b), i).

1 Article 63, paragraphe 2, point a) du traité CE.

2 Voir à ce titre, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, pp. 309-310.

3 Proposition adressée au Conseil en vue d'une action commune fondée sur l'article K.3, paragraphe 2, point b) du traité sur l'Union européenne concernant la protection temporaire des personnes déplacées, COM(97) 93 final, JO C 106/13 du 04.04.1997 ; proposition modifiée d'action commune concernant la protection temporaire des personnes déplacées, COM(98) 372 final, JO C 268/13 du 27.08.1998.

4 TENENBAUM J. « Vers une protection coordonnée des personnes déplacées au sein de l'Union européenne », *Europe*, janvier 1999, pp. 5-7.

5 Article 10, paragraphe 1, de la proposition modifiée « Une demande d'asile au titre de la Convention de Genève introduite par un bénéficiaire d'un régime de protection temporaire est institué conformément au droit national de l'Etat responsable de l'examen de cette demande selon la Convention de Dublin du 15 juin 1990 », proposition modifiée d'action commune concernant la protection temporaire des personnes déplacées, COM(98) 372 final, JO C 268/13 du 27.08.1998.

6 Voir en ce sens, les différents travaux de la conférence intergouvernementale, GUILD E. Immigration Law in the European Community », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, p. 309.

Ce domaine n'a par ailleurs pas été étranger à la coopération de Maastricht au cours de laquelle une proposition de directive relative au droit des ressortissants des pays tiers de voyager à l'intérieur de la Communauté¹ avait été présentée, mais sans succès. En revanche, la coopération de Schengen a encadré cette thématique, en reconnaissant cette faculté sur le territoire des Etats Parties² et de manière particulière en ce qui concerne les visas de long séjour³. C'est donc naturellement que l'article 62, paragraphe 3, du traité institue une compétence du même ordre en faveur de la Communauté.

Les compétences attribuées par le traité d'Amsterdam ouvrent une voie nouvelle à la réalisation du marché intérieur et de la libre circulation des personnes. Toutefois, ce mouvement doit être relativisé avec l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne. En effet, nombre de dispositions de l'acquis de Schengen concernent l'abolition des contrôles aux frontières intérieures et les contrôles exercés aux frontières extérieures⁴, de sorte que l'abolition des obstacles à la libre circulation des personnes et l'adoption de mesures d'accompagnement ont été réalisées par l'intégration de l'acquis de Schengen⁵.

Pendant, le traité d'Amsterdam ne se réduit pas à la mise en œuvre du marché intérieur et il institue une compétence communautaire en vue de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

II. LA RÉALISATION DE L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE

L'article 61, point b) du traité CE prévoit que le Conseil arrête « d'autres mesures en matière d'asile, d'immigration et de protection des droits des ressortissants des pays tiers conformément à l'article 63 ». A la différence des mesures envisagées dans l'article 61, point a), destinées à la réalisation du marché intérieur, ces « autres mesures » contribuent plus généralement à la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et ne connaissent d'autres limitations que celles établies par l'article 63

1 Proposition de directive du Conseil relative au droit des ressortissants des pays tiers de voyager à l'intérieur de la Communauté, COM(95) 346 final, JO C 306/5 du 17.11.1995.

2 Chapitre 4 « Conditions et circulation des étrangers », Convention d'application des Accords de Schengen, JO L 239/19 du 22.09.2000.

3 Article 18 de la convention de Schengen « Les visas pour un séjour de plus de trois mois sont des visas nationaux délivrés par l'une des parties contractante selon sa propre législation. Un tel visa permet à son titulaire de transiter par le territoire des autres parties contractantes en vue de se rendre sur le territoire de la partie contractante qui lui a délivré le visa (...) ».

4 GUILD E. *Immigration Law in the European Community* », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, p. 305.

5 HAILBRONNER K. « *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union* », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 77.

du traité CE¹. Ce dernier habilite la Communauté à prendre des mesures relatives à la politique d'asile (A) et à la politique d'immigration (B).

A. La politique d'asile

La politique d'asile est abordée dans le traité d'Amsterdam de deux manières. Tout d'abord, un protocole annexé au traité aménage le droit d'asile des ressortissants des Etats membres (1). Ensuite, l'article 63 du traité CE définit précisément les domaines de la politique d'asile dans lesquels la Communauté exerce sa compétence (2).

1. Le droit d'asile des ressortissants des Etats membres

Le protocole n° 29 sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne prévoit, compte tenu du niveau de garantie des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans les Etats membres de l'Union européenne, que les Etats membres « sont considérés comme constituant des pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile ». En conséquence, toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un Etat membre à un autre Etat membre doit être déclarée inadmissible par ce dernier. Cette règle peut toutefois ne pas s'appliquer dans des cas limitativement énumérés. Ainsi, les Etats membres peuvent déclarer la demande d'asile admissible si l'Etat membre d'origine du demandeur se prévaut de l'article 15 de la CEDH pour déroger exceptionnellement aux dispositions de la CEDH, si l'Etat membre d'origine a fait l'objet d'une procédure de suspension de ces droits pour violation des droits de l'homme conformément à l'article 7 du traité UE², si la procédure prévue à l'article 7 du traité UE a abouti à une sanction de l'Etat membre d'origine prononcée par le Conseil³. A côté de ces conditions objectives, le protocole prévoit que l'Etat membre

1 La distinction opérée par le traité entre les mesures visant à assurer l'établissement du marché intérieur et les « autres mesures » induit une différence au niveau de l'exercice de la compétence. Comme le souligne le Professeur HAILBRONNER « Finally, the power to adopt « other measures », as a matter of principle, is not subject to limitations other than those established by article 63 ECT while measures aimed at ensuring the freedom of movement may not serve any other purpose », HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 69.

2 Article 7 paragraphe 1^{er} du traité UE « Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après avis conforme du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, et lui adresser des recommandations appropriées. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut, statuant selon la même procédure, demander à des personnalités indépendantes de présenter dans un délai raisonnable un rapport sur la situation dans l'État membre en question.

Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables.

3 Article 7, paragraphe 2 du traité UE « Le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement et statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission et après avis conforme du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un

peut toujours décider « unilatéralement » d'examiner une demande d'asile introduite par un ressortissant d'un autre Etat membre. Dans ce cas, le protocole précise que la demande est présumée « manifestement non fondée sans que, quelque soit le cas, le pouvoir de décision de l'Etat membre ne soit affecté d'aucune manière ».

La limitation des compétences en matière de traitement des demandes d'asile introduites par des ressortissants des autres Etats membres est relative. Tout d'abord, compte tenu de la possibilité unilatérale ouverte aux Etats membres d'examiner ces demandes et de la présomption du caractère non fondé de la demande qui ne peut en aucun cas affecter le pouvoir de décision des Etats membres. Ensuite, parce que les incidences pratiques de cette procédure sont peu importantes.

C'est davantage sur le terrain politique que le protocole interroge. En effet, son introduction dans le traité résulte de la volonté du premier ministre espagnol¹ d'éviter que des terroristes, notamment d'ETA, puissent trouver asile dans un autre Etat membre de l'Union européenne, comme cela avait été le cas dans le passé en Belgique. Ce souci d'éviter l'instrumentalisation de la politique d'asile est souligné dans le préambule du protocole qui indique que les Etats membres souhaitent « empêcher que l'asile en tant qu'institution soit utilisé à des fins autres que celles auxquelles il est destiné ». De ce point de vue, la présence du protocole dans le traité, autrement appelé « protocole AZNAR », laisse perplexe².

2. *Les mesures relatives à l'asile*

La seconde approche a consisté à communautariser les questions relatives à l'asile. L'approche est toutefois maladroite dans la mesure où elle entretient une confusion entre les notions d'asile et de réfugiés et les textes de référence. En effet, l'article 63, paragraphe 1^{er} prévoit l'adoption de mesures relatives à l'asile en se référant à la Convention de Genève de 1951 et à son protocole de 1967 qui concernent le statut de réfugié, alors que le second paragraphe évoque explicitement les réfugiés sans pour autant réaliser de connexion entre ce statut et la convention de Genève... Cette confusion est regrettable puisque l'asile et le statut de réfugié participent de deux concepts différents régis par des régimes différents³.

État membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, après avoir invité le gouvernement de cet État membre à présenter toute observation en la matière ».

- 1 Sur ce point voir notamment, BOCCARDI I. « Europe and Refugees. Towards an EU Asylum Policy », European Monographs, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/New York, 2002, 233 p., sp. pp. 140-141.
- 2 Sur ce point voir en particulier la critique de LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, sp. 853-855. Voir également BRIBOSIA E. « Le protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne » in LEJEUNE Y. (Etude coordonnée par) « Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions », Université Catholique de Louvain, Collection de l'Institut d'Etudes Européennes, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 498 p., pp. 189-194.
- 3 « Il semble donc bien que le traité d'Amsterdam reprenne et conforte une série de confusions déjà enregistrées dans le droit des Etats membres, celle en particulier qui mélange ce qui relève des politiques d'asile, élément d'une politique migratoire, et du droit d'asile dont on voit mal comment le traité

Matériellement, la compétence communautaire inscrite dans les articles 63, paragraphe 1, points b), c) et d) concerne l'adoption de « normes minimales » relatives respectivement à l'accueil des demandeurs d'asile (a), aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié (b) et à l'octroi et au retrait de la qualité de réfugié (c).

a. Normes minimales relatives à l'accueil des demandeurs d'asile

La Communauté est habilitée en application de l'article 63, paragraphe 1, point b) à adopter des « normes minimales régissant l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres ». Si le champ d'application de cette disposition est difficile à déterminer dans la mesure où les conditions d'accueil peuvent être interprétées de manière extensive ou restrictive, l'action de la Communauté dans ce domaine doit comprendre des éléments relatifs au statut juridique et social des demandeurs d'asile¹. En outre, l'action communautaire dans ce domaine doit théoriquement réduire les différences existant entre les systèmes nationaux d'accueil et éviter que certains d'entre eux ne deviennent plus attractifs que d'autres². En effet, la mise en compétition des systèmes nationaux peut faire ressortir des différences de traitement et conduire à l'identification, par certaines filières organisées par exemple, d'Etats membres dans lesquels les conditions d'accueil sont plus favorables. En pratique, l'on peut douter de l'incidence de ce type de « calcul de destination », tant la connaissance de l'ensemble des réglementations nationales semble une opération irréalisable pour une personne en quête de protection. Par ailleurs, les phénomènes sociaux, linguistiques, culturels ou factuels ont très largement tendance à supplanter l'approche purement juridique.

En tout état de cause, l'exercice de la compétence communautaire doit permettre l'adoption de règles assurant aux demandeurs d'asile des conditions d'accueil dignes tenant notamment compte de leur situation personnelle ou de leur appartenance à un groupe spécifique. Dans ce contexte, les mineurs isolés ou les personnes particulièrement vulnérables devraient bénéficier d'une attention spécifique. Par ailleurs, l'adoption de « normes minimales » ne doit pas aboutir à abaisser la protection des demandeurs d'asile en deçà des standards de protection de la CEDH et en particulier de l'article 3³.

pourrait modifier quoi que se soit sans attenter aux textes qui le proclament », LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, sp. 851.

- 1 A ce sujet, voir HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 79-80.
- 2 Voir par exemple, POLLET K. « Constructing a Common European Asylum System : An Analysis of the Commission Proposals on Minimum Standards on Asylum Procedures and Reception of Applicants for Asylum in the Member States », R.A.E. 2001-2005 n° 5, pp. 513-532.
- 3 GUILD E. Immigration Law in the European Community », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, p. 320.

*b. Normes minimales concernant les conditions
que doivent remplir les ressortissants de pays tiers
pour pouvoir prétendre au statut de réfugié*

La compétence pour adopter des normes minimales concernant les conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié figure à l'article 63, paragraphe 1^{er}, point b). Si la coopération Maastricht avait tenté d'intervenir sur ce terrain par l'intermédiaire d'une position commune¹, la question de l'harmonisation de la définition du terme de « réfugié » est demeurée ouverte. De la question récurrente des « agents de persécution » au développement massif dans les Etats membres de statuts de protection annexes – ou subsidiaires – octroyant des garanties souvent inférieures à celles attachées au statut de réfugié², la matière réclame une approche commune.

Cela est d'autant plus nécessaire que des différences importantes entre les taux de reconnaissance de la qualité de réfugié entre les Etats membres existent et ne se réduisent pas. Si ces différences peuvent relever d'une multitude de facteurs plus ou moins aisés à déceler, l'absence d'harmonisation des dispositifs législatifs constitue la face émergée de l'iceberg sur laquelle la Communauté est habilitée à agir. A titre d'exemple, la reconnaissance des « agents de persécution privés » n'est pas appliquée par l'ensemble des Etats membres³ et ouvre en conséquence la voie à une approche différenciée dans l'évaluation de la protection recherchée.

Ainsi, à l'heure où le traité rappelle à l'article 63, paragraphe 1, que les mesures adoptées en ce domaine doivent être conformes à la Convention de Genève de 1951, la question de la définition de concepts s'invite au rang des priorités.

*c. Normes minimales concernant la procédure d'octroi
et de retrait de la qualité de réfugié*

Enfin, les « normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la qualité de réfugié dans les Etats membres » constituent le troisième titre de la compétence communautaire. Ici encore, la multiplicité des règles procédurales nationales impose une réponse commune. Il est donc apparu nécessaire de poser les éléments d'une procédure

1 Position commune 96/196/JAI du 4 mars 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme de « réfugié » au sens de l'article 1^{er} de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, JO L 63/2 du 13.03.1996.

2 Voir sur ce point, BOUTEILLET-PAQUET D. « Protection subsidiaire : progrès ou recul du droit d'asile en Europe ? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne » *in* BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., sp. pp. 153-210.

3 « Afin de réduire le nombre de demandeurs d'asile, les politiques nationales de l'Allemagne et de la France en matière d'asile n'ont reconnu par exemple, pendant une longue période, uniquement, les persécutions infligées par des acteurs étatiques comme motif de l'octroi de l'asile », MONAR J. « La mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : un défi pour l'Union européenne et pour les Etats membres », R.F.A.P. 2009, n° 129, pp. 15-34, p. 27

européenne commune en matière d'asile afin notamment que les personnes en quête de protection puissent bénéficier dans les Etats membres d'un cadre procédural équivalent, pour ne pas dire uniforme. Même si la coopération engagée sous l'égide du traité de Maastricht avait encouragé les Etats membres à adopter une action commune en ce sens¹, la montée en puissance des concepts de « pays d'origine sûrs », comme en atteste le « protocole AZNAR », ou encore de « pays tiers sûrs » constitue autant d'éléments auxquels une réponse commune est souhaitée. Au surplus, la démultiplication des statuts de protection implique une démultiplication des procédures applicables, ce qui en l'espèce peut présenter une difficulté supplémentaire. Parallèlement, la compétence reconnue pour adopter des normes minimales concernant la procédure de retrait du statut de réfugié doit s'appuyer sur l'article 1 C de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés².

3. *Le partage financier*

L'article 63, paragraphe 2, point b), institue une compétence dans le domaine financier afin de rétablir l'équilibre entre les efforts financiers consentis, ou ce qu'il est plus généralement convenu d'appeler « le partage du fardeau »³. Introduite sous la pression de la République fédérale d'Allemagne⁴, elle constitue la continuation des concertations engagées par les Etats membres sous le traité de Maastricht pour tenter d'équilibrer les efforts réalisés par les Etats dans l'accueil des réfugiés ou des personnes déplacées⁵. Dans ce contexte, une répartition des efforts financiers se conçoit comme une démarche de solidarité élémentaire. En revanche, cette disposition présente la particularité de n'être pas soumise au délai de la période transitoire.

Au final, la communautarisation ouvre la voie à l'émergence d'une politique commune d'asile⁶ que le traité de Maastricht n'est pas parvenu à réaliser. La perspective d'une forte implication de la Communauté dans ce domaine peut en revanche être

1 Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JO C 274/13 du 19.09.1996.

2 Voir, HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 80.

3 Article 63, paragraphe 2, point b) du traité CE « [Le Conseil, (...) arrête (...) des mesures relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées, dans les domaines suivants] mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir des réfugiés et des personnes déplacées et supporter les conséquences de cet accueil ».

4 Voir LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », RTDE 1997, pp. 811-879, sp. 851.

5 Résolution du Conseil du 25 septembre 1995 sur la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour à titre temporaire des personnes déplacées, JO C 262/1 du 07.10.1995 ; Décision du Conseil 96/198/JAI, du 4 mars 1996, relative à la procédure d'alerte et d'urgence pour la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour, temporaire, des personnes déplacées, JO L 63/10 du 13.03.1996.

6 Comme le titrait la Commission dans une communication consacrée à la méthode de coordination ouverte, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination, COM(2001) 710 final du 28.11.2001.

relativisée en raison du caractère limitatif de la compétence transférée qui poursuit l'adoption de « normes minimales »¹. Cette qualification ne doit toutefois pas permettre à la Communauté d'adopter des règles offrant une protection inférieure à celle garantie par les instruments et exigences internationales². Quoi qu'il en soit, et de manière caractéristique, le domaine de l'asile trouve ses fondements à l'extérieur du cadre communautaire puisqu'il s'agit d'adopter des normes minimales conformément à la convention de Genève.

B. La politique d'immigration

Si les thèmes de l'immigration irrégulière et du contrôle des frontières extérieures ont été abordés dans le cadre des coopérations de Schengen et de Maastricht, l'immigration légale ne bénéficie pas d'un tel encadrement en raison d'une forte réticence des Etats à traiter ce thème en commun. Aussi, la conférence intergouvernementale, après avoir soulevé l'hypothèse d'une harmonisation des règles relatives à l'immigration³, a opté pour une conception large de « politique d'immigration »⁴. Les articles 63, paragraphes 3 et 4, prévoient que le Conseil peut adopter des mesures relatives à l'immigration légale (1), à la lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier (2) en matière de liberté de circulation et d'intégration (3).

1. L'immigration légale

La conjoncture économique des années 90, combinée à une élévation du taux de chômage, avait contraint les Etats à adopter des mesures en vue de limiter l'admission des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres⁵. Parallèlement,

1 Même si la Commission n'estime pas être limitée par la terminologie du traité comme elle le souligne dans une communication, « Une procédure commune et un statut uniforme peuvent-ils être élaborés à partir du texte actuel du Traité ? Aux yeux de la Commission, la notion de normes minimales n'implique pas nécessairement un niveau réduit d'ambition quant à l'étendue des mesures prises sur la base du Traité. Cependant, il faut être conscient qu'une réponse adéquate au mandat donné par le Conseil européen de Tampere requiert une interprétation large de la notion de normes minimales », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une procédure commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile, COM(2000)755 final du 22.11.2000, pp. 17-18.

2 Pour un aperçu exhaustif des engagements internationaux auxquels sont liés les Etats membres, voir en particulier, GOODWIN-GILL G. S. « The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam » in GUILD E. & HARLOW C. (edited by) « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Oxford and Portland, 2001, pp. 141-163, sp. p. 146.

3 GUILD E. « Immigration Law in the European Community », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, p. 322.

4 Article 63, paragraphe 3 du traité CE.

5 Résolution du Conseil concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres, JO C 274/3 du 19.09.1996 ; Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, JO C 274/7 du 19.09.1996 ; Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 concernant la limitation de l'admission

des prescriptions relatives à un modèle uniforme de permis de séjour¹ et des normes communes concernant la façon de le remplir² avaient également fait l'objet d'un accord au sein du Conseil. Malgré ces textes, dont un seul est conforme à la nomenclature instituée par l'ancien article K. 3, la matière demeurerait régie par le droit de chaque Etat membre.

L'article 63, paragraphe 3, point a), habilite la Communauté à adopter des mesures relatives « aux conditions d'entrée et de séjour, ainsi que des normes concernant les procédures de délivrance par les Etats membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial »³. Cette compétence a désormais vocation à supplanter et compléter le dispositif préalablement adopté notamment sur base d'une proposition relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres⁴. Toutefois, la question de la compétence communautaire en vue d'adopter des mesures relatives à l'accès à l'emploi des ressortissants de pays tiers a pu être soulevée dans la mesure où le traité d'Amsterdam ne reprend pas entièrement à son compte l'habilitation de l'ancien article K. 1. En effet, et sous pression de la délégation allemande⁵, la mention relative à « l'accès à l'emploi » a disparu de l'article 63, paragraphe 3, point a). Ainsi, une interprétation s'est développée selon laquelle la Communauté est titulaire d'une compétence pour réglementer la délivrance des permis de séjour et non celle des permis de travail. Or, la délivrance du permis de travail conditionnant généralement la délivrance du permis de séjour, cette interprétation a pour effet de vider cette disposition d'une part importante de son contenu et de limiter la compétence communautaire⁶. Si le développement de la politique d'immigration démontre que cette interprétation n'a pas été retenue, la comparaison entre l'article K.1 et l'article 63 a laissé planer un doute.

Le regroupement familial relève également de la compétence communautaire, ce qui est significatif lorsque l'on sait qu'il constitue la principale voie d'immigration dans l'Union⁷. Les Etats membres avaient tenté d'encadrer la matière au moyen d'une

de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres à des fins d'études, JO C 274/10 du 19.09.1996.

- 1 Action commune (96/11/JAI) du 16 décembre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à un modèle uniforme de permis de séjour, JO L 7/1 du 10.01.1997.
- 2 Décision du Conseil (98/701/JAI) du 3 décembre 1998 relative aux normes communes concernant la façon de remplir le modèle uniforme de permis de séjour, JO L 333/8 du 09.12.1998.
- 3 Article 63, paragraphe 3, point a) du traité CE.
- 4 Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres, COM(97) 387 final, JO C 337/9 du 07.11.1997.
- 5 Agence Europe n° 6997, 18 juin 1997, p. 5.
- 6 Sur ce point, voir DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 1-95, sp. 15-18.
- 7 « Since family reunion is one of the chief reasons for new legal entry of third-country nationals onto the territory of the EU, there has long been an inevitable interest in harmonizing national law on this issue », *in* PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., sp. 577.

résolution de 1993 portant sur l'harmonisation des politiques nationales en matière de regroupement familial¹ ou encore d'une proposition de la Commission introduite au cours de l'été 1997² mais sans réel succès. La consécration d'une base juridique constitue un élément important du traité d'Amsterdam en raison des implications de cette matière sur les flux migratoires tout autant qu'en matière de droits fondamentaux.

2. La lutte contre l'immigration illégale et le séjour irrégulier

L'immigration clandestine, ou illégale, ou irrégulière, tant il est vrai que juridiquement ces notions s'analysent différemment³, trouve « naturellement » une place dans le dispositif d'Amsterdam⁴. Elle y est entendue de manière large puisqu'elle couvre l'entrée, le séjour et le rapatriement des personnes tombant dans cette catégorie.

Ce domaine n'est toutefois pas inconnu des Etats membres et a concentré leur attention au cours de la coopération engagée sous l'égide du traité de Maastricht. Qu'il s'agisse des moyens de lutte et de contrôle de l'immigration et de l'emploi illégaux⁵, des mesures adoptées en matière d'éloignement⁶ ou de retour volontaire⁷, jusqu'à l'adoption de règles relatives aux accords de réadmission⁸ une palette d'instruments de coordination des politiques nationales a été adoptée. La coopération de Schengen

1 PEERS S. « Building Fortress Europe : the Development of EU Migration Law », C.M.L.R., 1998, pp. 1235-1272, sp. 1239-1242.

2 Chapitre VII de la proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres, COM(97) 387 final, JO C 337/9 du 07.11.1997.

3 LABAYLE H., BOUTEILLET-PAQUET D., WEYEMBERG A., « La lutte contre l'immigration illégale » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « The Emergence of a European Immigration Policy / L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 371-442.

4 Article 63, paragraphe 3, point b) du traité CE.

5 Recommandation du Conseil du 22 décembre 1995 sur l'harmonisation des moyens de lutte contre l'immigration et l'emploi illégaux et l'amélioration des moyens de contrôle prévus à cet effet, JO C 5/1 du 10.01.1996 ; Recommandation du Conseil du 27 septembre 1996 sur la lutte contre l'emploi illégal de ressortissants d'Etats tiers, JO C 304/1 du 14.10.1996 ; Résolution des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil du 17 octobre 2000 complétant les résolutions du 23 juin 1981, du 30 juin 1982, du 14 juillet 1986 et du 10 juillet 1995 en ce qui concerne la sécurisation des passeports et autres documents de voyage, JO C 310/1 du 28.10.2000.

6 Recommandation des ministres des Etats membres des Communautés européennes, chargés de l'immigration, en date du 30 novembre 1992, relative au transit aux fins d'éloignement, JO C 5/3 du 10.01.1996 (annexe) ; Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant l'adoption d'un modèle type de document de voyage pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers, JO C 274/18 du 19.09.1996 ; Recommandation du Conseil du 22 décembre 1995 relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, JO C 5/3 du 10.01.1996.

7 Décision du Conseil du 26 mai 1997 relative à l'échange d'informations concernant l'aide au retour volontaire des ressortissants de pays tiers, JO L 147/3 du 05.06.1997.

8 Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, JO C 274/20 du 19.09.1996 ; Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, JO C 274/25 du 19.09.1996.

a également contribué à l'harmonisation des règles nationales puisque des mesures visant à sanctionner l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier¹ et à assurer une coopération en matière d'éloignement² figurent dans la Convention d'application. A ce titre, la communautarisation de l'acquis de Schengen peut être considérée comme suffisante pour mettre en œuvre l'article 63, paragraphe 3, point b) du traité³, ce que confirment par ailleurs le Conseil et la Commission⁴.

3. La liberté de circulation des ressortissants de pays tiers en situation régulière

L'article 63, paragraphe 4, du traité prévoit que le Conseil arrête « des mesures définissant les droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière de séjour dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire ». Cette disposition indique que les ressortissants de pays tiers ne bénéficient pas du droit à la libre circulation au même titre que les ressortissants des Etats membres puisque des mesures doivent être adoptées pour en définir les conditions de jouissance et d'exercice. Ainsi, cette disposition autorise la Communauté à étendre certains aspects de la libre circulation aux ressortissants de pays tiers sans leur en attribuer le droit dans sa totalité⁵. Si l'étendue des droits demeure encore inconnue, la délégation allemande a insisté au cours de la conférence intergouvernementale pour que l'article 63, paragraphe 4, ne contienne aucune référence à l'accès au marché de l'emploi⁶. Reste que cette exigence ne constitue pas un obstacle⁷ dans la mesure où d'autres dispositions du traité prévoient l'adoption par la Communauté de règles relatives « aux conditions d'emploi des ressortissants de pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté »⁸. Seule la procédure de vote à l'unanimité assurera encore à l'Allemagne une possibilité de

1 Voir les articles 26 et 27 de la convention de Schengen relatifs respectivement aux transporteurs ayant acheminé des ressortissants de pays tiers dépourvus des documents requis et aux personnes aidant ou tentant d'aider à des fins lucratives l'entrée et le séjour en violation des législations nationales.

2 Voir en particulier l'article 23 de la convention de Schengen.

3 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 86.

4 « Dès lors que l'acquis de Schengen sera intégré dans le cadre de l'Union européenne, les objectifs de la Communauté énoncés dans tout l'article 62 du traité CE et, dans une large mesure, ceux énoncés à l'article 63, point 3, sous b), du traité CE, dans les versions du traité d'Amsterdam, auront largement été réalisés (...) », Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1009, sp. Point 26.

5 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 89.

6 Sur ce point voir l'analyse des différents documents présentés au cours de la conférence intergouvernementale in GUILD E. « Immigration Law in the European Community », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, p. 323.

7 GUILD E. « Immigration Law in the European Community », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, p. 323 ; LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, pp. 855-856.

8 Article 137, paragraphe 3, 4ème tiret du traité CE.

blocage en la matière. Enfin, l'exercice de la compétence reconnue à la Communauté par l'article 63, paragraphe 4, doit permettre d'assurer « la protection des droits » des ressortissants de pays tiers, conformément à l'article 61 point b) du traité CE et comme cela est le cas dans la majorité des Etats membres pour les ressortissants de pays tiers résidant légalement depuis une période déterminée¹.

L'objet de la compétence communautaire est double, soit qu'elle vise la réalisation du marché intérieur, soit qu'elle participe à la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Si la distinction entre ces deux déterminants questionne, notamment en ce qui concerne la pertinence de la répartition des matières entre l'un et l'autre des objets², elle met en lumière une autre réalité. Celle de l'existence de règles adoptées dans le cadre intergouvernemental et permettant, au moment de l'adoption du traité d'Amsterdam, la réalisation du marché intérieur. Comme le soulignent le Conseil et la Commission, « dès lors que l'acquis de Schengen sera intégré dans le cadre de l'Union européenne, les objectifs de la Communauté énoncés dans tout l'article 62 du traité CE et, dans une large mesure, ceux énoncés à l'article 63, point 3), sous b), du traité CE, dans les versions du traité d'Amsterdam, auront largement été réalisés, (...) »³. Par opposition, et à l'exception de l'article 63, point 3, sous b) suscitée, les « autres mesures » visant à mettre en œuvre l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne bénéficient pas d'un tel environnement. Toutefois, elles sont tenues de respecter des engagements internationaux conclus en dehors de la sphère communautaire. Tel est le cas des mesures à mettre en œuvre dans le cadre de la politique d'asile qui doivent être conformes à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés et des mesures adoptées en matière d'immigration qui doivent respecter les droits fondamentaux. En définitive, la réalisation de la libre circulation et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice s'appuie sur des dispositifs déjà existants et extérieurs à la Communauté européenne.

Sous-section 3. L'OBJECTIF DE LA COMPÉTENCE

Déterminer l'objectif poursuivi par la compétence communautaire est essentiel dans la mesure où « le but pour lequel la compétence a été instituée constitue à la fois le fondement et la limite de la compétence »⁴. L'avocat général FENNELLY

1 Voir sur ce sujet, GROENENDIJK K., GUILD E., BARZILAY R. « Le statut juridique des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dans un Etat membre de l'Union européenne », Commission européenne, Direction générale de la justice et des affaires intérieures, OPOCE, Luxembourg, 2001, 125 p.

2 Voir au sujet de la politique d'asile, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, Volume 2, p. 310-311.

3 Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1999, point 26.

4 CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes », LG.D.J., Paris, 1974, 492 p., p. 80.

souligne ainsi que « les compétences sont conférées à la Communauté dans le but de lui permettre de réaliser des objectifs propres à certaines dispositions du traité, lues à la lumière des finalités générales de la Communauté, et l'étendue des pouvoirs de la Communauté doit, par conséquent, être déterminée par référence à ces objectifs »¹. On se souvient que la simple mention de « questions d'intérêt commun » sans objectifs précis avait conduit pour partie à l'échec de la coopération de Maastricht². Le traité d'Amsterdam ne tire que partiellement les leçons du passé. Si le fondement politique de la compétence s'inscrit dans une approche large et vise au maintien et au développement de l'Union européenne en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice³, les dispositions du traité ne définissent pas de manière précise l'objectif de la compétence communautaire en matière migratoire. Autrement dit, la Communauté est dotée d'une compétence matérielle qui n'est pas soutenue par un projet politique précisément défini, faute d'accord sur ce point au cours de la négociation (I). Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur du traité que les chefs d'Etat et de gouvernement ont précisé les objectifs de la compétence communautaire qui doit permettre d'élaborer une « politique européenne commune » d'asile et d'immigration (II).

I. L'ABSENCE INITIALE DE PRÉCISION

Si l'article 61 du traité CE rappelle que l'action vise à mettre en œuvre l'espace de liberté, de sécurité et de justice, « on cherchera cependant en vain des précisions à propos des objectifs de la politique d'immigration »⁴. Le traité contient toutefois quelques indices qui permettent de présumer des orientations générales de la politique (A) que le plan d'action de Vienne se contente de confirmer (B).

1 Cour de justice des Communautés européennes, 5 octobre 2000, *République fédérale d'Allemagne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-376/98, Conclusions de l'Avocat Général FENNELLY N., point 60.

2 Pour une critique, voir en particulier LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35.

3 A ce sujet, voir en particulier, Communication de la Commission « Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice », COM(98) 459 final du 14.07.1998 ; Note d'information du Secrétariat général diffusée sous l'autorité de M. OREJA « Conférence intergouvernementale – Un espace de liberté de sécurité et de justice », SEC(96) 2004 du 29.10.1996.

4 DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 19.

A. Le silence relatif du traité d'Amsterdam

Si l'article 2 du traité UE présente une certaine généralité¹, ce qui est en soi tout à fait concevable, l'article 3 d) du traité CE déterminant l'action de la Communauté en matière migratoire s'avère plus problématique. Il indique que l'action de la Communauté comporte « des mesures relatives à l'entrée et à la circulation des personnes conformément au titre IV ». Cette disposition n'exprime aucun projet politique², contrairement à la politique commerciale commune ou encore la politique commune dans les domaines de l'agriculture et de la pêche. Tout au plus, l'article 3 d) renvoie-t-il au titre IV, « indiquant en cela qu'il existe un cadre institutionnel et matériel »³. Le titre IV n'éclaire pas plus sur ce terrain et procède simplement à une énumération de titres de compétence relatifs au franchissement des frontières extérieures, à l'asile et à l'immigration. En résumé, le traité témoigne de « l'absence de projet politique commun »⁴ ce qui pose un problème d'orientation majeur.

Malgré tout, deux indications peuvent être tirées du titre IV. Tout d'abord, l'aménagement d'une période de transition de cinq ans à l'issue de laquelle des mesures doivent être adoptées permet d'identifier les priorités matérielles dans la mise en œuvre de la politique migratoire. Aux termes de l'article 63, dernier alinéa, du traité d'Amsterdam, certaines matières « ne sont pas soumises à la période de cinq ans (...) ». Concrètement, le partage du fardeau dans le domaine de la protection temporaire et internationale⁵, les règles relatives à l'immigration légale⁶ ainsi que les droits des ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres de

1 Article 2, 4^{ème} tiret, du traité UE « L'Union se donne pour objectif :
(...)

- de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène ».

2 Voir en ce sens, DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 19.

3 LABAYLE H. « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne » *in* JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 11-43, sp. 16.

4 LABAYLE H. « L'Union européenne et l'immigration : une véritable politique commune ? », *in* « Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits », Mélanges en l'honneur de Frank MODERNE, Dalloz, Paris 2004, 1264 p., pp. 1217-1233, sp. 1230.

5 Article 63, point 2), sous b) du traité CE « [les] mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir des réfugiés et des personnes déplacées et supporter les conséquences de cet accueil ».

6 Article 63, point 3), sous a) du traité CE « [les] conditions d'entrée et de séjour ainsi que [les] normes concernant les procédures de délivrance par les Etats membres de visas et de titre de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial ».

séjourner dans les autres Etats membres¹ ne doivent pas faire l'objet d'un accord au cours de la période de cinq ans suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam². Ce procédé permet donc de comprendre *a contrario* les priorités étatiques³ qui relèvent de la réalisation du marché intérieur – comprenant les mesures d'accompagnement à savoir contrôles aux frontières extérieures, politique des visas et circulation pour une durée de trois mois – de l'essentiel de la politique d'asile et de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier. Hormis la question de l'asile, les priorités portent essentiellement sur le volet sécuritaire de l'immigration.

La seconde indication porte sur l'intensité de l'action poursuivie. Si le terme générique de « mesures » laisse *a priori* la question en suspens, le texte ouvre toutefois quelques pistes. Ainsi, l'action dans le domaine de l'asile ne doit pas être importante dans la mesure où le traité impose l'adoption de « normes minimales ». Pour les autres domaines, une distinction doit être opérée entre la politique d'immigration pour laquelle des « mesures » doivent être prises et la gestion des frontières ou la politique des visas pour lesquelles le Conseil adopte respectivement des « normes » et des « règles ». La contrainte juridique est plus marquée dans le second cas de figure que dans le premier, ce qui est révélateur.

Le traité d'Amsterdam ne tire donc que partiellement les enseignements du passé. Si l'espace de liberté, de sécurité et de justice se substitue aux « questions d'intérêt commun » de Maastricht, le projet politique qui doit accompagner la politique migratoire n'est pas clairement et précisément défini. Cette incertitude a persisté au cours de la période de ratification du traité d'Amsterdam.

B. Le silence du plan d'action de Vienne

Le plan d'action de Vienne, texte cosigné par le Conseil et la Commission, a pour objectif de déterminer les modalités optimales de mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁴. Adopté avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, il constitue un instrument de programmation de la mise en œuvre du traité

1 Article 63, point 4) du traité CE « des mesures définissant les droits des ressortissants de pays tiers en situation régulière de séjour dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire ».

2 Contrairement aux questions relatives au franchissement des frontières extérieures, à l'asile ou à l'immigration clandestine.

3 Ou encore comme le souligne Philippe DE BRUYCKER « Voilà qui montre quelles sont les priorités des Etats membres en matière de politique migratoire », *in* DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 26.

4 Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JO C 19/1 du 23.01.1999.

d'Amsterdam¹. Tout en rappelant que la période de transition inscrite dans le titre IV offre des « orientations claires sur les mesures auxquelles il convient d'accorder la priorité », le document définit deux catégories de mesures. D'un côté, les mesures qui doivent être adoptées dans un délai de deux ans et, de l'autre, celles dont l'adoption doit intervenir dans un délai de cinq ans conformément à la période de transition.

Si le plan d'action donne des indications relatives aux actions prioritaires à mettre en œuvre, il conserve² le calendrier fixé par le traité sans déterminer le projet politique poursuivi. A ce sujet d'ailleurs, le plan d'action souligne qu'« une stratégie globale en matière de migrations devrait être établie (...) »³. Cela signifie que la politique migratoire ne poursuit pas d'objectifs précis et préfigure le rôle décisif que le Conseil européen doit jouer sur ce terrain.

II. LA PRÉCISION ULTÉRIEURE DE L'OBJECTIF

L'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999 impose de définir les orientations de la politique européenne en matière migratoire et de rompre le silence du traité sur ce point. Le Conseil européen de Tampere⁴ – second Conseil européen thématique de l'histoire communautaire⁵ – offre l'occasion d'affirmer les objectifs de la politique en matière d'asile et d'immigration. Ainsi, les conclusions de Tampere posent pour objectif l'établissement d'une politique commune (1) dont les orientations matérielles sont déclinées dans quatre jalons (2).

A. L'élaboration de politiques communes

Les objectifs de l'Union européenne figurent au point 3 des conclusions qui prévoient que « l'Union se doit donc d'élaborer des politiques communes dans

1 « La manière dont le Conseil et la Commission ont identifié, et se proposent de mettre en œuvre, les mesures énumérées dans cette partie a obéi à un certain nombre de principes :

i) le traité d'Amsterdam a lui-même fixé des orientations claires sur les mesures auxquelles il convient d'accorder la priorité, notamment au cours des cinq premières années suivant son entrée en vigueur. Le plan d'action doit respecter ces orientations ; (...) », Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JO C 19/1 du 23.01.1999, sp. 6.

2 Parfois même, le plan d'action prévoit l'adoption dans un délai de cinq ans de mesures non soumises à cette période par le traité.

3 Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JO C 19/1 du 23.01.1999, sp. 8.

4 Conclusions de la Présidence – Conseil européen de Tampere 15 et 16 octobre 1999, Europe Documents, n° 2158 du 19 octobre 1999.

5 Le premier avait été réuni à Luxembourg en 1997 sur le thème de l'emploi.

les domaines de l'asile et de l'immigration, tout en tenant compte de la nécessité d'exercer aux frontières extérieures un contrôle cohérent afin de stopper l'immigration clandestine et de s'opposer à ceux qui l'organisent et commettent ainsi des infractions relevant de la criminalité internationale. Ces politiques communes doivent reposer sur des principes qui à la fois soient clairs pour nos citoyens et offrent des garanties à ceux qui cherchent protection dans l'Union européenne ou demandent accès à son territoire ». La qualification de « politiques communes » produit tout d'abord des effets au plan juridique. En effet, une politique commune « réalise un processus de répartition des compétences grâce à l'intervention des Etats membres et de la Communauté avec comme but ultime le transfert de l'exercice de la compétence, dont ni l'étendue, ni la date ne peuvent être fixées à l'avance »¹. Ainsi, la volonté des Etats membres d'établir « des politiques communes dans les domaines de l'asile et de l'immigration » témoigne de leur acceptation d'assister à une intervention normative de la Communauté pouvant aller jusqu'à l'attribution d'une compétence exclusive. De ce point de vue, les conclusions de Tampere ancrent la politique dans un processus d'intégration important.

En revanche, la qualification de « politique commune » par les conclusions de Tampere n'éclaire pas vraiment sur le projet politique en tant que tel. En d'autres termes, la question du caractère ouvert ou fermé, accueillant ou répressif de la politique n'est pas expressément réglée. Si le 3^{ème} point des conclusions évoque la nécessité de tenir compte du contrôle cohérent aux frontières extérieure et de l'immigration clandestine, le 4^{ème} point indique « notre objectif est une Union européenne ouverte et sûre, pleinement attachée au respect des obligations de la Convention de Genève sur les réfugiés et des autres instruments pertinents en matière de droits de l'homme, et capable de répondre aux besoins humanitaires sur la base de la solidarité ». Le projet politique doit dès lors assurer un équilibre entre la fermeture de l'espace, nécessaire au maintien de la sécurité, et le respect des instruments internationaux de protection des réfugiés et des droits de l'homme. En fait, et si ces objectifs couvrent les titres de compétences figurant dans le traité, les éléments de cet équilibre doivent être recherchés dans les jalons posés à Tampere.

B. La définition d'orientations matérielles

Les conclusions de Tampere déclinent la politique commune d'immigration et d'asile en quatre jalons qui établissent les orientations matérielles définies par les chefs d'Etat et de gouvernement. Ces jalons concernent le partenariat avec les pays d'origine (1), l'établissement d'un régime d'asile européen commun (2), le traitement équitable des ressortissants de pays tiers (3) et enfin la gestion des flux migratoires (4).

¹ CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes », LG.D.J., Paris, 1974, 492 p., sp. 287.

1. *Le partenariat avec les pays d'origine*

Le premier jalon concerne le « partenariat avec les pays d'origine » et renvoie à la dimension externe de la politique d'immigration. Les conclusions de Tampere indiquent que l'Union européenne « a besoin d'une approche globale des migrations qui aborde les aspects politiques, les droits de l'homme et les questions de développement dans les pays et régions d'origine et de transit. Cela exige de lutter contre la pauvreté, d'améliorer les conditions de vie et les possibilités d'emploi, de prévenir les conflits, de consolider les Etats démocratiques et de veiller au respect des droits de l'homme, notamment les droits des minorités, des femmes et des enfants ». Afin d'atteindre cet objectif, « l'Union et les Etats membres sont invités à contribuer, dans les limites de leurs compétences respectives en vertu des traités, à l'amélioration de la cohérence des politiques intérieures et extérieures de l'Union ». Au-delà de l'approche globale, d'une allusion au co-développement et aux travaux du groupe de haut niveau « Asile et Migration », ce jalon ne précise pas ce que le partenariat avec les pays d'origine de l'Union européenne recouvre, si ce n'est « la volonté d'intégrer dans sa politique extérieure les préoccupations propres de l'Union européenne en matière d'immigration »¹. Néanmoins, un élément de réponse figure dans les développements ultérieurs relatifs à la « gestion des flux migratoires ». La politique extérieure en matière migratoire y est abordée sous l'angle de la politique du retour et de la conclusion d'accords de réadmission². En pratique, le souci d'assurer la sécurité sur le territoire commun a constitué un axe fort de l'action extérieure de la Communauté, en particulier au travers de la conclusion d'accords de réadmission³.

2. *Le régime d'asile européen commun*

Le second jalon des conclusions de Tampere est consacré « à la mise en place d'un régime d'asile européen commun fondé sur l'application intégrale de la Convention

1 DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 23.

2 « Le Conseil européen demande que l'aide aux pays d'origine et de transit soit accrue afin de faciliter les retours volontaires et de permettre aux autorités de ces pays de renforcer leurs moyens de combattre efficacement la traite des êtres humains et de satisfaire à leurs obligations en matière de réadmission à l'égard de l'Union et des Etats membres.

« Le traité d'Amsterdam a conféré des compétences à la Communauté dans le domaine de la réadmission. Le Conseil européen invite le Conseil à conclure des accords de réadmission ou à insérer des clauses-types dans d'autres accords conclus entre la Communauté européenne et les pays ou groupes de pays tiers concernés. Il convient également d'examiner les règles relatives à la réadmission entre Etats membres ». Points 26 et 27 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

3 « A tort ou à raison, le droit communautaire de l'immigration s'est rapidement focalisé sur la technique des accords de réadmission comme instrument privilégié de lutte contre l'immigration, quasiment de manière exclusive et indépendamment des autres domaines de coopération internationale qui aurait pu servir une politique équilibrée d'aide au développement », LABAYLE H. « La politique extérieure de l'Union européenne en matière de Justice et d'affaires intérieures : chimères ou réalité ? » in « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 681-699, sp. 691.

de Genève » et assurant que « nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté ». Les bases juridiques et le calendrier fixés par le traité d'Amsterdam doivent permettre sa mise en œuvre¹. A plus long terme, le Conseil européen de Tampere prévoit que le régime d'asile européen doit « déboucher sur une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union pour les personnes qui se voient accorder l'asile ». Seulement, cette perspective ne trouve pas dans le traité les moyens de sa réalisation. En effet, l'article 63 du traité dote la Communauté d'une compétence pour adopter des « normes minimales » en matière d'asile, compétence insuffisante pour assurer l'établissement d'une procédure commune et d'un statut uniforme. Les conclusions de Tampere apparaissent très ambitieuses étant donné que le Conseil européen « ne peut pas écarter juridiquement ce que le traité prévoit »², nonobstant l'affirmation contraire de la Commission³.

3. *Le traitement équitable pour les ressortissants de pays tiers*

Le troisième jalon de Tampere est intitulé « Traitement équitable pour les ressortissants de pays tiers ». Il aborde deux volets différents, l'intégration et les conditions d'admission et de séjour des ressortissants de pays tiers. Le volet intégration vise tout d'abord à assurer aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres un « traitement équitable » qui implique la mise en œuvre d'une politique qui « devrait avoir pour ambition de leur offrir des droits et obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union européenne ». L'intensité de l'action est réduite. D'une part, le Conseil européen ne prévoit pas la mise en œuvre d'une politique commune mais d'une politique « énergique » dont le développement est formulé au conditionnel. D'autre part, les droits et obligations conférés aux ressortissants de pays tiers sont « comparables » et non pas identiques à ceux conférés aux citoyens, créant ainsi une différenciation de statuts. En second lieu, le point 21 des conclusions de Tampere prévoit que « une personne résidant légalement dans un Etat membre pendant une période à déterminer et titulaire d'un permis de séjour de longue durée devrait se voir octroyer dans cet Etat membre un ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne, par exemple le droit de résider, d'étudier, de travailler à titre de salarié ou d'indépendant, ainsi que l'application du principe de non-discrimination par rapport aux citoyens de l'Etat

1 Point 14 des conclusions de la présidence.

2 PIÇARRA N. « Le développement d'une politique commune en matière d'asile » *in* URBANO DE SOUZA C. et DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 15-21, sp. 18.

3 « Une procédure commune et un statut uniforme peuvent-ils être élaborés à partir du texte actuel du Traité ? Aux yeux de la Commission, la notion de normes minimales n'implique pas nécessairement un niveau réduit d'ambition quant à l'étendue des mesures prises sur la base du Traité. Cependant, il faut être conscient qu'une réponse adéquate au mandat donné par le Conseil européen de Tampere requiert une interprétation large de la notion de normes minimales », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile », COM(2000) 755 final du 22.11.2000, pp. 17-18.

de résidence ». Cette orientation est minimale dans la mesure où elle n'ouvre aucune perspective en termes de circulation, alors que l'article 63, paragraphe 4 du traité CE¹ établit une compétence en ce sens et que le point 3 des conclusions de Tampere la revendique², quand elle ne relève pas simplement de la « tautologie »³.

Le second volet du troisième jalon « reconnaît la nécessité d'un rapprochement des législations nationales relatives aux conditions d'admission et de séjour des ressortissants de pays tiers, fondé sur une évaluation commune tant de l'évolution économique et démographique au sein de l'Union que de la situation dans les pays d'origine ». L'action du Conseil dans ce domaine vise le rapprochement des législations par le biais de décisions du Conseil qui doivent tenir compte de la capacité d'accueil des Etats membres et de leurs liens historiques et culturels avec les pays d'origine. Ainsi, le point 20 des conclusions procède à un encadrement de forme et de fond de la matière. Enfin, l'insertion de la thématique relative aux conditions d'admission dans un jalon dédié au « traitement équitable », autrement dit à l'intégration, étonne alors que le quatrième jalon de Tampere consacré à « la gestion des flux migratoires » semble plus approprié.

4. *La gestion des flux migratoires*

Enfin, le quatrième jalon de Tampere intitulé « Gestion des flux migratoires » s'articule principalement autour des questions liées à l'immigration illégale⁴. Il prévoit entre autres « la mise en place d'une politique commune active en matière de visas et de faux documents », « l'adoption de dispositions législatives prévoyant des sanctions sévères » en matière d'immigration clandestine et de lutte contre la criminalité, « une coopération plus étroite et une entraide technique entre les services de contrôles aux frontières des Etats membres » ou encore la conclusion « d'accords de réadmission » et l'insertion dans les accords conclus par la Communauté avec les pays tiers de « clauses-types » de réadmission. Matériellement détaillé, le quatrième jalon initie une politique de « gestion des flux migratoires » axée sur la lutte contre l'immigration illégale et implique l'adoption de mesures juridiquement contraignantes.

1 Article 63, paragraphe 4, du traité CE « [Le conseil arrête] des mesures définissant les droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière de séjour dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire ».

2 « Cette liberté ne doit pas être considérée comme une prérogative des seuls citoyens de l'Union », point 3 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

3 Comme le souligne un auteur « l'idée d'octroyer à un ressortissant de pays tiers titulaire d'un permis de séjour de longue durée l'octroi du droit de résider, d'étudier, de travailler à titre de salarié ou d'indépendant relève en effet de la tautologie si elle se rapporte, ce qui semble curieusement être le cas, à l'Etat d'accueil du ressortissant de pays tiers et non aux autres Etats membres dans lequel il pourrait se voir reconnaître le droit de s'installer à certaines conditions », DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 24.

4 Voir à ce sujet, DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 24-25.

Les « jalons de Tampere » visent à déterminer les objectifs de la politique commune d'immigration et d'asile. Si pour la dimension externe, les objectifs demeurent encore difficiles à circonscrire compte tenu du manque de précision entourant le partenariat avec les pays d'origine, plusieurs indications marquent les autres domaines. La politique d'asile, tout d'abord, démontre des ambitions que le traité est en mal de satisfaire, faute de compétences suffisantes. Concernant la politique d'immigration, ensuite, elle se divise entre une action conditionnelle et de « rapprochement des législations » pour ce qui concerne l'intégration et l'immigration légale et une action précise et fortement intégrée pour le volet relatif à la lutte contre l'immigration illégale, et les phénomènes criminels qui y sont associés, puisqu'il est question de « politique commune », de « dispositions législatives » ou encore de conclusion « d'accords ».

Ainsi, les conclusions de Tampere dotent l'action de la Communauté et de l'Union européenne d'un objectif, celui de mettre en œuvre des « politiques communes », et déterminent les orientations matérielles permettant de l'atteindre.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La communautarisation des politiques d'immigration et d'asile par le traité d'Amsterdam relève de la suite logique de la construction communautaire. Un premier mouvement a permis d'établir un lien entre les questions d'immigration et la libre circulation des travailleurs au point de considérer qu'une compétence communautaire en matière migratoire pouvait constituer une conséquence de cette libre circulation, ce que souligne l'arrêt dit des « politiques migratoires »¹. Le second mouvement a consisté à approfondir la logique. En prévoyant l'établissement d'un marché intérieur sans contrôle des personnes aux frontières intérieures « la politique migratoire commune n'est plus une conséquence de la libre circulation interne, elle devient aussi une condition de sa pleine réalisation »². Dans ce contexte, le maintien

1 « L'argument de la République française selon lequel l'ensemble du domaine de la politique des étrangers serait exclu du domaine social en ce qu'il touche à des questions de sécurité publique relevant de la responsabilité des seuls Etats membres ne saurait être accueilli. S'il est vrai que, dans le cadre de leur régime de police des étrangers, les Etats membres peuvent prendre à l'égard de travailleurs ressortissants de pays tiers, des mesures, soit par adoption de règles internes, soit par négociation d'instruments internationaux, inspirés par des considérations d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, il n'en résulte pas pour autant que tout le domaine de la politique migratoire vis-à-vis de pays tiers relèverait nécessairement de la sécurité publique », Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne, Royaume des Pays-Bas, République française, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Royaume du Danemark contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 281, 283, 285 et 287/85, Rec. p. 3245, point 25.

2 CARLIER J.-Y. « Le développement d'une politique commune en matière d'asile » in URBANO DE SOUZA C. et DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 1-14, sp. 4.

dans le cadre de la coopération intergouvernementale de Schengen et de Maastricht des politiques de gestion des frontières extérieures, des visas ou de distribution des demandeurs d'asile ne pouvait perdurer, au risque de laisser lettre-morte le projet établi par l'Acte unique européen. La communautarisation opérée par le traité d'Amsterdam constitue un aboutissement et un prolongement de ce processus. Si une politique et un droit européen de l'immigration apparaissent comme une conclusion logique de l'établissement du marché intérieur européen¹, le développement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice ouvre des perspectives nouvelles. En effet, l'action de la Communauté ne se limite plus à l'adoption de mesures d'accompagnement mais concerne désormais les conditions d'entrée, de séjour et de circulation des ressortissants de pays tiers. Cela dit, les dispositions du traité et les conclusions de Tampere laissent entrevoir que les mesures d'accompagnement, c'est-à-dire le volet relatif à la gestion des frontières, la politique des visas et l'immigration irrégulière, doivent bénéficier d'une attention plus forte que les autres domaines de la politique migratoire. Quoiqu'il en soit, l'attribution de compétences étendues à la Communauté ne constitue pas un élément suffisant de l'analyse. Encore faut-il déterminer de quelle manière est organisée la distribution des compétences entre la Communauté et les Etats membres afin d'évaluer la capacité de la Communauté à élaborer des politiques communes d'immigration et d'asile.

1 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 1.

Chapitre 2

La distribution confuse des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres

Le traité a pour objet de délimiter les domaines matériels dans lesquels la Communauté est habilitée à exercer sa compétence. Concernant la politique migratoire, le titre IV du traité CE créé par le traité d'Amsterdam détermine les domaines de compétence de la Communauté européenne. Cependant, cette détermination des compétences, pour complète qu'elle puisse apparaître, s'avère en réalité réductrice tant du point de vue matériel que du point de vue de l'articulation des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Tout d'abord, si le traité attribue d'importantes compétences d'action à la Communauté, il ne détermine pas la nature et la spécificité de la compétence communautaire. En d'autres termes, il ne détaille pas les effets de la compétence communautaire au regard des compétences nationales lorsque la Communauté et les Etats membres sont habilités à intervenir dans un même domaine d'action. Ainsi, l'étude de la compétence communautaire ne peut s'en tenir à la désignation de domaines matériels d'intervention et impose de définir sa nature et son articulation avec les compétences nationales tant au plan interne qu'au plan externe. Ensuite, certains domaines demeurent explicitement ou implicitement¹, voire par nature, de la compétence exclusive des Etats membres. Ici, la Communauté ne dispose *a priori* pas de pouvoir d'action dans la mesure où seuls les Etats membres demeurent compétents. Seulement, deux problèmes doivent être résolus. Le premier concerne la délimitation précise des domaines demeurés dans le

1 En effet, « (...) the new areas are defined in detailed provisions and cover neither all questions of asylum policy, nor the whole field of immigration policy », HAILBRONNER K. « European immigration and asylum law under the Amsterdam treaty », C.M.L.R. vol. 35, n° 5, October 1998, pp. 1047-1067, sp. 1048-1049.

chef des Etats membres par rapport à ceux qui, indépendamment du silence du traité, peuvent relever de la compétence communautaire. Le second impose de définir la manière dont s'opère l'articulation entre l'action communautaire et l'action des Etats membres. Au fond, si le traité d'Amsterdam communautarise des pans entiers de la politique migratoire par l'attribution d'une compétence à la Communauté, une certaine confusion existe. Afin d'éclaircir la distribution des compétences, l'option choisie est d'aborder successivement la compétence communautaire (Section 1) et les compétences nationales (Section 2) pour déterminer précisément les domaines de chacune, la nature de la compétence communautaire et l'articulation qui s'opère entre ces deux domaines de compétences.

SECTION 1. LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

Analyser la compétence en droit communautaire relève toujours d'un exercice complexe. Parce que le système des compétences communautaires obéit « à trois principes résultant de la pratique, de la jurisprudence et des traités eux-mêmes »¹, il est en mouvement perpétuel et doit toujours être mis en perspective. Ici, et compte tenu du caractère évolutif du système, l'analyse porte sur la nature et l'intensité de la compétence communautaire, autrement dit sur ses caractères (Sous-section 1). Par ailleurs, la sensibilité de la matière migratoire invite à aborder son traitement sous deux angles spécifiques, qu'il s'agisse du nombre d'Etats membres participants à la mise en œuvre de la politique commune ou de la nature même du domaine qui entretient des liens étroits avec la protection des droits fondamentaux. Ainsi, l'étude de la compétence communautaire en matière migratoire implique de souligner ses spécificités (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. LES CARACTÈRES DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

La question des caractères de la compétence revient principalement à déterminer la nature de la compétence communautaire et ses effets sur la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Dans la diversité des types de compétences communautaires, la compétence en matière migratoire relève principalement de la catégorie des compétences partagées (I). Cette qualification est importante dans la

1 BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 313.

mesure où la détermination de la nature de la compétence permet de déterminer l'impact de l'action communautaire sur les compétences résiduelles des Etats membres. En outre, l'existence d'une compétence partagée suppose que la Communauté est également compétente, sous certaines conditions, pour exercer sa compétence dans son prolongement externe vis-à-vis de pays tiers ou d'organisations internationales (II).

I. L'ATTRIBUTION D'UNE COMPÉTENCE PARTAGÉE

La question des compétences en droit communautaire ne se réduit pas à l'identification dans le traité de domaines matériels d'action dans la mesure où la lecture du traité ne dessine que de « façon très partielle et limitée l'étendue effective des compétences communautaires »¹. En effet, « l'attribution d'une compétence à la Communauté n'entraîne pas, à elle seule, le dessaisissement des Etats membres dans le domaine considéré. En d'autres termes, « la situation dominante dans le système de compétences établi par le traité est celle de la coexistence des compétences communautaires et étatiques à propos de la même matière, tandis que l'hypothèse des compétences communautaires exclusives, visée expressément par l'article 3B, alinéa 2, du traité [article 5, alinéa 2 du traité CE] ne constitue que l'exception »². En fait, la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres dans un même domaine d'intervention est déterminée par la nature (A) et l'intensité (B) de la compétence communautaire.

A. La nature de la compétence

Déterminer la nature de la compétence communautaire dans le système des traités est nécessaire pour évaluer ses effets sur la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Dans le domaine de la politique migratoire, l'identification d'une compétence partagée (1) doit permettre de déterminer ses effets (2).

1 TIZZANO A. « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 85.

2 BOSKOVITS K. « Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives de la Communauté européenne et ses Etats membres », *ANT. N. SAKKOULAS/BRUYLANT, ATHENES-BRUXELLES 1999*, 876 p., sp. 201. Au sujet des compétences exclusives, voir LENAERTS K. et VAN YPERSELE P. « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *C.D.E. 1994*, pp. 3-85, sp. pp. 13-28. Pour une critique de la thèse du transfert des compétences, voir en particulier CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes », *LG.D.J.*, Paris 1974, 492 p., pp. 236-251.

1. L'identification d'une compétence partagée

Hormis une mention relative aux compétences exclusives, figurant aux articles 43 du traité UE et 5 du traité CE, et au principe de subsidiarité¹, les traités UE et CE ne contiennent pas de dispositions établissant une présentation générale des compétences communautaires et de leurs effets sur la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Il est revenu à la Cour de justice de combler cette lacune² et à la doctrine d'établir une grille de lecture du système des compétences communautaires. Si la doctrine est parvenue à établir une systématisation des compétences communautaires et de leurs effets sur les compétences nationales³, des différences demeurent sur les qualifications retenues⁴.

Le traité de Lisbonne, reprenant sur ce point les dispositions du traité établissant une Constitution pour l'Europe⁵, met un terme à cette situation et établit une classification des compétences communautaires. Compte tenu de la forte identité du système

1 A cet égard, le Professeur LEVRAT note que les traités originaires ne faisaient aucune référence au partage des compétences entre les Communautés et les Etats membres. Il souligne au sujet de l'introduction de la subsidiarité dans le système des traités à partir de Maastricht que « c'est pourtant à Maastricht que le principe de subsidiarité avait de manière discrète institué une distinction entre les compétences partagées et exclusives, et donc fait entrer la question des compétences, et inévitablement de leur distribution et de leur exercice, dans le discours de l'intégration européenne », LEVRAT N. « Le pari fédéraliste du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Etude du système de partage des compétences » *in* MAGNETTE P. « La Grande Europe », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2004, 403 p., pp. 21-40, sp. 29.

2 « La jurisprudence viendra combler les défaillances des traités. La Cour de justice va bâtir une théorie des compétences, notamment dans le domaine des relations extérieures, fondée sur l'idée d'interprétation extensive et téléologique des textes », BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 311. Voir également LENAERTS K. « Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen », BRUYLANT, Bruxelles, 1988, 817 p., pp. 40-41.

3 Pour une classification récente, voir en particulier, MICHEL V. « 2004 : le défi de la répartition des compétences », C.D.E. 2003, n° 1-2, pp. 17-86 ; CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz.

4 Le système des compétences attribuées à l'Union et aux Communautés européennes peut être présenté de deux façons. Soit de manière simplifiée autour des compétences exclusives et concurrentes (RIDEAU J. « Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes », L.G.D.J., Paris, 2006, 5^{ème} édition, 1281 p., pp. 578-583), ou exclusives et partagées (MANIN P. « L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux », PEDONE, Paris 2005, 575 p., sp. 144-147) auxquelles peuvent également être ajoutées des compétences complémentaires (BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 320-334). Soit de manière plus détaillée comprenant les compétences exclusives, parallèles, concurrentes, coordonnées, complémentaires, harmonisées et protégées (CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz) ou encore sous une autre présentation les compétences abolies, transférées, encadrées, coordonnées ou réservées (SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Collection droit fondamental, Paris, 1997, 3^{ème} édition, 779 p., sp. 131-140).

5 Pour une étude de cette question dans le cadre du traité établissant une Constitution pour l'Europe, voir notamment BRIBOSIA H. « La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres », *in* DONY M. et BRIBOSIA E. « Commentaire de la Constitution de l'Union européenne », Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2005, 451 p., sp. 47-82.

institué avec la situation actuelle¹ et de la clarification qu'il opère, l'identification de la compétence communautaire en matière migratoire est établie sur son fondement.

Les « catégories et domaines de compétences de l'Union européenne » figurent dans le titre I du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). L'article 2 définit trois types de compétences attribuées à l'Union européenne, exclusive, partagée et une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres.

Lorsqu'une compétence exclusive est attribuée à l'Union européenne dans un domaine déterminé « seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union ». Dans ce cas de figure, le terme exclusif « traduit le fait que l'octroi de la compétence à l'Union exclut toute intervention des États dans le cadre couvert par la compétence »². Il s'agit donc d'un mode de répartition des compétences au profit exclusif de l'Union européenne et qui a pour effet de retirer toute compétence autonome d'action des États membres dans un domaine déterminé³. En raison de l'effet d'abrogation de la capacité d'action des États membres⁴, les domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté, et désormais de l'Union européenne⁵, sont peu nombreux. Dans ce contexte, les auteurs du traité d'Amsterdam, tout autant que rédacteurs du traité de Lisbonne, n'ont pas eu pour projet de doter les institutions communautaires d'une compétence exclusive en matière migratoire. Le fait de qualifier les politiques d'immigration et d'asile de « communes », lors du Conseil de Tampere et dans le traité de Lisbonne, ne modifie en rien cette situation, étant donné que « politique commune ne signifie pas compétence exclusive de l'Union »⁶ ou de la Communauté. Du reste, plusieurs dispositions du traité d'Amsterdam attestent du maintien de la compétence

1 Pour Jean-Paul JACQUE, « Loin de déboucher sur une remise en cause du système existant, la constitution fait œuvre de clarification en présentant de manière cohérente la répartition actuelle qui n'est modifiée qu'à la marge. L'effort a sans doute plus porté sur la présentation que sur le changement », JACQUE J.-P. « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », R.T.D.E. 2008, pp. 439-483, sp. 465-466.

2 JACQUE J.-P. « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », R.T.D.E. 2008, pp. 439-483, sp. 473

3 La Cour de justice a d'ailleurs souligné que le non exercice par la Communauté de sa compétence exclusive n'a pas pour effet de l'en dessaisir, CJCE, 10 juillet 1980, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Aff. 32/79, Rec. p. 2403, sp. Point 15.

4 Voir, GAUTIER Y. « La compétence communautaire exclusive » in *Mélanges en hommage à Guy ISAAC*, Presses de l'Université de Sciences Sociales, Toulouse, 2004, 983 p., volume 1, pp. 165-190.

5 Article 3, paragraphe 1^{er}, du TFUE « L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants :

- a) l'union douanière ;
- b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ;
- c) la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro ;
- d) la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche ;
- e) la politique commerciale commune ».

6 DE BRUYCKER P. « Le traité de Lisbonne et les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », R.A.E., n° 2, 2007-2008, pp. 223-241.

étatique. C'est le cas de l'article 63 du traité d'Amsterdam, dont la disparition dans le traité de Lisbonne n'entraîne aucune incidence de fond, qui souligne que « les mesures adoptées par le Conseil en vertu des points 3 et 4 n'empêchent pas un État membre de maintenir ou d'introduire, dans les domaines concernés, des dispositions nationales compatibles avec le présent traité et avec les accords internationaux »¹. Cette disposition indique que les États membres conservent un pouvoir d'action et écarte ainsi toute perspective d'exclusivité de la compétence. En outre, les dispositions du traité d'Amsterdam relatives à la politique d'asile en prévoyant que le Conseil adopte des « normes minimales » n'entraînent pas un transfert de compétence au profit exclusif de la Communauté mais procèdent à une répartition des compétences entre la Communauté et les États membres.

Si l'hypothèse de la compétence exclusive est évacuée, il en va de même pour la compétence attribuée en vue de « mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres »². Cette compétence n'a pas pour objet de remplacer la compétence des États membres et ne poursuit aucun objectif d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Il s'agit principalement d'une action visant à accompagner, à soutenir, les politiques nationales comme cela est par exemple le cas dans le domaine de la culture ou de la santé. Or, la compétence établie par le traité d'Amsterdam en matière migratoire institue une obligation d'action et poursuit une logique d'harmonisation des législations nationales. Concernant l'obligation d'action tout d'abord, elle résulte de l'article 61 du traité d'Amsterdam qui prévoit que le Conseil adopte, d'une part, des mesures d'accompagnement pour assurer la libre circulation dans le marché intérieur et, d'autre part, d'autres mesures pour mettre en œuvre l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En outre, et indépendamment de trois types de mesures³, cette action doit être mise en œuvre dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Concernant l'effet d'harmonisation des législations nationales, ensuite, il découle tant des dispositions du traité que des objectifs posés à Tampere. Ainsi, assurer la mise en œuvre du marché intérieur sans contrôle des personnes aux frontières intérieures⁴ présuppose, comme l'a souligné la Cour de justice, « l'harmonisation des législations des États membres en matière de franchissement des frontières extérieures, d'octroi

1 Article 63, point 4), alinéa 2, du traité CE.

2 Article 6 du T.F.U.E.

3 L'article 63, point 4) alinéa 3, du traité CE ne soumet pas trois domaines à l'obligation d'action au cours de la période de transition de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Il s'agit des mesures relatives au partage en matière d'accueil des réfugiés (article 63, point 2 b), des mesures relatives aux conditions d'entrée et de séjour ainsi que les normes concernant les procédures de délivrance des visas et titres de séjour de longue durée (article 63, point 3 a), des mesures définissant les droits des ressortissants de pays tiers en situation régulière de séjour dans un État membre de séjourner dans les autres États membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire (article 64, point 4).

4 Article 62, paragraphe 1, traité CE « [Le Conseil (...) arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam] des mesures visant, conformément à l'article 14, à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse de citoyens de l'Union ou de ressortissants de pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures »

des visas, d'asile et d'échange d'informations sur ces questions »¹. Et les mesures d'accompagnement identifiées par le traité d'Amsterdam relatives au franchissement des frontières extérieures, à la politique des visas, aux règles de libre circulation ou encore à la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile, dotent justement la Communauté européenne d'une compétence pour atteindre cet objectif. L'effet harmonisateur des législations nationales ressort également des conclusions de Tampere. En effet, si la notion de « politique commune » n'entraîne pas compétence exclusive, elle implique une action de la part de la Communauté. Comme l'a démontré le Professeur CONSTANTINESCO, « le domaine des politiques communes est celui où, de la façon la plus nette, l'action de la Communauté se combine avec celle des Etats membres pour réaliser un but fixé par le traité. C'est en fait ce but à atteindre qui explique l'action des institutions communautaires (...) »². Dans le domaine de la politique migratoire, l'action normative de la Communauté est confirmée par les jalons de Tampere qui utilisent les terminologies de « normes communes »³, « conditions communes »⁴, « rapprochement des règles »⁵ ou encore « adoption de dispositions législatives »⁶ qui ne laissent aucun doute sur l'issue harmonisatrice de certains domaines de la compétence communautaire et évacue par conséquent l'attribution d'une compétence « d'appui, de coordination ou de complément »⁷.

A défaut de reconnaître une compétence exclusive et une compétence d'appui, la Communauté dispose donc dans le domaine de la politique migratoire d'une compétence « partagée ». Le traité de Lisbonne indique que lorsqu'une compétence partagée est attribuée dans un domaine déterminé, « l'Union européenne et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine ». Au regard de la description du dispositif d'Amsterdam et des conclusions de Tampere, la compétence communautaire doit effectivement être considérée comme partagée, ce que confirme le traité de Lisbonne dans son article 4, paragraphe 2, point j)⁸.

La compétence étant identifiée, c'est sur le terrain de ses effets que l'analyse repose afin de déterminer la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres.

1 CJCE, 21 septembre 1999, *Procédure pénale c/ Florus Ariel Wijzenbeek*, aff. C-378/97, Rec. I-6207, point 40.

2 CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes », LG.D.J., Paris 1974, 492 p., pp. 185.

3 Point 14 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

4 Point 14 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

5 Point 14 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

6 Point 23 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

7 JACQUE J.-P. « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », R.T.D.E. 2008, pp. 439-483, sp. 476

8 Article 4, paragraphe 2, du TFUE « Les compétences partagées entre l'Union et les Etats membres s'appliquent aux principaux domaines suivants :
(...)

j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

2. *Les effets de la compétence partagée*

L'article 2, paragraphe 2, du traité de Lisbonne indique au sujet de la compétence partagée que « les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ».

Cette disposition définit les effets de la compétence partagée sur la répartition des compétences entre la Communauté et/ou l'Union et les États membres. Tout d'abord, si la Communauté, ou l'Union européenne après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, n'a pas exercé sa compétence, les États membres demeurent libres de réglementer le domaine déterminé. En revanche, le déclenchement de la compétence communautaire introduit une relation de concurrence entre la compétence nationale et la compétence européenne en vertu de la théorie de la préemption. Cette dernière, « empruntée au droit fédéral, désigne le processus de dépossession progressive des États du fait de l'exercice de la compétence communautaire »¹. Ainsi, « les États membres sont seuls compétents tant que la préemption n'a pas été exercée par l'Union après quoi l'Union est seule compétente dans le champ de la préemption »². Autrement expliqué, et par l'emploi du terme similaire de compétences concurrentes en lieu et place de la compétence partagée, « les compétences concurrentes désignent une modalité de répartition des compétences dans laquelle la Communauté et les États membres jouissent, pour une même matière, d'un titre légitime de compétence dont l'exercice s'effectue successivement »³.

Ces définitions demeurent générales et elles n'offrent pas une vision précise de la complexité du régime des compétences partagées. En effet, la question de l'exercice successif de la compétence communautaire se présente sous deux formes. D'une part, la compétence exercée par la Communauté établit une concurrence réelle de sorte que compétence communautaire et nationale coexistent, la dernière étant exercée dans le respect de la compétence communautaire et en s'inspirant de cette règle⁴. D'autre part, la compétence communautaire est exercée de manière successive et a progressivement vocation à épuiser la compétence des États membres dans un domaine déterminé. Dans ce second cas de figure, des pans entiers de la compétence nationale ne peuvent plus être exercés, à moins que la règle communautaire ne prévoie elle-même les conditions d'intervention des États membres ou, comme le souligne l'article 2, paragraphe 2, du traité de Lisbonne, dans les cas où la Communauté, ou l'Union, a décidé de cesser d'exercer sa compétence⁵. Ainsi, deux cas de figure se présentent, celui d'un rétrécissement de la compétence nationale, qui n'est pas abolie mais encadrée par la

1 CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz, paragraphe 210.

2 JACQUE J.-P. « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », R.T.D.E. 2008, pp. 439-483, sp. 474.

3 MICHEL V. « 2004 : le défi de la répartition des compétences », C.D.E. 2003, n° 1-2, pp. 17-86, sp. p. 57.

4 KOVAR R. « Compétences », Juris-Classeur Europe, Fasc. 420, paragraphe 59.

5 Sur la question de la cessation de l'exercice de la compétence, voir JACQUE J.-P. « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », R.T.D.E. 2008, pp. 439-483, sp. 474.

règle communautaire, et celui d'un épuisement de la compétence nationale créant progressivement les conditions d'une « substitution du droit communautaire au droit interne »¹ ou encore « la reconnaissance d'une compétence exclusive par exercice »².

Ce mouvement tendant à réduire plus ou moins fortement la compétence résiduelle des Etats membres dépend de l'intensité de l'action communautaire. Si cette dernière ne peut être évaluée qu'une fois la compétence partagée exercée par la Communauté³, les objectifs et les dispositions du traité permettent d'en déterminer l'étendue *a priori*. Ce constat est particulièrement significatif dans le domaine de la politique migratoire.

B. L'intensité de la compétence

L'intensité de la compétence communautaire est déterminée par les dispositions du traité qui déterminent les objectifs et les limites de l'action. Sur ce point, le traité de Lisbonne se différencie du traité d'Amsterdam. En effet, ce dernier indique que le Conseil adopte des « mesures » quand le traité de Lisbonne prévoit que l'Union développe des « politique[s] ». En réalité, cette différence s'explique principalement par la prise en compte dans le traité de Lisbonne des orientations politiques développées après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, en particulier par le Conseil européen de Tampere, et l'exercice de la compétence communautaire. Quoi qu'il en soit, et pour s'en tenir au traité d'Amsterdam⁴, l'intensité de l'action est surtout contenue dans les mesures à mettre en œuvre qui sont plus détaillées. Le traité d'Amsterdam organise deux voies d'intervention de la Communauté dont l'intensité varie. Ainsi, les mesures d'accompagnement à la mise en œuvre du marché intérieur imposent une action précise et importante à la Communauté (1) alors que les « autres mesures » destinées à l'établissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice n'impliquent *a priori* pas une intensité similaire (2). La première série de mesures invite par ailleurs à s'interroger sur l'hypothèse d'un épuisement de la compétence nationale débouchant sur l'attribution par exercice d'une compétence exclusive à la Communauté (3).

1 CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz, sp. paragraphe 196.

2 CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz, paragraphe 210.

3 « (...), la compétence exclusive par exercice résulte d'une forte activation par la Communauté de compétences dont *a priori* rien ne permet de déterminer de manière certaine la nature », BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 323.

4 De manière générale, le traité de Lisbonne se différencie du traité d'Amsterdam en formulant des titres de compétences plus larges. A titre d'exemple, l'article 77, paragraphe 2, point a) du TFUE indique que le Parlement européen et le Conseil adoptent des mesures sur « la politique commune des visas et d'autres titres de séjour de courte durée ». Aussi, nous nous référerons aux dispositions du traité de Lisbonne pour autant que la démonstration le réclame.

1. Les mesures d'accompagnement à la réalisation du marché intérieur

La première série de mesures à mettre en œuvre figure à l'article 61 point a) du traité CE et elle concerne les mesures d'accompagnement directement liées à la libre circulation des personnes conformément à l'article 14 du traité CE. Cette disposition énumère précisément les domaines d'intervention permettant la mise en œuvre du marché intérieur et renvoie aux bases juridiques correspondantes. L'examen de ces dernières révèle deux types de mesures à mettre en œuvre. Une première série de mesures ne livre pas d'indices probants sur l'intensité de l'action communautaire. L'article 62, paragraphe 3, dotant la Communauté d'une compétence pour adopter des mesures relatives aux conditions de circulation des ressortissants de pays tiers pour une période inférieure à trois mois, ne permet pas de déterminer le contenu des mesures et ouvre, par conséquent, de larges marges de manœuvres aux institutions communautaires. Un raisonnement similaire concerne l'article 63, paragraphe 2, point a), relatif aux normes minimales relatives à l'octroi de la protection temporaire, dont il a déjà été rappelé que sa connexion avec le marché intérieur suscite l'interrogation.

La seconde série de mesures présente un intérêt plus marqué. Tout d'abord, parce que certaines actions communautaires à mettre en œuvre sont précisément délimitées et imposent une action forte à la Communauté. Cela est le cas des dispositions relatives à la politique des visas¹ qui énumèrent quatre titres de compétence permettant à la Communauté européenne de disposer « d'une pleine compétence pour traiter de tous les aspects de la politique des visas de court séjour »². Sans être aussi large, l'article 63, paragraphe 1, point a) attribue une compétence très précise à la Communauté pour établir les « critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile ». Ensuite, si la compétence relative au franchissement des frontières extérieures établie par l'article 62, paragraphe 2, point a) semble moins précise, la formulation utilisée par le traité, l'adoption de « normes et modalités auxquelles doivent se conformer les Etats membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures », permet en réalité à la Communauté de réglementer des pans entiers du régime de franchissement des frontières extérieures, sachant parallèlement qu'il existe un chevauchement considérable entre la politique des visas et la politique de franchissement des frontières extérieures³. Ainsi, le traité d'Amsterdam définit précisément les compétences de la Communauté afin de mettre en œuvre un espace sans contrôle des personnes aux frontières intérieures en même temps qu'il impose une condition d'action dans la mesure où la compétence communautaire doit être exercée dans les cinq années suivant l'entrée en vigueur du traité. Ces dispositions confèrent une intensité importante à la compétence communautaire qui, une fois exercée, limite

1 Article 62, point 2), b) du traité CE.

2 SCHMITTER C., JULIEN-LAFERRIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 141.

3 Sur ce point voir CHOLEWINSKI R. « No Right of Entry : the Legal Regime on Crossing the EU External Border » *in* GROENENDIJK K., GUILD E. et MINDERHOUD P. « In Search of Europe's Borders », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/New York, 2003, 294 p., pp. 105-130, sp. 127.

corrélativement la compétence des Etats membres. Cette limitation est d'autant plus forte qu'elle est quasiment immédiate dans la mesure où l'abolition des obstacles à la libre circulation des personnes et l'adoption des mesures d'accompagnement imposée par l'article 61, point a) du traité CE, ont été réalisées par la décision du Conseil intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne¹.

Le traité dote la compétence communautaire, aux fins de la réalisation des objectifs de l'article 61 point a), d'une intensité forte au point de conduire l'observateur à s'interroger sur le maintien d'une compétence nationale dans ces domaines. En revanche, la compétence permettant l'adoption des « autres mesures » en matière d'asile, d'immigration et des droits des ressortissants de pays tiers en vue de l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice ne bénéficie pas d'un traitement similaire.

2. Les « autres mesures » en matière d'asile et d'immigration

La compétence introduite par l'article 61, point b) du traité CE poursuit plus généralement la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Si cet objectif est moins précis que celui visant à instituer le marché intérieur et permet, par conséquent, une plus grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la compétence communautaire², le traité institue plusieurs limites qui bloquent le développement de la compétence communautaire au profit de la compétence nationale.

Cela est tout d'abord le cas des domaines relevant de la politique d'asile énumérés à l'article 63, paragraphes 1 et 2 du traité CE. Les titres de compétence attribués à la Communauté visent à l'adoption de « normes minimales ». Ce dispositif présuppose l'adoption de règles communautaires ayant pour objectif de procéder à une harmonisation minimale des législations nationales et de garantir, par conséquent, le maintien des compétences nationales dans ce domaine. En outre, la formulation des titres de compétence est suffisamment large pour laisser libre cours à des interprétations restrictives ou libérales³ et amputer ou pas la compétence des Etats membres. Enfin, la marge de manœuvre de la Communauté est encadrée dans la mesure où les règles

1 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 77.

2 « Given that the EU has the power to determine the purpose of « other measures », there is arguably no need for a specific power covering « flanking measures ». In light of this interpretation, « flanking measures », as envisaged by Article 61(a) ECT, should be regarded as measures which serve a purpose other than that of ensuring the freedom of movement. The power to adopt flanking measures, in other words, functions as a proviso to the limited purpose of measures adopted pursuant to Article 61(a) ECT.

Finally, the power to adopt « other measures », as a matter of principle, is not subject to limitations other than those established by Article 63 ECT while measures aimed at ensuring the freedom of movement may not serve any other purpose », HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 69.

3 Pour une illustration concernant les conditions d'accueil des demandeurs d'asile, voir par exemple HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 79-80.

adoptées sur le fondement de ces dispositions doivent se conformer à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés¹.

La compétence en matière d'immigration tient en deux paragraphes énonçant des titres de compétences matérielles particulièrement larges, comparativement aux précisions figurant dans les dispositions relatives aux mesures à adopter en matière de contrôle aux frontières extérieures. Malgré tout, ces dispositions démontrent que le champ d'application de la politique ne se limite pas à la prévention de l'immigration illégale mais assure également l'établissement d'une politique active de contrôle de l'immigration². Toutefois, et sur le terrain de l'intensité de l'action communautaire, le souci sécuritaire impose que les mesures relatives « à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier »³ soient adoptées dans les cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, ce qui n'est pas le cas des mesures relatives aux conditions d'entrée et de séjour, à la délivrance des visas de longue durée et des titres de séjour, au regroupement familial ou encore au droit de séjour dans un autre Etat membre des ressortissants de pays tiers en situation régulière dans un Etat membre. Le traité d'Amsterdam n'établit dans ce dernier domaine aucune obligation d'action, ce qui traduit la réticence des Etats membres à assister à l'intervention de la Communauté dans ces matières. En outre, et pour indiquer que les Etats membres n'entendent pas perdre leur compétence d'action dans le domaine de l'immigration, l'article 63, paragraphe 4, point 2) du traité CE souligne « les mesures adoptées par le Conseil en vertu des points 3 et 4 n'empêchent pas un Etat membre de maintenir ou d'introduire, dans les domaines concernés, des dispositions nationales compatibles avec le présent traité et avec les accords internationaux ».

De manière générale, les dispositions visant à mettre en œuvre des mesures en matière d'asile, d'immigration et de protection des droits de ressortissants de pays tiers ne doivent pas conduire à une action communautaire ayant pour conséquence de limiter la compétence nationale. La Commission a d'ailleurs bien saisi cette situation en adoptant deux communications proposant d'instituer une méthode ouverte de coordination dans les domaines de l'immigration légale⁴ et de l'asile⁵. En effet, le principe de la méthode ouverte de coordination repose sur plusieurs étapes dont le but est de permettre aux Etats membres de conserver la maîtrise du domaine. Tout d'abord, les Etats membres élaborent des plans d'action établissant le bilan des actions nationales engagées et les perspectives dans le domaine concerné. Sur cette base, la Commission présente un rapport de synthèse mettant en évidence les problèmes communs et identifiant les domaines dans lesquels des solutions communes peuvent

1 Article 63, paragraphe 1^{er}, du traité CE.

2 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 86.

3 Article 63, point 3, b) du traité CE.

4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM(2001) 387 final du 11.07.2001.

5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination, COM(2001) 710 final du 28.11.2001.

être dégagées. Enfin, le Conseil s'appuyant sur le rapport de la Commission dresse les orientations à mettre en œuvre. En d'autres termes, la méthode ouverte de coordination correspond à une « coopération des gouvernements des Etats membres dans le cadre d'un processus coordonné par la Commission au terme duquel le Conseil des ministres adopte des dispositions non contraignantes »¹.

L'adoption de ces communications proposant une méthode ouverte de coordination témoigne de ce que l'intervention communautaire demeure minimale afin de ne pas restreindre la compétence des Etats membres. Ainsi, cette méthode précise la généralité du système de répartition des compétences tel qu'établi par le traité de Lisbonne. En effet, davantage qu'une compétence partagée, la doctrine a plus précisément évoqué l'existence de compétence conjointe ou coordonnée. La compétence conjointe « suppose, pour que soit atteint un objectif communautaire, une association, une collaboration des autorités communautaires et nationales. L'ordonnement de leurs compétences ne repose donc plus sur l'attribution à un titulaire d'une compétence et de l'ensemble des pouvoirs corrélatifs, mais sur un partage, pour une même compétence, des pouvoirs nécessaires à sa mise en œuvre. Les modalités de ce partage, bien que variées, repose toutes sur un principe simple consistant à investir la Communauté et les Etats membres d'une fonction particulière. Cet agencement ne conduit donc pas à un partage de compétence, mais davantage à une répartition matérielle et fonctionnelle de son exercice »². La politique d'asile correspond à ce type de répartition des compétences. Si le traité prévoit l'adoption de normes minimales, permettant ainsi aux Etats membres de conserver leur compétence, le projet visant à établir un bureau européen d'appui³, témoigne d'une répartition fonctionnelle des tâches en vue d'atteindre un objectif communautaire. En effet, le bureau d'appui a pour mission « de faciliter les échanges d'informations, d'analyses et d'expériences entre Etats membres et de développer des coopérations concrètes entre les administrations chargées de l'examen des demandes d'asile »⁴ afin d'assurer une convergence entre les décisions nationales faute d'harmonisation suffisamment forte.

Concernant les compétences coordonnées, elles ont pour principales caractéristiques de maintenir les compétences nationales de sorte que la compétence nationale n'est pas supprimée mais simplement limitée dans son exercice. Dans cette catégorie de compétences, « les Etats sont soumis à deux obligations : la coordination de leurs actions et l'exercice de leur compétence en considération des impératifs communautaires »⁵. La

1 DE BRUYCKER P. « Vers une politique européenne d'immigration économique ? » in BRIBOSIA E. et REA A. (sous la direction de) « Les nouvelles migrations. Un enjeu européen », Editions Complexes, Bruxelles, 2002, 285 p., 157-182, sp. 178.

2 MICHEL V. « Recherche sur les compétences de la Communauté européenne », Thèse, Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2000, 783 p., sp. 164.

3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, COM(2009) 66 final du 18.02.2009.

4 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 11.

5 MICHEL V. « 2004 : le défi de la répartition des compétences », C.D.E. 2003, n° 1-2, pp. 17-86, sp. p. 66.

politique d'immigration légale correspond actuellement à cette forme d'action¹. Si les Etats membres ont rejeté une proposition de la Commission relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante², afin de conserver leur entière compétence dans le domaine, ils ont fini par accepter une forme de coordination ouverte de leurs politiques dans le cadre du Pacte européen pour l'immigration et l'asile³. Ainsi, c'est bien dans le cadre de la coordination et en prenant en compte les développements européens que les Etats membres agissent en matière d'immigration légale.

Le titre IV du traité CE opère une différenciation importante dans l'intensité de la compétence. Les mesures adoptées en application de l'article 61, point b), du traité CE ne bénéficient pas d'un encadrement similaire à celui défini pour les mesures adoptées sur le fondement de l'article 61, point a), et destinées à assurer l'établissement d'un espace de libre circulation. Si le bilan de l'action communautaire atteste de ce clivage et témoigne de l'intensité de la politique européenne dans son versant frontières extérieures et immigration illégale⁴, cela tient aux priorités politiques formulées et à l'acquis de Schengen adopté avant à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam⁵. Cette

1 Comme le souligne la Commission, une différence de degré d'action existe entre la politique d'asile et la politique d'immigration, « Néanmoins, le Traité CE et notamment son article 63 ainsi que les conclusions de Tampere sont plus précis et nettement plus ambitieux pour l'harmonisation en matière d'asile qu'en matière d'immigration tant sur les objectifs que sur le dispositif juridique. De plus, le droit d'asile est fortement gouverné par une série d'obligations internationales conclues par les États membres de l'UE, dont la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés et son Protocole de 1967 forment le socle principal. La Convention de Dublin a posé la question de l'asile depuis plusieurs années dans l'UE et a créé une série de critères et mécanismes contraignants. Enfin au niveau national, l'influence de la jurisprudence des cours ou instances de recours est déterminante », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination, COM(2001) 710 final du 28.11.2001, sp. 17.

2 Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM(2001) 387 final du 11.07.2001.

3 « Il [Le Conseil européen] décide d'organiser, à son niveau, un débat annuel sur les politiques d'immigration et d'asile. A cette fin, il invite la Commission à présenter chaque année au Conseil un rapport, basé notamment sur les contributions des Etats membres et assorti, le cas échéant, de propositions de recommandations, sur la mise en œuvre, tant par l'Union que par ses Etats membres, du présent Pacte et du programme qui succédera au programme de la Haye. Ce débat annuel permettra en outre au Conseil européen d'être informé des évolutions les plus significatives envisagées par chaque Etat membre dans la conduite de sa politique d'immigration et d'asile », Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 15.

4 « Il en résulte que les domaines de l'immigration légale et de l'asile se caractérisent par un cadre législatif faible sans coordination, à l'exception du secteur de l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour légale (...), au contraire des frontières et de la lutte contre l'immigration illégale où la coordination opérationnelle (...) domine », DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile », in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., 45-75, sp. 71.

5 « Dès lors que l'acquis de Schengen sera intégré dans le cadre de l'Union européenne, les objectifs de la Communauté énoncés dans tout l'article 62 du traité CE et, dans une large mesure, ceux énoncés à

caractéristique et l'intensité de l'action dans ce domaine invitent à s'interroger sur l'existence d'une compétence exclusive.

3. *La reconnaissance d'une compétence exclusive par exercice*

L'exercice par la Communauté d'une compétence partagée peut conduire à l'épuisement de la compétence des Etats membres et consacrer une compétence exclusive au profit de la Communauté. Cette hypothèse a été avancée pour les domaines relevant du titre IV du traité CE en ce que la politique « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » est conçue pour appartenir à la catégorie des compétences exclusives¹. Compte tenu de la différence d'intensité attribuée aux mesures à mettre en œuvre en matière migratoire, les domaines couverts par l'article 61, point b), du traité CE ne peuvent entrer dans ce schéma à court ou à moyen terme. En revanche, la question est différente s'agissant des mesures relatives au franchissement des frontières extérieures en raison de l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne et de son développement dans le cadre communautaire. Du règlement sur la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou exemptés de l'obligation de visas², au règlement Dublin II³, en passant par les modalités de contrôles aux frontières extérieures communautarisées par le code frontières Schengen⁴, l'exercice de leur compétence souveraine par les Etats membres

l'article 63, point 3, sous b), du traité CE, dans les versions du traité d'Amsterdam, auront largement été réalisés, pour dix Etats membres, à la date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et, pour treize Etats membres, à compter de la date de la décision du Conseil visée à l'article 2, paragraphe 2, du protocole sur Schengen. Par conséquent, une bonne partie des travaux de fond devra avoir été réalisée bien avant le délai de cinq ans, fixé par les articles en question », Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1009, sp. point 26.

- 1 MICHEL V. « 2004 : le défi de la répartition des compétences », C.D.E. 2003, n° 1-2, pp. 17-86, sp. 56.
- 2 Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001 ; Règlement (CE) n° 2414/2001 du Conseil du 7 décembre 2001 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 237/1 du 12.12.2001 ; Règlement (CE) n° 453/2003 du Conseil du 6 mars 2003 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 69/10 du 13.03.2003 ; Règlement (CE) n° 1932/2006 du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.
- 3 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50/1 du 25.02.2003.
- 4 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.

est singulièrement réduite quand elle n'est pas devenue impossible, comme la question des visas l'illustre. En effet, l'établissement de la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou exemptés de l'obligation de visas constitue une compétence exclusive de la Communauté que les Etats membres ne sont désormais habilités à exercer que sur délégation de la Communauté. C'est ce qui ressort notamment d'une décision du Conseil autorisant les Etats membres à ratifier une convention de l'Organisation internationale du travail sur les pièces d'identité des gens de mer¹. Cette convention, en organisant un régime général d'exemption de visa pour les gens de mer², relève d'un domaine de compétence exclusive de la Communauté. Or, la Communauté n'étant pas membre de l'organisation internationale, elle ne peut ratifier le texte et doit, par décision, autoriser les Etats membres à procéder à la ratification.

Cette situation démontre que la compétence des Etats membres dans un domaine déterminé peut être épuisée au profit de la compétence communautaire. Toutefois, ce phénomène rencontre trois limites. La première concerne le champ de la compétence exclusive dans le domaine déterminé. Ainsi, la compétence exclusive ne porte que sur la liste commune des pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou exemptés de l'obligation de visas et n'a pas vocation à aller au-delà de ce domaine de la politique des visas. Aussi, l'action communautaire n'a pas eu pour objet de régler les conditions de refus de visas³. La seconde limite est plus large et concerne la possibilité d'étendre la compétence exclusive à l'ensemble de la politique migratoire. La compétence exclusive suppose « que la matière est transférée dans son ensemble à la Communauté »⁴. Or, la compétence communautaire ne couvre pas la totalité de la matière, puisque nombre de domaines demeurent encore de la compétence réservée des Etats membres, tel que l'ordre public ou encore la régularisation des ressortissants de pays tiers⁵. En d'autres termes, les Etats membres retiennent en matière migratoire un ensemble de compétences nécessaires et complémentaires à la réalisation d'une politique globale à l'échelle européenne, faisant obstacle à la reconnaissance d'une pleine compétence exclusive. Enfin, l'article 2, paragraphe 2, du traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne confirme que « le législateur de l'Union n'est jamais empêché dans le cadre d'une compétence partagée de revenir en arrière »⁶. Ainsi, rien ne lui

1 Décision 2005/367/CE du Conseil du 14 avril 2005 autorisant les États membres à ratifier dans l'intérêt de la Communauté européenne la convention de l'Organisation internationale du travail sur les pièces d'identité des gens de mer (Convention n° 185), JO L 136/1 du 30.05.2005.

2 L'article 6, paragraphe 6, de la Convention n° 185 de l'Organisation internationale du travail prévoit « Les gens de mer ne sont pas tenus d'être en possession d'un visa pour être autorisés à descendre à terre. Tout membre qui n'est pas en mesure de respecter pleinement cette prescription doit veiller à ce que la législation ou la pratique applicable prévoient des dispositions dans l'ensemble équivalentes ».

3 SCHMITTER C., JULIEN-LAFERRIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour ? » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 129.

4 Avis de la Cour du 11 novembre 1975, rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2, du traité CEE, Avis 1-75, Rec. p. 1355.

5 Voir *infra*.

6 JACQUE J.-P. « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », R.T.D.E. 2008, pp. 439-483, sp. 474.

interdit de prendre la décision de « cesser d'exercer » sa compétence, devenue exclusive par exercice, et de rétablir la compétence des Etats membres.

En conclusion, la compétence communautaire en matière migratoire démontre que, placée sur le terrain des compétences partagées, elle présente des formes extrêmement variées allant de compétences très intégrées pouvant aller jusqu'à la reconnaissance d'une compétence exclusive par exercice, comme l'exemple de la politique des visas le démontre, à des compétences encore largement retenues par les Etats membres pour ce qui relève du domaine de l'immigration de travail. Si le traité permet d'identifier l'intensité de la compétence attribuée à la Communauté, ou à l'Union, cela ne suffit pas pour déterminer l'étendue de la répartition des compétences qu'elle institue entre le niveau communautaire et les Etats membres. En effet, cette dernière dépend de l'exercice par la Communauté de sa compétence qui a pour effet de réduire celle des Etats membres. Cette dimension importante de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres produit également des effets sur l'exercice de la compétence externe.

II. LE PROLONGEMENT EXTERNE DE LA COMPÉTENCE

Aborder la question de la compétence de la Communauté en matière migratoire impose de s'interroger sur son prolongement externe. Si les conclusions de Tampere ouvrent la voie politique¹ d'un « partenariat avec les pays d'origine », elles soulignent immédiatement les difficultés de cette approche. En effet, la contribution des Etats membres et de l'Union à l'amélioration de la cohérence des politiques intérieures et extérieures de l'Union en matière migratoire doit s'exercer « dans les limites de leurs compétences respectives en vertu des traités ». Finalement, les conclusions de Tampere posent la question de la compétence de la Communauté pour agir sur le plan externe. Or, les dispositions du traité d'Amsterdam n'offrent aucune réponse à ce sujet dans la mesure où elles ne déterminent pas de compétences externes explicites dans ce domaine. C'est donc sur le fondement de la théorie des compétences externes implicites que l'action externe de la Communauté s'exerce ce qui démontre la variété des situations rencontrées (A). Par ailleurs, l'introduction des questions migratoires dans les relations extérieures de la Communauté permet de mobiliser d'autres formes de compétences externes de la Communauté en complément de la politique migratoire (B).

1 Ou « enfoncent une porte ouverte », selon l'expression employée par H. LABAYLE lors du congrès européen organisé par le réseau Odysseus, « La dimension externe de la politique d'immigration et d'asile de l'UE », Bruxelles, 3 et 4 avril 2009.

A. Les compétences externes implicites

Développée par voie jurisprudentielle, la théorie des compétences externes implicites constitue un domaine complexe¹ et sensible de l'action communautaire. Elle est tout d'abord complexe, dans la mesure où la théorie a connu des développements confus avant que la Cour de justice ne vienne clarifier la question des compétences implicites dans un avis 1/03 du 7 février 2006². Mais elle est également sensible, étant donné que la compétence externe implicite « projette le partage des compétences opéré par les traités sur la scène internationale »³ et expose en conséquence sur la scène internationale le dessaisissement de la compétence nationale au profit de la compétence communautaire. Le développement et l'acceptation de la théorie des compétences implicites a progressivement placé le débat non plus sur l'existence d'une compétence implicite mais sur la nature de cette dernière, à savoir sur le caractère exclusif ou partagé de la compétence externe entre la Communauté et les Etats membres⁴. Ainsi, une clarification de la problématique des compétences externes implicites dans le système communautaire (1) permet d'évaluer l'application de cette théorie à la politique migratoire et le dessaisissement parallèle de la compétence externe des Etats membres en matière migratoire (2).

1. La problématique des compétences externes implicites

La théorie des compétences implicites permet d'attribuer une compétence d'action à la Communauté alors même que le traité ne l'a pas expressément prévu. Initiée dans le cadre de l'action extérieure, cette construction jurisprudentielle s'est développée de manière ambiguë jusqu'à ce que la Cour de justice livre une grille de lecture du système des compétences externes implicites dans l'avis du 7 février 2006. Sans entrer dans le détail d'un domaine complexe de la construction communautaire⁵, il est possible d'en résumer l'évolution et d'en dresser les modalités de fonctionnement au travers de deux critères qui animent la matière, à savoir le critère de la nécessité et celui de l'affectation. En fait, la mise en œuvre de ces deux critères dépend de l'existence préalable de règles communautaires adoptées dans un domaine particulier. Si la Communauté est déjà

1 Faisant la synthèse des travaux présentés lors du congrès organisé par le réseau Odysseus sur « La dimension externe de la politique d'immigration et d'asile », K. HAILBRONNER soulignait justement que le domaine révèle une « extrême complexité », Congrès européen organisé par le réseau Odysseus relatif à « La dimension externe de la politique d'immigration et d'asile de l'UE », Bruxelles, 3 et 4 avril 2009.

2 CJCE, 7 février 2006, avis 1/03, Rec. I-1145.

3 SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 2001, 3^{ème} mise à jour, 779 p., sp. 140.

4 Voir à ce sujet, MICHEL V. « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, Octobre 2006, pp. 4-8, sp. 7.

5 Voir notamment, CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz. Et pour une approche récente, LOUIS J.-V. « Parallélisme des compétences et compétences explicites » in FRANCK C. et DUCHENNE G. « L'Action extérieure de l'Union européenne. Rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 385 p., pp. 255-281.

intervenue dans un domaine, le critère de l'affectation s'applique, alors que dans l'hypothèse où la Communauté n'a adopté aucune règle en interne, l'action extérieure sera motivée par le critère de la nécessité. Intervenues successivement, ces deux critères permettent d'exposer le régime des compétences externes implicites.

Intervenu dans un second temps du développement de la théorie des compétences implicites, le critère de la nécessité implique que la Communauté soit investie d'un pouvoir d'action extérieure indépendamment de la mise en œuvre de sa compétence interne. L'avis 1/76 de la Cour de justice, généralisant la doctrine initiée par une affaire KRAMER de juillet 1976¹, souligne en effet que « la compétence pour prendre des engagements internationaux peut non seulement résulter d'une attribution explicite par le traité, mais également découler de manière implicite de ses dispositions. La Cour a conclu, notamment, que chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre des engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard »². Ainsi, cette compétence relève d'une démarche fonctionnelle, celle de la réalisation des objectifs de la Communauté qui ne peuvent être atteints d'une manière différente. Dans ce cas de figure, « la compétence interne ne peut être utilement exercée qu'en même temps que la compétence externe, la conclusion de l'accord international étant ainsi nécessaire pour réaliser des objectifs du traité qui ne peuvent pas être atteints par l'établissement de règles autonomes »³.

Si pendant longtemps, cette compétence externe a été comprise comme conférant une compétence exclusive à la Communauté, la Cour de justice dans son avis 1/03 souligne que « cette compétence de la Communauté peut être exclusive ou partagée entre les États membres »⁴. Cette précision de la Cour est importante dans la mesure où elle indique qu'en l'absence d'exclusivité, la Communauté peut conclure un accord, fut-ce sur la base d'un accord mixte, alors que l'interprétation inverse impose qu'en l'absence de compétence exclusive, seuls les États membres sont habilités à conclure l'accord international. Cela introduit en conséquence une plus grande flexibilité dans la conclusion d'accords internationaux. En tout état de cause, et en prenant en considération les avis ultérieurs de la Cour de justice, le critère de la nécessité ne trouve en pratique à s'appliquer que dans des « hypothèses exceptionnelles »⁵.

1 CJCE, 14 juillet 1976, *Cornelis Kramer et autres*, aff. jtes 3, 4 et 6/76, Rec. p. 1279.

2 CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, Rec. p. 741, sp. point 3.

3 NEFRAMI E. « Cour de justice, 7 février 2006, Avis 1/03 », R.A.E.-L.E.A. 2006/1 pp. 113-125, sp. 114.

4 CJCE, 7 février 2006, avis 1/03, Rec. I-1145, sp. point 115.

5 LOUIS J.-V. « La compétence de la CE de conclure des Accords internationaux » in LOUIS J.-V. et DONY M. (sous la direction de) « Relations extérieures », Commentaires J. MEGRET, n° 12, Editions de l'Université de Bruxelles, Etudes européennes, Bruxelles, 2005, 643 p., pp. 57-75, sp. 70.

Cette application exceptionnelle ne se retrouve pas dans le critère de l'affectation, fondement de la théorie des compétences implicites. Dans la célèbre affaire AETR¹, la Cour de justice indiquait en effet « qu'en particulier, chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les Etats membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les Etats tiers des obligations affectant ces règles »². En d'autres termes, la compétence externe appartient à la Communauté lorsque la conclusion d'accords par les Etats membres risque d'affecter les règles communautaires internes. En effet, l'unité du droit communautaire impose cette solution tant du point de vue de la négociation de l'accord que de son exécution dans l'ordre communautaire interne³. Si cette jurisprudence reconnaît l'existence d'une compétence externe implicite de la Communauté dès lors que la règle interne peut être affectée par l'exercice de la compétence nationale, la question de la nature de la compétence, exclusive ou partagée, n'a pas été immédiatement tranchée. Sur ce terrain, la jurisprudence a donc été pendant longtemps assez incertaine, d'abord libérale puis restrictive à partir des années 90. Ainsi, dans un avis rendu en 1994, la Cour considère que la Communauté acquiert une compétence externe exclusive dans des cas limitativement énumérés. D'une part, lorsque « la Communauté a inclus dans ses actes législatifs internes des clauses relatives au traitement à réserver aux ressortissants de pays tiers ou qu'elle a conféré expressément à ses institutions une compétence pour négocier avec les pays tiers »⁴ et, d'autre part, lorsque « la Communauté a réalisé une harmonisation complète du régime d'accès à une activité non salariée, car les règles communes ainsi adoptées pourraient être affectées au sens de l'arrêt AETR, (...), si les Etats membres conservaient une liberté de négociation avec les pays tiers »⁵. La Cour de justice a confirmé cette jurisprudence dans une série d'arrêts relatifs aux accords dits de « ciel ouvert »⁶ avant de mettre un terme à cette interprétation restrictive et de clarifier la situation dans un avis de février 2006 relatif à la compétence de la Communauté pour

1 CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes* (Accord européen sur les transports routiers), Aff. 22-70, Rec. p. 263.

2 CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes* (Accord européen sur les transports routiers), Aff. 22-70, Rec. p. 263, point 17.

3 Comme le souligne Valérie MICHEL, « (...) la compétence externe communautaire s'impose car, à défaut, la conclusion de l'accord international relevant de la compétence des Etats il est à craindre une affectation du droit communautaire. Cette perspective comporte également un risque de remise en cause de l'unité du droit communautaire, car il est inconcevable que le pouvoir de négociation de chaque Etat diffère, modelant ainsi, pour un même domaine, des accords internationaux au contenu variable. Enfin, la Communauté étant compétente dans l'ordre communautaire interne, il lui incombe de pourvoir à l'exécution de l'accord international, ce qui peut se révéler délicat si son contenu n'a pas été négocié par la Communauté elle-même », MICHEL V. « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, Octobre 2006, pp. 4-8, sp. 5.

4 CJCE 15 novembre 1994, Avis 1/94, Rec. I-5267, point 95.

5 CJCE 15 novembre 1994, Avis 1/94, Rec. I-5267, point 96.

6 CJCE 5 novembre 2002, *Commission c/ Danemark*, aff. C-467/98, Rec. I-9519 ; CJCE 5 novembre 2002, *Commission c/ Suède*, aff. C-468/98, Rec. I-9575 ; CJCE 5 novembre 2002, *Commission c/ Finlande*, aff. C-469/98, Rec. I-9627 ; CJCE 5 novembre 2002, *Commission c/ Belgique*, aff. C-471/98, Rec. I-9681 ; CJCE 5 novembre 2002, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-472/98, Rec. I-9741 ; CJCE 5 novembre

conclure la nouvelle Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile¹.

Dans cet avis, la Cour indique, d'une part, que les hypothèses d'application de la doctrine AETR dégagées par la jurisprudence antérieure en vue de la reconnaissance de la compétence externe exclusive ne sont que des exemples². Elle écarte, d'autre part, l'hypothèse du critère de la nécessité³ pour se consacrer sur celui de l'affectation. Reprenant la jurisprudence adoptée en ce domaine, la Cour assure sa cohérence en indiquant que pour vérifier si la Communauté dispose d'une compétence exclusive pour conclure un accord international, il faut « effectuer une analyse globale et concrète » des instruments en présence pour évaluer l'étendue de l'affectation de la règle communautaire et déterminer la compétence de la Communauté et/ou des Etats membres. Cette analyse implique la prise « en considération non seulement [du] domaine couvert tant par les règles communautaires que par les dispositions de l'accord envisagé, pour autant que celles-ci sont connues, mais également [de] la nature et [du] contenu de ces règles et dispositions, afin de s'assurer que l'accord n'est pas susceptible de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles communautaires et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent ». En d'autres termes, la Cour définit une grille d'analyse qui requiert une approche au cas par cas et implique la délimitation de l'étendue des domaines couverts, du contenu des règles édictées et enfin de la perspective d'évolution du droit communautaire⁴. Cette analyse permet de déterminer le degré d'affectation de la règle communautaire dans les cas où la compétence externe n'est pas reconnue à la Communauté et d'en tirer les conséquences au regard de la compétence exclusive externe de la Communauté dans le champ concerné.

En faisant « une application rigoureuse de la jurisprudence AETR »⁵, la Cour de justice conserve comme élément d'évaluation de la compétence externe implicite les critères de nécessité, établis par l'avis 1/76, et d'affectation, consacrés par l'arrêt AETR. Ces derniers trouvent chacun à s'appliquer dans le domaine de la politique migratoire.

2002, *Commission d'Autriche*, aff. C-475/98, Rec. I-9797 ; CJCE 5 novembre 2002, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-476/98, Rec. I-9855.

1 CJCE 7 février 2006, Avis 1/03, Rec. I-1145.

2 « Dans l'avis 1/94, précité, et dans les arrêts ci-avant cités, la Cour a énoncé trois hypothèses dans lesquelles elle a reconnu une compétence exclusive de la Communauté. Ces trois hypothèses, qui ont fait l'objet de larges discussions dans le cadre de la présente demande d'avis et qui sont rappelées au point 45 du présent avis, ne sont cependant que des exemples dont la formulation trouve son origine dans les contextes particuliers pris en considération par la Cour », CJCE 7 février 2006, Avis 1/03, Rec. I-1145, point 121.

3 Pour une critique de cette mise à l'écart voir, NEFRAMI E. « Cour de justice, 7 février 2006, Avis 1/03 », R.A.E.-L.E.A. 2006/1 pp. 113-125, sp. 116-117.

4 Voir notamment, MICHEL V. « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, Octobre 2006, pp. 4-8.

5 NEFRAMI E. « Cour de justice, 7 février 2006, Avis 1/03 », R.A.E.-L.E.A. 2006/1 pp. 113-125, sp. 113.

2. *L'exercice des compétences externes dans le domaine de la politique migratoire*

La communautarisation d'une partie du troisième pilier a eu un effet quasi immédiat en matière de relations extérieures, celui d'une résurgence « d'un effet AETR »¹ induite par la création d'une importante source de législation dérivée en raison de l'intégration de l'acquis de Schengen². Parallèlement, et à partir du Conseil européen de Séville, la politique migratoire est devenue un des secteurs les plus dynamiques des relations extérieures de la Communauté. Cette situation pose la question du partage de la compétence entre la Communauté et les Etats membres. Dans ce domaine, la politique migratoire révèle une réalité complexe mettant en jeu l'ensemble des modalités de répartition des compétences externes, qu'il s'agisse de l'application du critère de nécessité à la politique de réadmission (a), de l'application de la règle de l'affectation en matière de gestion des frontières extérieures (b) ou encore du maintien des compétences nationales dans les domaines de l'asile et de l'immigration (c).

a. La politique de réadmission et le principe de nécessité

L'article 63, paragraphe 3, point b) du traité CE indique que le Conseil adopte des mesures dans les domaines de l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier. Le traité n'attribue pas explicitement de compétence à la Communauté en vue de conclure des accords de réadmission³. Cette situation ne pose pas de problèmes pour deux séries de raison. Politiquement tout d'abord, le Conseil européen de Tampere a rapidement mis un terme à toute équivoque sur ce plan en indiquant « le traité d'Amsterdam a conféré des compétences à la Communauté dans le domaine de la réadmission »⁴. Cette orientation a du reste été reprise de manière récurrente par les Etats et le Conseil⁵ et le Conseil

1 Voir à ce sujet, KUIJPER P.-J. « The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution : Institutional Aspects », C.M.L.R. 2004, pp. 609-626, sp. 616.

2 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 63.

3 Contrairement au traité de Lisbonne qui prévoit désormais explicitement en son article 79, paragraphe 3 que « L'Union peut conclure avec des pays tiers des accords visant la réadmission, dans les pays d'origine ou de provenance, de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou qui ne remplissent plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de l'un des Etats membres ».

4 Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 10/1999, pp. 7-14, sp. 11.

5 « La politique de réadmission et de rapatriement fait partie intégrante de la lutte contre l'immigration clandestine et est un élément essentiel. En raison de l'importance qu'elle revêt, elle doit faire l'objet d'une réflexion distincte, indépendante et plus approfondie à partir de laquelle la Commission européenne doit présenter d'urgence un Livre vert consacré à l'analyse de mesures et d'actions éventuelles qui concrétisent une politique communautaire en matière de rapatriement », Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, JO C 142/23 du 14.06.2002, paragraphe 69.

européen lors de ses réunions de Laeken¹, de Séville² et de Thessalonique³, au point que la réadmission a constitué le seul élément de la politique extérieure qui intéressait les Etats membres. Juridiquement ensuite, et comme le souligne un auteur, il y a peu de doute que la réadmission constitue une compétence exclusive de la Communauté en application de l'avis 1/76 de la Cour de justice⁴. En effet, le critère de nécessité⁵ trouve justement à s'appliquer au cas de la réadmission dans la mesure où seul l'exercice par la Communauté de la compétence externe implicite permet d'atteindre les objectifs d'une politique de rapatriement des personnes en séjour irrégulier au niveau européen.

Une question demeure en suspens, celle de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Si ce point ne pose pas de problème particulier lorsque la Communauté n'est pas intervenue dans la mesure où les Etats membres conservent leur compétence⁶, la question est plus délicate à trancher au moment où la Communauté a commencé à négocier un accord et lorsque l'accord est conclu puisque que dans ce cas la compétence est devenue exclusive, conformément à la jurisprudence classique⁷.

Lorsque la Commission a reçu mandat pour négocier un accord de réadmission communautaire avec un ou plusieurs pays tiers, les Etats membres ne sont plus en mesure de négocier pour leur compte un accord de réadmission avec le même partenaire. Cette situation ressort des déclarations d'un groupe de ministres des Etats membres qui propose, dans l'hypothèse d'une négociation difficile pour la Commission, que les « pays membres puissent reprendre les négociations »⁸. Autrement dit, que les Etats

1 « Une vraie politique commune d'asile et d'immigration suppose la mise en place des instruments suivants :

(...) l'intégration de la politique des flux migratoires dans la politique extérieure de l'Union européenne. En particulier, des accords européens de réadmission devront être conclus avec les pays concernés, sur la base d'une nouvelle liste de priorités et d'un plan d'action clair. (...) », Bull-CE, n° 12-2001, p. 17.

2 Bull-UE, n° 6-2002, p. 13.

3 « (...), l'Union européenne a clairement besoin d'une politique plus structurée, qui couvre tout l'éventail des relations avec les pays tiers, y compris la conclusion rapide d'accords de réadmission avec les pays d'origine les plus importants », Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, sp. 10.

4 KUIJPER P.-J. « The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution : Institutional Aspects », C.M.L.R. 2004, pp. 609-626, sp. 617.

5 « Si les mesures communautaires internes ne sont adoptées qu'à l'occasion de la conclusion et de la mise en vigueur de l'accord international, (...), la compétence pour engager la Communauté vis-à-vis des Etats tiers découle néanmoins de manière implicite des dispositions du traité établissant la compétence interne, pour autant que la participation de la Communauté à l'accord international, (...), est nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté », CJCE 26 avril 1977, Avis 1/76, point 4.

6 Il est en effet précisé que « Un Etat membre peut toujours conclure un accord de réadmission avec un pays tiers tant que la Communauté n'a pas conclu d'accord avec ledit pays ou n'a pas arrêté de mandat de négociation en vue d'un tel accord » Conclusions du Conseil JAI des 27 et 28 mai 1999, *Doc. 8684/99*, sp. p. 8.

7 « Il se comprend alors que la compétence externe puisse être exercée, sans qu'il y ait eu au préalable adoption d'un acte législatif interne, et devenir ainsi exclusive » CJCE 15 novembre 1994, Avis 1/94, point 85.

8 Agence Europe, n° 8568 du 21.10.2003, p. 11.

membres puissent recouvrer la compétence de conclure un accord de réadmission avec un pays tiers.

La seconde hypothèse relève de la conclusion de l'accord communautaire qui substitue les accords bilatéraux préexistants couvrant un domaine identique. Cette situation s'est présentée en pratique lorsque l'Allemagne a conclu avec la Chine un accord permettant de délivrer des visas collectivement en contrepartie de la signature par la Chine d'un accord de réadmission. Constatant que les visas délivrés au titre de l'accord bilatéral étaient des visas Schengen, que le projet visait à favoriser les services allemands de voyages internationaux au détriment des autres Etats membres et que la contrepartie résultait de la conclusion d'une clause de réadmission, la Commission a souligné que ces domaines relèvent de la compétence communautaire et a entamé une procédure de manquement contre l'Allemagne¹ débouchant sur l'attribution à la Commission d'un mandat de négociation et la signature d'un accord entre la Communauté et la Chine².

Pour autant, il ne semble pas que l'on puisse en conclure qu'une fois la compétence externe exercée, les Etats membres soient dessaisis de leur compétence externe. D'une part, l'avis 1/03 de la Cour de justice a reconnu que la compétence communautaire externe implicite exercée en application du critère de nécessité « peut être exclusive ou partagée avec les Etats membres »³. D'autre part, les Etats membres ont souligné lors du Conseil JAI de mai 1999 que la compétence communautaire en matière de réadmission n'est pas exclusive. Ils ont indiqué que « dans certains cas, les Etats membres peuvent même conclure des accords bilatéraux alors qu'un accord communautaire a été conclu ou que des négociations ont été engagées, par exemple lorsque l'accord communautaire ou le mandat de négociation ne contient que des déclarations générales relatives à la réadmission alors qu'un ou plusieurs Etats membres souhaiteraient des arrangements détaillés sur la question. Les Etats membres ne peuvent plus conclure d'accords si ceux-ci risquent de porter préjudice à des accords existants de la Communauté »⁴. Ainsi, les Etats membres conserveraient une compétence résiduelle qui s'exerce dans le cadre posé par l'accord communautaire.

En résumé, les Etats membres conservent leur compétence pour autant que la Communauté n'a pas commencé à exercer la sienne. Dans ce cas de figure, la compétence nationale est suspendue le temps de la négociation de l'accord par la Communauté, et les Etats membres recouvrent une compétence d'action résiduaire et encadrée pour autant que l'accord communautaire n'ait pas épuisé le domaine.

1 Agence Europe, n° 8564 du 16.10.2003, p. 11.

2 Sur ce point voir, KUIJPER P.-J. « The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution : Institutional Aspects », C.M.L.R. 2004, pp. 609-626, sp. 619.

3 CJCE, 7 février 2006, avis 1/03, sp. point 115.

4 Conclusions du Conseil JAI des 27 et 28 mai 1999, *Doc. 8684/99*, sp. p. 8.

b. Le franchissement des frontières extérieures
et le principe de l'affectation

Le domaine du franchissement des frontières extérieures constitue une terre d'élection de l'application de la jurisprudence AETR et du critère de l'affectation, en raison notamment de l'intégration dans l'Union européenne d'un ensemble de règles adoptées dans le cadre de la coopération de Schengen, permettant à la Communauté d'exercer sa compétence externe implicite.

La politique des visas de court séjour constitue un exemple significatif de l'application de la théorie des compétences externes implicites. De l'intégration de l'acquis de Schengen en passant par les règles adoptées dans le cadre de la coopération de Maastricht, la Communauté a acquis dans certaines matières une compétence exclusive¹. Cela est tout particulièrement le cas de la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou pas à l'obligation de visa pour entrer sur le territoire des Etats membres qui a fait l'objet de nombreuses modifications² et dont la compétence relève désormais exclusivement de la Communauté. Par conséquent, la compétence externe relève également de la compétence externe exclusive de la Communauté.

Cette situation s'est révélée à deux reprises. Tout d'abord, lorsque le Conseil a adopté une décision autorisant les Etats membres à ratifier dans l'intérêt de la Communauté européenne une Convention relative aux pièces d'identité des gens de mer³. Cette Convention prévoit que les gens de mer ne sont pas soumis à l'obligation de visa pour descendre à terre. Or, cette règle affecte la législation communautaire et impose que la compétence externe soit exercée par la Communauté. Comme le démontre justement la Commission européenne, « conformément à la jurisprudence AETR de la Cour de

1 Voir notamment SCHMITTER C, JULIEN-LAFERRIERE F, CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration / The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169 ; PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., sp. 185-218.

2 Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001 ; Règlement (CE) n° 2414/2001 du Conseil du 7 décembre 2001 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 237/1 du 12.12.2001 ; Règlement (CE) n° 453/2003 du Conseil du 6 mars 2003 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 69/10 du 13.03.2003 ; Règlement (CE) n° 1932/2006 du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.

3 Décision du Conseil du 14 avril 2005 autorisant les États membres à ratifier dans l'intérêt de la Communauté européenne la convention de l'Organisation internationale du travail sur les pièces d'identité des gens de mer (Convention no 185), JO L 136/1 du 30.05.2005.

Justice concernant les compétences externes, les Etats membres ne sont plus libres de ratifier de leur propre initiative la Convention de l'OIT n° 185 concernant les pièces d'identité des gens de mer car ses dispositions concernant l'exemption de visas lors du débarquement à terre des gens de mer et la référence aux conditions d'entrée des gens de mer dans le territoire des Etats membres aux fins de transit, de transfert ou de rapatriement affectent l'exercice de la compétence communautaire en la matière »¹. Seulement, la Communauté n'étant pas membre de l'Organisation mondiale du travail, elle ne peut exercer sa compétence externe et doit en déléguer l'exercice aux Etats membres.

Ensuite, les nouveaux Etats membres de l'Union européenne sont soumis aux règles de compétences instituées par le système communautaire et ils ne peuvent plus, dans le champ de la compétence exclusive de la Communauté, exercer leur compétence externe sous peine de porter atteinte à l'unité du droit communautaire. Le règlement n° 539/2001 établissant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation institue un mécanisme de réciprocité en vertu duquel les pays tiers figurant sur la liste « blanche » n'imposent pas d'obligation de visa aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne². La Commission, à l'occasion de rapports adressés au Conseil et au Parlement européen, a identifié des violations de ce principe de réciprocité par plusieurs pays tiers³. Sur ce terrain, les Etats-Unis font figure de cas particulier dans la mesure où ils ont subordonné l'introduction de nouveaux Etats membres dans leur programme d'exemption de visa à la conclusion d'accords bilatéraux. Seulement, ces accords bilatéraux couvrent des domaines relevant de la compétence communautaire comme la question de l'exemption des visas qui constitue une compétence exclusive

1 Proposition de décision du Conseil autorisant les Etats membres à ratifier dans l'intérêt de la Communauté européenne la Convention de l'Organisation Internationale du Travail relative aux pièces d'identité des gens de mer, COM(2004) 530 final du 30.07.2004, sp. 4. Voir également MELONI A. « The Development of a Common Visa Policy under the Treaty of Amsterdam », C.M.L.R., 2005, n° 42, pp. 1357-1381, sp. 1374-1375.

2 Sur le mécanisme de réciprocité, voir entre autres SCHMITTER C, JULIEN-LAFERRIERE F, CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration / The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 119 ; PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., pp. 185-218, sp. 189-191 ; MELONI A. « The Development of a Common Visa Policy under the Treaty of Amsterdam », C.M.L.R., 2005, n° 42, pp. 1357-1381, sp. 1367-1368. Voir également le règlement modifiant le mécanisme de réciprocité, Règlement (CE) n° 851/2005 du Conseil du 2 juin 2005 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, JO L 141/3 du 04.06.2005.

3 Rapport de la Commission au Conseil concernant la réciprocité à l'égard de certains pays tiers en matière d'exemption de visa, COM(2006) 3 final du 10.01.2006 ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant le maintien de situations de non-réciprocité par certains pays tiers en matière d'exemption de visas, COM(2006) 568 final du 03.10.2006 ; Quatrième rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le maintien de l'obligation de visa par certains pays tiers en violation du principe de réciprocité, COM(2008) 486 final du 23.07.2008.

de la Communauté et les Etats membres ne sont plus habilités à négocier sur ce terrain sous peine de porter atteinte à la règle communautaire. Le Conseil JAI d'avril 2008 rappelle qu'une approche commune entre la Communauté et les Etats membres délimite les domaines dans lesquels les Etats membres ne disposent plus de compétence pour négocier avec les Etats-Unis¹ et souligne qu'un mandat de négociation a été adopté pour que la Commission négocie avec les Etats-Unis sur certaines conditions d'accès au programme d'exemption de visas des Etats-Unis². Ainsi, en maintenant « des relations bilatérales directes avec le gouvernement américain en dépit de la compétence manifeste de la Communauté en la matière »³, certains Etats membres n'ont pas respecté la répartition des compétences externes exclusive de la Communauté en matière de visas.

La compétence externe implicite de la Communauté a également joué dans le domaine des conditions de délivrance des visas de court séjour. Ainsi, la Communauté a signé des accords de facilitation de délivrance de visa avec plusieurs pays tiers⁴. Ce type d'accord modifie la législation communautaire relative aux pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visas et contient des règles relatives aux procédures et conditions de délivrance des visas dont la compétence relève de l'article 62, paragraphe 2, point b), ii) du traité d'Amsterdam. De ce point de vue, l'action externe de la Communauté repose sur l'existence de bases juridiques appropriées et l'exercice préalable de la compétence interne.

Le domaine du franchissement des frontières extérieures témoigne de l'importance dans la théorie des compétences implicites de l'intensité de l'action exercée en interne par la Communauté. Si la politique des visas prouve que l'existence d'une compétence interne exclusive se répercute au plan externe, la conclusion au nom de la Communauté

1 « The new US VWP legislation has implications for both existing and future participants in the VWP and its implementation has the potential to impact on several other matters which the US connects with the participation in the VWP but which fall within the competence of the EC/EU and on which the EC/EU may already have adopted internal legislation or concluded agreements with the USA and in respect of which the Member States are therefore constrained as regards their freedom to act », *Doc. 7338/08* du 5 mars 2008, sp. 2

2 Conseil justice et affaires intérieures du 18 avril 2008, *Doc. 8397/04*, sp. 11.

3 Proposition de résolution du Parlement européen sur les négociations entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique en matière d'exemption de visa, B6-0233/2008 du 14.05.2008, sp. 3.

4 Accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la fédération de Russie, JO L 129/27 du 17.05.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 332/68 du 18.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/85 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/97 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/125 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/169 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République du Monténégro visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/109 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/137 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et le gouvernement de la République populaire de Chine, d'autre part, relatif aux transports maritime, JO L 46/25 du 21.02.2008.

du Protocole des Nations-Unies sur la traite des personnes démontre que lorsque des éléments du texte international relèvent de la compétence, exclusive ou partagée, de la Communauté, cette dernière est habilitée à conclure l'accord en question¹. En revanche, d'autres domaines témoignent d'une difficulté plus forte à faire jouer la théorie des compétences externes implicites.

c. L'exercice conditionnel de la compétence externe en matière d'asile et d'immigration

Si l'exercice de la compétence externe implicite dépend principalement de l'action interne exercée par la Communauté, en application de la théorie de l'affectation, des pans entiers de l'action extérieure en matière migratoire demeurent encore de la compétence nationale. C'est principalement le cas de l'immigration légale et de la politique d'asile.

Concernant la politique d'asile, la première évaluation repose sur l'intervention minimale de la Communauté dans le domaine qui présuppose une affectation réduite des normes communautaires dans l'hypothèse d'une action extérieure des Etats membres. En outre, et sans évacuer le discours relatif à l'externalisation de la politique d'asile, ce processus n'engage pas aujourd'hui la Communauté dans une action conventionnelle avec les pays tiers au sens de l'exercice d'une compétence externe de la Communauté. Il s'agit davantage d'envisager la création de systèmes de coopération entre la Communauté et les pays tiers sur la base de programmes permettant à ces derniers d'améliorer leurs systèmes de protection internationale². C'est donc essentiellement au travers des instruments financiers que cette action se déroule. Enfin, et pour l'heure, la thématique de l'engagement externe au travers d'accords ou de programmes de réinstallation demeure largement volontaire et nationale³.

Le domaine de l'immigration légale ne pose pas de questions majeures sur le terrain de la compétence externe implicite. Tout d'abord, le faible niveau d'harmonisation des règles adoptées en matière d'immigration légale, qu'il s'agisse de la directive relative au droit au regroupement familial⁴ ou de la directive relative au statut de résident de longue

1 Décision 2006/619/CE du Conseil du 24 juillet 2006 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, du protocole additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, à réprimer et à punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, en ce qui concerne les dispositions du protocole dans la mesure où celles-ci relèvent de la troisième partie, titre IV, du traité instituant la Communauté européenne, JO L 262/51 du 22.09.2006.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux, COM(2005) 388 final du 01.09.2005.

3 Les conclusions adoptées à ce sujet par le Conseil justice et affaires intérieures de septembre 2008 sont claires. Elles indiquent que le Conseil « prend note, dans ce contexte, de l'intention de la Commission de conduire une mission en Syrie et en Jordanie afin d'évaluer, en liaison avec le Haut Commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés, la situation des Iraquiens les plus vulnérables réfugiés dans ces pays, et d'examiner les possibilités de réinstallation dans les Etats membres volontaires », Conseil Justice et affaires intérieures du 25 septembre 2008, *Doc. 12923/08*, sp. 11.

4 « Le rapport indiquait en outre que les effets de la directive sur l'harmonisation des règles de regroupement familial demeurent limités. Le caractère modérément contraignant de la directive laisse

durée, n'a pas pour effet de déclencher une compétence externe exclusive au bénéfice de la Communauté. Ensuite, le domaine de l'immigration pour des raisons économiques est demeuré quasiment vierge¹ de toute intervention communautaire². En l'absence de règles adoptées par la Communauté, la compétence implicite n'a pas vocation à jouer, pas plus que le critère de la nécessité ne trouve à s'appliquer dans le champ des articles 63, paragraphe 3, point a) et 63, paragraphe 4. Les précautions adoptées par les rédacteurs du traité d'Amsterdam, soulignant que « les mesures adoptées par le Conseil en vertu des points 3 et 4 n'empêchent pas un État membre de maintenir ou d'introduire, dans les domaines concernés, des dispositions nationales compatibles avec le présent traité et avec les accords internationaux » et visant à sauvegarder la compétence des États membres pour conclure des traités dans ces domaines³, n'ont donc pas été sollicitées.

L'absence de normes communautaires dans le domaine de l'immigration de travail ne permet pas à la Communauté de s'appuyer sur la jurisprudence des compétences implicites pour développer une action au plan externe. Cette situation engendre deux phénomènes. D'une part, les États membres qui demeurent pleinement compétents concluent bilatéralement des accords en matière d'immigration de travail avec les pays tiers⁴. La France a ainsi conclu plusieurs accords de gestion concertée des flux migratoires avec des pays africains contenant des clauses relatives à l'admission au

une grande latitude aux États membres et, dans certains d'entre eux, il en a résulté un affaiblissement des normes lorsque des dispositions facultatives de la directive relatives à certaines conditions d'exercice du droit au regroupement familial ont été appliquées de manière trop large ou excessive », Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 15.

- 1 Après le rejet par les États membres de la proposition de la Commission relative à l'immigration économique, un programme d'action relatif à l'immigration légale a prévu l'adoption de plusieurs textes (Communication de la Commission. Programme d'action relatif à l'immigration légale, COM(2005) 669 final du 21.12.2005). Deux propositions ont été présentées sur le fondement de ce programme d'action : proposition de directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM(2007) 637 final du 23.10.2007 ; proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, COM(2007) 638 final du 23.10.2007.
- 2 Exception faite de trois directives ayant des incidences sur l'accès au marché de l'emploi. Directive 2004/114/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, JO L 375/12 du 23.12.2004 ; Directive 2005/71/CE du Conseil, du 12 octobre 2005, relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289/15 du 03.11.2005 ; Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155/17 du 18.06.2009.
- 3 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 67.
- 4 Cela est notamment le cas de la France, de l'Espagne et de l'Italie comme l'a démontré P. GARCIA ANDRADE dans une intervention intitulée « L'importance des relations bilatérales entre États membres et pays tiers en matière d'immigration ». Congrès européen organisé par le réseau Odysseus, « La dimension externe de la politique d'immigration et d'asile de l'UE », Bruxelles, 3 et 4 avril 2009.

séjour et au travail¹. D'autre part, et surtout, la Communauté développe dans le cadre de l'approche globale des questions d'immigration² un nouveau concept de relations extérieures basé sur des partenariats pour la mobilité³. Ces partenariats ont pour objectif dans le cadre d'un dialogue avec un pays tiers de faciliter et de promouvoir la coopération sur l'ensemble des questions migratoires, qu'il s'agisse de l'immigration légale, de la lutte contre l'immigration illégale ou encore de la réadmission. Ils couvrent des champs d'action qui relèvent à la fois de la compétence de la Communauté et de celle des Etats membres et devraient, s'ils étaient formalisés sous forme d'accords, relever de la catégorie des accords mixtes, c'est-à-dire des accords signés par la Communauté, les Etats membres et les pays tiers. Or, pour éviter les complications juridiques liées à la conclusion d'accords mixtes, qu'il s'agisse de la négociation ou encore de la ratification par 27 Etats membres pour les domaines relevant de l'immigration légale, la solution réside dans la conclusion avec les pays tiers d'un partenariat juridiquement non contraignant et engageant les Etats membres sur une base volontaire. En fin de compte, si le refus des Etats membres d'assister à toute intervention communautaire dans le domaine de l'immigration de travail a pour effet de bloquer toute perspective d'action externe implicite, cette situation entraîne une modification des relations extérieures en matière migratoire dans la mesure où, désormais, le dialogue prime sur l'obligation juridique sans bouleverser pour autant la répartition des compétences. Comme le souligne le partenariat établi entre l'Union européenne et le Cap-Vert, « l'UE entend contribuer à la mise en œuvre du partenariat à travers les initiatives communautaires et celles des États membres participants, dans la limite de leurs compétences respectives, conformément aux procédures applicables et dans le respect du principe de préférence communautaire »⁴.

Au fond, le débat relatif à la compétence externe n'est pas clos et dépend de l'action normative à venir, même abordée de manière sectorielle. Mais, d'un autre

1 Voir par exemple, Décret n° 2008-900 du 3 septembre 2008 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République gabonaise relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au codéveloppement, signé à Libreville le 5 juillet 2007, JORF 6 septembre 2008.

2 Sur l'approche globale de la question des migrations, voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations : Première étape du processus de suivi de Hampton Court », COM(2005) 621 final 30.11.2005 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migration », COM(2006) 735 final du 30.11.2006 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Application de l'approche globale sur la question des migrations aux régions bordant l'Union européenne à l'Est et au Sud-Est », COM(2007) 247 final 16.05.2007 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Renforcer l'approche globale de la question des migrations : accroître la coordination, la cohérence et les synergies », COM(2008) 611 final du 08.10.2008.

3 Déclaration commune sur un Partenariat pour la Mobilité entre l'Union européenne et le Cap-Vert, *Doc. 9460/08* du 21 mai 2008 ; Déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et la République de Moldavie, *Doc. 9460/08* du 21 mai 2008.

4 Déclaration commune sur un Partenariat pour la Mobilité entre l'Union européenne et le Cap-Vert, *Doc. 9460/08* du 21 mai 2008, sp. 6.

point de vue, la question de la compétence externe en matière d'immigration de travail rejaille au travers des dispositions relatives à la politique commerciale commune dont les incidences sur la politique migratoire peuvent être importantes. Faisant suite à l'avis 1/94 rendu par la Cour de justice¹ et tenant compte de la transformation des échanges internationaux en matière de prestation de service², le traité d'Amsterdam a introduit un nouveau paragraphe à l'article 133 du traité CE qui autorise le Conseil, agissant à l'unanimité, à conclure des accords internationaux concernant les services³. Or, les échanges commerciaux internationaux en matière de service ne se composent pas uniquement d'échanges immatériels. En effet, certains services nécessitent pour leur réalisation le détachement de travailleurs tiers⁴. C'est en fait la jurisprudence communautaire relative au travailleur détaché⁵ qui se profile dans un contexte qui dépasse largement la sphère intracommunautaire, puisque ces règles sont vouées à autoriser la Communauté à conclure des accords notamment dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce⁶. En réalité, le développement des échanges de services à l'échelle mondiale invite la Communauté à intervenir dans ce champ et implique une articulation entre les bases juridiques des titres IV et IX du traité CE. Dans ce contexte, une double base juridique doit être mobilisée entre l'article 133, paragraphe 5, qui autorise la Communauté à conclure de tels accords et l'article 63, paragraphe 3, qui autorise la Communauté à adopter des mesures relatives aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers⁷. Si au plan décisionnel, la règle de l'unanimité constitue pour l'heure un élément procédural commun, la logique en matière de compétence externe risque de s'inverser à la faveur des exigences internationales. La nécessité de conclure un accord international en matière de services, dans un contexte de forte compétitivité, doit obliger les Etats membres à outrepasser leurs résistances initiales et à conférer à la Communauté une compétence externe dans ce domaine, indépendamment de l'absence d'exercice d'une compétence interne.

1 Avis 1/94, 15 novembre 1994, Rec. I-5267.

2 Sur ce point, voir DES NIERVENS P. « Les relations extérieures », R.T.D.E. 1997, pp. 801-812.

3 Article 133, paragraphe 5, du traité CE « le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut étendre l'action des paragraphes 1 à 4 aux négociations et accords internationaux concernant les services et les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ils ne sont pas visés par ces paragraphes ».

4 En ce sens, DASHWOOD A. « External relations provisions of the Amsterdam Treaty », C.M.L.R., vol. 35, n° 5, October 1998, pp. 1019-1045, sp. 1021 et s.

5 CJCE, 9 août 1994, *Raymond Vander Elst contre Office des migrations internationales*, Aff. C-43/93, Rec. I-3818.

6 Voir également, GUILD E. « The Legal Elements of European Identity. EU Citizenship and Migration Law », KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2004, 265 p., sp. 198-200.

7 Sur l'utilisation de la double base juridique en matière de politique commerciale, voir notamment LESOBRE O. « Diversité et enchevêtrement des bases juridiques des accords passés par la Communauté » in CHRISTOPHE-TCHAKALOFF M.-F. (sous la direction de) « Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté : Essai de clarification », BRUYLANT, Bruxelles, 1999, 332 p., sp. 37-61.

En résumé, la théorie des compétences externes implicites¹ s'applique au domaine de la politique migratoire dans toute sa dimension. Comme dans les autres domaines, ce n'est pas tant son existence qui pose le plus de problèmes mais sa nature, à savoir son étendue et son incidence sur la compétence des Etats membres. Cette incidence permet parallèlement de déterminer la nature des accords qui doivent être conclus, c'est-à-dire communautaires, mixtes ou nationaux.

L'action extérieure de la Communauté en matière migratoire ne saurait se limiter au prolongement de la compétence communautaire *stricto sensu*. L'émergence de la thématique migratoire dans les relations extérieures de la Communauté constitue un complément important au développement de la politique à l'extérieur de l'espace commun.

B. La complémentarité des relations extérieures

Dans les conclusions de Tampere, le Conseil européen affirme que « toutes les compétences et tous les instruments dont dispose l'Union, notamment en matière de relations extérieures, doivent être utilisés de manière intégrée et cohérente pour établir l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Les questions de justice et d'affaires intérieures doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre d'autres politiques et actions de l'Union »². Ainsi, les instruments permettant le développement et le maintien des relations extérieures de la Communauté avec les pays tiers doivent servir de support à la politique migratoire. Des accords de partenariats (1) à la politique de voisinage (2) en passant par les politiques d'aide au développement (3), la politique migratoire trouve un complément à une action extérieure indispensable.

1. La politique d'association et de partenariat

L'article 310 du traité CE autorise la Communauté à conclure des accords avec les pays tiers ou des organisations internationales « créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières ». La typologie des accords d'association est extrêmement variée. Elle

1 Comme le synthétise le Professeur LOUIS « la compétence devient exclusive dans la mesure où il existe des règles communes sur le plan interne susceptibles d'être affectées par application de la doctrine AETR (avec les nuances et selon la synthèse faites par l'avis 1/03). Elle est aussi exclusive, même en l'absence de règles communes sur le plan interne, si l'exercice externe de la compétence conférée est nécessaire pour réaliser un objectif prévu par le traité, parce que cet exercice est seul capable de donner effet utile à la compétence conférée (avis 1/76 et 1/94, notamment). Dans les autres cas, c'est-à-dire en l'absence de règles communes sur le plan interne ou de « nécessité » au sens strict indiqué ci-dessus, les compétences des Etats membres et de la Communauté sont partagées (arrêt 459/03) », LOUIS J.-V. « Parallélisme des compétences et compétences explicites » in FRANCK C. et DUCHENNE G. « L'Action extérieure de l'Union européenne. Rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 385 p., pp. 255-281, sp. 281.

2 Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 10/1999, pp. 7-14, sp. 14.

couvre toute une palette d'accords aux objectifs variables allant de l'association en vue de l'adhésion, l'association en vue de créer un espace économique, l'association sous forme de partenariat ou encore l'association de caractère associatif¹. Les accords conclus par la Communauté avec les pays tiers concernent les domaines pour lesquels la Communauté dispose d'une compétence. Ainsi, aux premiers engagements souscrits en matière économique ont succédé des accords consacrant la montée en puissance de la sécurité intérieure dans les relations extérieures de la Communauté.

Le dialogue avec les pays tiers en matière de sécurité intérieure est diversifié dans la mesure où « il n'est sans doute pas possible de tenir la même ligne diplomatique avec ceux qui sont ouvertement candidats à l'adhésion, ceux qui rêvent de l'être et ceux qui ne le seront jamais »². Concernant l'espace de libre circulation, une série de cercles concentriques entoure la Communauté ordonnant la logique autour des États Schengen et des pays candidats pour lesquels l'absorption de l'acquis JAI est imposée. Ensuite, plusieurs cercles plus ou moins bien définis structurent l'intensité des relations extérieures partant des Balkans, de l'ex-CEI, des pays du Maghreb, de la Turquie jusqu'aux pays d'Afrique noire et d'Asie³. Plusieurs communications de la Commission témoignent de l'importance croissante de la question migratoire dans les relations extérieures de l'Union européenne notamment avec ses proches voisins⁴.

L'émergence de la sécurité intérieure et de la politique migratoire dans le cadre des relations extérieures entraîne plusieurs conséquences. Tout d'abord, ce mouvement écarte le risque d'assister à l'élaboration d'une politique extérieure spécifiquement consacrée à ces questions⁵. Par ailleurs, envisager une approche globale des migrations implique d'évaluer les effets de certaines politiques communautaires sur celles-

1 Pour une typologie exhaustive, voir RAUX J. « Les compétences expresses de caractère général », *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 2204.

2 LABAYLE H. « La politique extérieure de l'Union européenne en matière de Justice et d'affaires intérieures : chimères ou réalité ? » *in* « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », *Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE*, Paris, 2004, 823 p., pp. 681-699, sp. 686-687.

3 Voir sur cette présentation, LABAYLE H., BOUTEILLET-PAQUET D., WEYEMBERG A., « La lutte contre l'immigration illégale » *in* DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « The Emergence of a European Immigration Policy / L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 371-442, sp. 380.

4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union avec les pays tiers », COM(2002) 703 final du 03.12.2002 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'Europe élargie – Voisinage : un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud », COM(2003) 104 final du 11.03.2003 ; Plan d'action de l'Union européenne dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures en Ukraine, JO C 77/1 du 29.03.2003 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Les Balkans occidentaux et l'intégration européenne », COM(2003) 285 final du 21.05.2003 ; Document de travail de la Commission « Une coopération accrue en matière de gestion des flux migratoires avec les pays tiers », SEC(2003) 815 du 09.07.2003.

5 Voir par exemple, VAN SELM J. « Immigration and Asylum or Foreign Policy : The EU's Approach to Migrants and Their Country of Origin » *in* LAVENEX S & UCARER E.M. (edited by) « Migration and Externalities of European Integration », LEXINGTON BOOKS, Laham-Boulder-New York-Oxford, 2002, 232 p., pp. 143-160.

ci¹. L'imbrication des politiques communautaires et des phénomènes migratoires, a ainsi conduit la Commission européenne à créer une Task Force on Migration regroupant les Commissaires européens ayant des compétences liées aux migrations afin de coordonner leurs actions². Enfin, situer la question migratoire dans le cadre des relations extérieures permet à la Communauté de disposer de leviers de négociations plus importants. Ainsi, lors de la renégociation des accords ACP, la Communauté a conditionné la signature de l'ensemble des accords à l'acceptation par les pays tiers concernés d'une clause de réadmission. L'on perçoit donc l'importance d'intégrer les questions de politique migratoire dans les relations extérieures qui se conçoivent ainsi comme un cadre d'action complémentaire.

2. La politique européenne de voisinage

L'élargissement de la Communauté le 1^{er} mai 2004 s'est accompagné d'un réaménagement de l'action extérieure de l'Union européenne vis-à-vis de ses nouveaux voisins. Refusant la stratégie de l'élargissement perpétuel mais soucieuse de ne pas créer une « nouvelle ligne de démarcation »³ avec ses proches voisins, l'Union européenne a décidé d'intensifier sa coopération avec dix-sept pays tiers partageant une frontière terrestre ou maritime avec elle par la mise en place d'une politique européenne de voisinage⁴. Initiée par une communication de la

1 Par exemple, le système de subvention institué par la politique agricole commune produit des effets sur les cours mondiaux de matières premières. Cet impact peut avoir un effet sur la compétitivité de certaines matières premières dans des pays tiers, telles que le coton, et modifier les productions locales. Un producteur de coton africain, non subventionné, peut rencontrer de sérieuses difficultés à écouler dans des pays tiers sa production en raison d'une baisse importante du prix du coton sur le marché mondial. En conséquence, il peut être amené à abandonner sa production et à migrer en direction des villes et potentiellement vers l'Union européenne. Pour une illustration, voir ZERAH D. « Bono, le Farm Bill et le coton africain », *Le Monde*, 22 juin 2002.

2 Son but est « de rapprocher les principales politiques concernées, qu'il s'agisse de prendre des mesures urgentes, notamment pour assurer une meilleure gestion des frontières maritimes de l'UE, de trouver une solution aux causes fondamentales de la problématique migratoire, comme la pauvreté, la pénurie d'emplois, l'absence de perspectives économiques, les conflits et les problèmes de gouvernance, ou d'améliorer l'intégration et l'inclusion sociale, de promouvoir le dialogue interculturel, les aspects sanitaires, les politiques de migration économique et la suppression du travail illégal ou non déclaré des immigrés », IP/06/1225 du 20 septembre 2006.

3 Conseil européen de Copenhague des 12 et 13 décembre 2002, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 12/2002, pp. 8-12, sp. 11.

4 Sur cette question voir, ALIBONI R. « The Geopolitical Implications of the European Neighbourhood Policy », *European Foreign Affairs Review*, Vol. 10, Issue 1, Spring 2005, pp. 1-16 ; BENEDEK M. « From Neighbour to Member or Associate ? The Future of the European Union's Neighbourhood Policy », *The Journal of European Affairs*, vol. 1, n° 2, November 2003, pp. 19-24 ; BEURDELEY L. « L'Union européenne et ses périphéries : entre intégration et nouvelle politique de voisinage », *R.M.C.U.E.*, n° 492, octobre-novembre 2005, pp. 567-582 ; BEURDELEY L., DE LA BROUSSE R., MARON F. (sous la direction de) « L'Union européenne et ses espaces de proximité », BRUYLANI, Bruxelles, 2007, 372 p. ; DEL SARTO R. A. & SCHUMACHER T. « From EMP to ENP : What's at Stake with the European Neighbourhood Policy towards the Southern Mediterranean ? », *European Foreign Affairs Review*, Vol. 10, Issue 1, Spring 2005, pp. 17-38 ; DENYSYUK V. « Politique de voisinage de l'Union européenne, quelques transformations sur le régime commercial régional en Europe », *R.M.U.E.* n° 485, février 2005, pp. 101-114 ; GUILD E. « The Legal Elements of European

Commission¹, la politique de voisinage a pour objectif de renforcer les relations entre les différents partenaires afin d'atteindre un niveau d'intégration économique important, un renforcement de la coopération politique et d'éviter ainsi de nouveaux clivages entre l'Union européenne élargie et ses voisins. Cette nouvelle politique ne se substitue pas aux accords de coopération et de partenariat déjà conclus. Elle vise à intensifier les relations économiques et politiques avec les pays concernés sur base de plans d'action, conclus avec chacun des pays tiers engagé, identifiant les domaines de coopération prioritaires.

Matériellement, la politique de voisinage comprend un volet relatif à la politique migratoire qui couvre tant la migration légale et la circulation des personnes que la question de la réadmission ou encore celle de la facilitation de délivrance des visas². De ce point de vue, la politique de voisinage ne transfigure pas le discours relatif à la politique extérieure en matière migratoire.

En définitive, si la politique européenne de voisinage consacre une méthodologie basée sur l'adoption de plans d'action par pays et institue un instrument spécifique d'assistance communautaire³, sa valeur ajoutée par rapport aux relations extérieures existantes n'apparaît pas clairement. En revanche, elle crée un nouveau cadre d'action dans un paysage qui n'en manquait pas. Ainsi, et pour les pays tiers du pourtour méditerranéen les relations extérieures s'articulent autour des accords de partenariat, du processus de Barcelone⁴, des progrès réalisés dans le cadre de

Identity. EU Citizenship and Migration Law », KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2004, 265 p., sp. 185-200 ; LAVENEX S. « Justice and Home Affairs and the EU's New Neighbours : Governance Beyond Membership ? » in HENDERSON K. « The Area of Freedom Security and Justice in the Enlarged Europe », Palgrave Macmillan, Hampshire-New-York, 2005, 174 p., pp. 89-109 ; LEPESANT G. « L'Union européenne et son voisinage : vers un nouveau contrat », Politique étrangère, n° 4/2004, pp. 765-780 ; MAHJOUB A. « La politique européenne de voisinage : un dépassement du partenariat euro-méditerranéen », Politique Etrangère, IFRI, n° 3-2005, pp. 535-544 ; MOLCHANOV M. A. « Ukraine and the European Union : a Perennial Neighbour ? », Journal of European Integration / Revue d'Intégration européenne, vol. 26, n° 4, December 2004, pp. 451-473 ; NEMYRIA G. « L'Ukraine et l'Europe : l'histoire reprend », Esprit, février 2005, pp. 52-64 ; PARDO S. & ZEMER L. « Towards a New Euro-Mediterranean Neighbourhood Space », European Foreign Affairs Review, Vol. 10, Issue 1, Spring 2005, pp. 39-77 ; WALLACE W. « Looking after the Neighbourhood : Responsibilities for the EU-25 », Groupement d'études et de recherche Notre Europe, Policy Papers n° 4, juillet 2003, 30 p.

- 1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'Europe élargie – Voisinage : un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud », COM(2003) 104 final du 11.03.2003.
- 2 Voir notamment, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'Europe élargie – Voisinage : un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud », COM(2003) 104 final du 11.03.2003, sp. 11-12 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative au renforcement de la politique européenne de voisinage, COM(2006) 726 final du 04.12.2006, sp. 4 et 6-7.
- 3 Règlement (CE) n° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, JO L 310/1 du 09.11.2006.
- 4 Le processus de Barcelone ou partenariat euro-méditerranéen constitue la politique de l'Union européenne à l'égard des pays méditerranéens. Il vise à renforcer les liens entre l'Union et les pays partenaires tout en favorisant le resserrement des liens entre les pays méditerranéens eux-mêmes. Lancé en 1995 à l'issue de la déclaration de Barcelone, le partenariat a pour objectif de favoriser la paix et la stabilité dans la région

la politique de voisinage¹ et désormais des actions couvertes par l'Union pour la Méditerranée².

3. La politique d'aide au développement

La politique d'aide au développement figure dans le titre XX du traité CE³ et vise à contribuer au développement des régions du monde les plus défavorisées. Cette politique de coopération poursuit le développement économique et social durable, l'insertion harmonieuse et progressive des pays bénéficiaires dans l'économie mondiale ainsi que la lutte contre la pauvreté. Cette coopération soutient par ailleurs l'objectif général « de développement et de consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi [que] l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴. Par son effet stabilisateur, la coopération au développement contribue aussi à limiter les phénomènes de migration forcée. Cela dit, l'impact de cette politique sur la question migratoire doit être relativisé.

Tout d'abord, les compétences en matière d'aide au développement sont limitées. En effet, une compétence complémentaire telle que la politique d'aide au développement « n'investit les institutions communautaires que d'une « compétence d'appoint » de telles sortes qu'elles ne peuvent être considérées comme jouissant d'une compétence normative autonome »⁵. Dans ce contexte, le traité souligne que cette forme de compétence « ne préjuge pas la compétence des Etats membres pour négocier dans les instances internationales et conclure des accords internationaux »⁶. En d'autres

en instaurant un dialogue politique dans le respect des valeurs communes partagées par les partenaires telles que la démocratie et l'État de droit. Il a également pour objectif de favoriser la prévention et la résolution des conflits ainsi que la prospérité, notamment par la création d'une zone de libre-échange et le développement de coopérations. Dans ce contexte, le partenariat euro-méditerranéen regroupe les États membres de l'Union et les pays méditerranéens autour d'un vaste programme de partenariat tournant autour de trois volets : un volet politique et de sécurité, un volet économique et financier, et un volet social et culturel. Le renforcement de la coopération en matière de justice, de migration et d'intégration sociale est également un élément important du processus. La réalisation du partenariat repose sur deux dimensions : une dimension bilatérale et une dimension régionale. Au titre de la dimension bilatérale, les relations sont adaptées aux spécificités de chaque pays partenaire dont les accords d'association euro-méditerranéens représentent un important aspect. Une assistance financière communautaire, le programme MEDA, et la Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat (FEMIP) de la Banque européenne d'investissement soutiennent également ce processus.

- 1 Voir par exemple et concernant la dimension sécuritaire de la politique de voisinage vis-à-vis des pays méditerranéens, RHATTAT R. « La dimension sécuritaire de la politique européenne de voisinage dans l'aire méditerranéenne » *in* BEURDELEY L., DE LA BROSSE R., MARON F. (sous la direction de) « L'Union européenne et ses espaces de proximité », BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 372 p., pp. 239-249.
- 2 Conseil européen de Bruxelles des 13 et 14 mars 2008, Conclusions de la présidence, *Doc. 7652/08*.
- 3 Articles 177 à 181 du traité CE.
- 4 Article 177, paragraphe 2, du traité CE.
- 5 MICHEL V. « 2004 : le défi de la répartition des compétences », C.D.E. 2003, pp. 17-86, sp. 68.
- 6 Article 181, alinéa 2, du traité CE.

termes, il s'agit d'une compétence de « caractère minimal »¹ qui vient s'ajouter à la compétence nationale maintenue.

Ensuite, et en pratique, le programme d'assistance technique et financière en faveur des pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile adopté sur ce fondement poursuit un objectif peu compatible avec le développement de la démocratie². Destiné à soutenir les pays tiers dans leurs efforts de gestion des flux migratoires dans toutes leurs dimensions, cet instrument est principalement destiné aux pays tiers qui travaillent activement à la préparation ou à la mise en œuvre d'un accord de réadmission paraphé, signé ou conclu avec la Communauté³. Ce dispositif illustre la focalisation des Etats membres sur les questions touchant à l'immigration illégale et la relégation au second plan de l'action politique de stabilisation de la Communauté, à l'inverse de ce qu'avait pourtant souhaité le Conseil de Tampere.

Attribuer une compétence à la Communauté en matière migratoire impose de se situer sur le terrain de la compétence externe. Comme exposé, la compétence externe implicite de la Communauté s'est exprimée dans certains domaines principalement en raison de l'existence préalable d'une législation communautaire. Parallèlement, l'émergence de la politique migratoire dans les relations extérieures ouvre d'autres perspectives. Celle de l'approche globale⁴, tout d'abord, qui oblige la Communauté et les Etats membres à concevoir la politique migratoire dans sa totalité et non plus seulement par le truchement de la lutte contre l'immigration illégale et la réadmission, comme le Conseil européen de Séville l'avait prôné. Celle du partage de l'action, ensuite, dans la mesure où l'action externe procède à un partage des compétences entre la Communauté et les Etats membres mais également au sein même de l'Union européenne dans la mesure où chaque institution et organe cherche à animer le domaine et à en assurer les orientations⁵.

1 CONSTANTINESCOV. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz, sp. paragraphe 204.

2 Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile, JO L 80/1 du 18.03.2004.

3 Article 1^{er} du règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile, JO L 80/1 du 18.03.2004.

4 Sur ce thème voir, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Priorités d'actions en vue de relever les défis liés aux migrations : Première étape du processus de suivi de Hampton Court », COM(2005) 621 final du 30.11.2005 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions « Application de l'approche globale sur la question des migrations aux régions bordant l'Union européenne à l'Est et au Sud-Est », COM(2007) 247 final du 16.05.2007 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions « Renforcer l'approche globale de la question des migrations : accroître la coordination, la cohérence et les synergies », COM(2008) 611 final du 08.10.2008.

5 « Les « plans d'action » parfois généralistes ou parfois ciblés sur tel ou tel domaine, les « processus », « partenariats », « dialogues », « agendas » et autres « groupes » de travail plus ou moins sectoriels ou informels, sans parler des « Task Force » et « Plate-formes » en tous genres, nuisent évidemment à la

Les caractères de la compétence communautaire s'appréhendent tant au regard de sa qualification en interne que de ses effets en matière d'exercice des compétences externes. La compétence communautaire est en outre frappée de spécificités tenant quasi exclusivement à la matière.

Sous-section 2. LES SPÉCIFICITÉS DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

Les spécificités de la compétence communautaire sont de deux ordres. La première, singulière, tient de l'organisation de statuts dérogatoires au bénéfice d'un groupe réduit d'Etats membres (I). La seconde, plus classique, relève de la soumission de la matière aux droits fondamentaux. Si l'ensemble du droit communautaire est soumis au respect des droits fondamentaux, le domaine de la politique migratoire implique de déterminer les incidences de cette obligation au regard d'une matière sensible sur ce terrain et d'une architecture institutionnelle spécifique (II).

I. L'AMÉNAGEMENT DE STATUTS DÉROGATOIRES

La construction communautaire a déjà eu l'occasion d'organiser des statuts dérogatoires dans certains domaines de compétence, y compris de manière transitoire en matière de libre circulation des personnes au moment de l'adhésion de nouveaux Etats membres¹. La communautarisation des politiques migratoires est profondément marquée par le phénomène des statuts dérogatoires qui touche trois Etats membres et traduit l'absence de consensus à son sujet. Une série de protocoles annexés au traité organisent les dérogations au régime général. Elles touchent la quasi-totalité des domaines relevant des politiques migratoires et concernent l'article 14 du traité CE (A), les règles adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE (B) ainsi que les règles relatives à l'acquis de Schengen et à son développement (C).

visibilité et à l'efficacité de l'ensemble dans la mesure où ces différentes initiatives sont le plus souvent en situation de concurrence directe sur le même dossier », LABAYLE H. « La politique extérieure de l'Union européenne en matière de Justice et d'affaires intérieures : chimères ou réalité ? » *in* « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 681-699, sp. 687-688.

1 Des domaines matériels spécifiques avaient déjà par le passé donné lieu à une rupture de l'unité communautaire, au titre desquels la politique sociale ou encore l'union économique et monétaire tiennent lieu de référent. Cependant, les règles de libre circulation n'avaient jusqu'alors connu que des dérogations de type temporaire, notamment dans le cadre de périodes de transition suite à l'adhésion des Etats à la Communauté. Voir à notamment à ce sujet, FAVRET J.-M. « Droit et pratique de l'Union européenne », Gualino Editeur, Paris, 2005, 5^{ème} édition, 678 p., pp. 67-74.

A. Le protocole relatif à l'article 14 du traité CE

L'article 14 du traité CE est source d'une controverse ancienne entre les Etats membres et la Grande-Bretagne. Cette dernière, rejointe dans sa position par la République d'Irlande en raison d'un accord de libre circulation entre les deux pays¹, considère que les règles de libre circulation ne s'appliquent qu'aux ressortissants des Etats membres et ne peuvent permettre à la Communauté d'agir au-delà de cette stricte compétence. Par conséquent, le Royaume-Uni considère qu'il est autorisé à opérer des contrôles à l'entrée sur son territoire même si ces derniers concernent des ressortissants d'un autre Etat membre². Cette situation dérogatoire était d'ailleurs renforcée par le statut insulaire des deux Etats membres³.

Le protocole n° 3 annexé au traité d'Amsterdam relatif à « l'application de certains aspects de l'article 14 (ex-article 7 A) du traité instituant la Communauté européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande » consacre cette position. Il habilite le Royaume-Uni « à exercer, à ses frontières avec d'autres Etats membres, sur les personnes souhaitant entrer sur son territoire, les contrôles qu'il considère nécessaires »⁴. Conformément à l'article 1^{er} alinéa 2 du protocole, tout développement de l'espace sans frontières intérieures sur le fondement des dispositions des traités ne peut affecter les droits du Royaume-Uni d'instaurer ou d'exercer de tels contrôles⁵. En d'autres termes, les actes

1 Cet alignement résulte d'accords de voyages conclus entre le Royaume-Uni et la République d'Irlande depuis 1920 abolissant les contrôles entre les Etats signataires. Sachant que l'ensemble du trafic entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande représente 80 % de l'ensemble du trafic de voyageurs en Irlande, revenir sur cet engagement apparaît pour le moins difficile pour ce dernier Etat, AUBIN E., « L'intégration différenciée dans les domaines de l'asile et de l'immigration », séminaire présenté à l'occasion du Cours d'été organisé par le Réseau Académique Odysseus, « Droit et politique de l'immigration et de l'asile de l'Union européenne », Université Libre de Bruxelles, juillet 2002. Voir également DOLLAT P. « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 560 p., sp. 259-261.

2 « (...) le Royaume-Uni a toujours soutenu que la libre circulation des personnes ne pouvait s'appliquer qu'aux ressortissants des Etats membres, puisqu'ils étaient les seuls bénéficiaires *rationae personae* du traité. Il n'y avait donc pas de compétence juridique pour aller au-delà. (...) Cette approche juridique était confortée par les exigences de la spécificité insulaire et par la tradition britannique d'absence de contrôle d'identité à l'intérieur du territoire, rendant indispensable le contrôle des étrangers à l'entrée. Cette position repose sur une réalité qui conduit à ne pas remettre en question la sécurité intérieure et/ou les habitudes de libre circulation à l'intérieur du territoire », DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure », Notes et études documentaires, n° 5144-45 décembre 2001, La Documentation Française, Paris, 246 p., sp. 113.

3 Cette situation n'a en revanche pas joué dans le cadre de l'adhésion des nouveaux Etats membres, et en particulier Chypre et Malte, qui indépendamment de leur insularité ont été invités à appliquer la totalité de l'acquis communautaire. Cependant, la différence de traitement se justifie par le statut des Etats membres. Alors que le Royaume-Uni et l'Irlande étaient membres de la Communauté européenne au moment de la négociation de l'Acte unique, Chypre et Malte étaient candidats à l'adhésion ce qui ne leur conférerait aucun pouvoir. Toutefois, et pour une critique voir TOTH J. « Enlargement of the EU and Title IV » in PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., pp. 139-165.

4 Article premier du protocole sur l'application de certains aspects de l'article 14 (ex - article 7 A) du traité instituant la Communauté européenne et à l'Irlande.

5 Cette disposition renvoie aussi implicitement à l'article 61, point a) du traité CE qui lie les questions relatives à l'asile et l'immigration à l'article 14 du traité CE.

adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE et ayant pour objectif d'instituer le marché intérieur ne sont pas applicables au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et à l'Irlande¹. Toutefois, et en contrepartie de ces dérogations, le principe de réciprocité s'applique aux autres Etats membres de la Communauté, lesquels sont habilités à exercer et instaurer des contrôles à leurs frontières sur les personnes en provenance de ces deux Etats².

Il est à noter que ce protocole infirme l'interprétation britannique de l'article 7 A³, depuis la conclusion de l'Acte unique. En effet, en débutant par les termes « nonobstant l'article 14 du traité instituant la Communauté européenne », l'article 1^{er} du protocole rétablit la logique de l'article 14, puisque la seule existence du protocole indique que « sans lui cette habilitation [à exercer des contrôles] n'avait pas de fondement »⁴. Ainsi, le traité d'Amsterdam clôt une longue controverse que la Cour de justice n'avait pu trancher en raison du retrait d'une requête contentieuse sur ce sujet⁵.

La dérogation instituée par le protocole n° 3 concerne les règles adoptées en vue de la suppression des frontières intérieures. D'autres statuts dérogatoires sont établis au regard de l'ensemble des règles adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE.

1 À propos de l'Irlande, la situation dépend des relations conventionnelles qu'elle entretient avec son puissant voisin. Aussi longtemps que les accords relatifs à la « zone de voyage commune » ne sont pas dénoncés par l'Irlande, les dispositions de l'article 1^{er} du protocole lui sont également applicables. Sur ce thème, voir entre autres, NICOL QC A. « The Common Travel Area » in GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, pp. 83-89.

2 Article 3 du protocole sur l'application de certains aspects de l'article 14 (ex – article 7 A) du traité instituant la Communauté européenne et à l'Irlande. Il s'agit simplement de l'inscription dans le corps du traité de la clause de réciprocité classique en droit international public. On ne peut que regretter l'inscription d'une telle clause que la Cour de justice avait tenu à l'écart de la construction commune eu égard notamment à la spécificité de l'ordre juridique communautaire par rapport à l'ordre international, voir en ce sens, CJCE, 26 février 1976, *Commission des Communautés européennes c/ République italienne*, aff. 52-75, Rec. 277, point 11.

3 Le souci de la Grande-Bretagne à l'époque de la signature de l'Acte unique reposait sur l'idée que l'élimination de la frontière intérieure s'effectuerait au bénéfice des ressortissants de pays tiers. La Grande-Bretagne indiquait qu'en pratique, il était impossible d'éliminer les contrôles aux frontières intérieures seulement pour les ressortissants des Etats membres et de les conserver pour les ressortissants de pays tiers. Par conséquent, la levée des contrôles aux frontières intérieures devait permettre aux ressortissants de pays tiers de bénéficier d'un droit de libre circulation dans l'Union européenne. Or, la Grande-Bretagne considérait que ces questions relatives au contrôle de la circulation des étrangers dans l'Union européenne, relevaient de la compétence nationale. Il ne s'agissait donc pas d'aborder le problème dans sa dimension économique mais au regard de ses implications en terme de sécurité. Sur ce point, voir notamment MELIS B. « Negotiating Europe's Immigration Frontiers », Kluwer Law International, *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, 2001, 251 p., sp. « The Debate on the Interpretation of Old Article 7 A EC » pp. 62-65.

4 LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879, sp. 831.

5 Ordonnance de la CJCE du 11 juillet 1996 dans l'affaire C-445/93 *Parlement européen c/ Commission des Communautés européennes soutenue par République française et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Irlande du Nord* (non lieu à statuer), JO C 336/15 du 09.11.1996.

B. Les protocoles sur la position du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark

Deux protocoles annexés au traité d'Amsterdam organisent, d'une part, l'*opting out* de la Grande-Bretagne, de l'Irlande et du Danemark vis-à-vis des mesures adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE (1) et déterminent, d'autre part, les conditions de leur participation aux mesures adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE, autrement dit d'*opting in* (2).

I. L'*opting out*

Les deux protocoles présentent sur ce thème une logique similaire avec toutefois quelques nuances applicables à la situation spécifique du Danemark.

Le protocole relatif à « la position du Royaume-Uni et de l'Irlande »¹ organise une dérogation de principe selon laquelle « le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant du titre IV du traité instituant la Communauté européenne »². Cette clause d'exemption est entendue largement puisque toute activité résultant du titre IV ne peut s'appliquer à ces Etats, y compris les décisions de la Cour de justice interprétant les dispositions ou mesures adoptées dans ce cadre. Cette position dérogatoire, qui nécessite par ailleurs un aménagement du processus décisionnel au sein du Conseil³, résulte du refus opposé par ces deux Etats membres, et la Grande-Bretagne en particulier, d'accepter toute incursion de la Communauté dans leur politique d'immigration et d'asile.

Concernant le Royaume du Danemark, les raisons de l'aménagement de la dérogation sont différentes et tiennent plus du rejet de la méthode communautaire issue des difficultés de ratification du traité de Maastricht⁴ que du refus de participer à la construction d'un espace sans frontières intérieures dans la mesure où cet Etat membre participe aux Accords de Schengen. En conséquence, le Royaume du Danemark ne participe pas à l'adoption de mesures relevant du titre IV du traité adoptées par le Conseil⁵ et il n'est lié par aucune disposition du titre IV, mesure adoptée sur son

1 Protocole n° 4 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

2 Article 1^{er} du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité d'Amsterdam.

3 « Par dérogation à l'article 148 [art. 205 CE], paragraphe 2, du traité instituant la Communauté européenne, la majorité qualifiée est définie comme la même proportion des voix pondérées des membres concernés du Conseil que celle fixée audit article 148, paragraphe 2. L'unanimité des membres du Conseil, à l'exception des représentants des gouvernements du Royaume-Uni et de l'Irlande, est requise pour les décisions que le Conseil est appelé à prendre à l'unanimité ».

4 Ce que rappelle le préambule du protocole n° 5 qui fait référence à « la décision des chefs d'État ou de gouvernement, réunis au sein du Conseil européen à Edimbourg le 12 décembre 1992, concernant certains problèmes soulevés par le Danemark au sujet du traité sur l'Union européenne ». Sur ce point, voir également KJAER K. U. « How Many Borders in the EU ? » in GROENENDIJK K., GUILD E. & MINDERHOUD P. (Eds.) « In Search of Europe's Borders », Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, 294 p., pp. 169-189, sp. 176-178.

5 Article 1^{er} du protocole n° 5 sur la position du Danemark.

fondement, accord conclu par la Communauté en application de ce titre et décision de la Cour de justice interprétant ces dispositions ou mesures¹. Une exception concerne toutefois les mesures relatives aux visas que le traité de Maastricht avait introduit dans le traité CE², à savoir la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et ceux dont les ressortissants sont exemptés et les règles relatives à un modèle uniforme de visa.

Les différences de statuts organisées par le protocole sur la position du Royaume-Uni et le protocole sur la position du Danemark produisent des effets juridiques singuliers comme la politique des visas permet de le démontrer. La Communauté a adopté en mars 2001 un règlement fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés d'une telle obligation³. Conformément aux protocoles, si le Royaume-Uni et l'Irlande ont refusé de participer à l'adoption d'un tel texte, il lie le Danemark. En conséquence, treize Etats membres sont soumis au règlement de mars 2001, alors que deux autres continuent d'appliquer un règlement de 1995. Cette situation appelle deux observations. La première concerne le champ d'application du texte de 1995 qui ne prévoit pas la liste des pays dont les ressortissants sont exemptés de l'obligation de visa⁴, laissant subsister dans ce contexte une incertitude juridique. La seconde témoigne d'un rejet de la communautarisation davantage que d'un rejet de se soumettre à des règles communes en matière migratoire.

En tout état de cause, cette organisation de « dérogation[s] générale[s] »⁵ à la conduite d'une politique communautaire en matière de libre circulation des personnes ampute la cohérence géographique et juridique de l'action engagée. A moins qu'un tempérament puisse être recherché dans l'utilisation par les Etats concernés de leur faculté d'*opting in*.

2. *L'opting in*

Cette possibilité de participation ouverte aux Etats en dérogation contribue à complexifier le schéma, en particulier en ce qui concerne le Danemark.

Concernant le Royaume-Uni et l'Irlande, le protocole n° 4 les autorise à notifier au président du Conseil leur choix de participer à certaines mesures proposées dans

1 Article 2 du protocole n° 5 sur la position du Danemark.

2 Article 4 du protocole.

3 Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 23.03.2001.

4 Règlement (CE) n° 2317/95 du Conseil, du 25 septembre 1995, déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, JO L 234/1 du 03.10.1995.

5 BRIBOSIA H. « Liberté, sécurité et justice : l'imbroglio d'un nouvel espace », R.M.U.E. 1/1998, pp. 27-54, sp. 47.

le cadre du titre IV¹. Cette faculté d'*opting in* se présente sous deux formes. Dans le premier cas, la demande peut intervenir dans un délai de trois mois à compter de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative. Ici, la notification présentée dans le délai requis autorise ces deux Etats, ou l'un d'entre eux, à participer à l'adoption de la mesure. En conséquence, le protocole organise les règles relatives aux votes au sein du Conseil². En revanche, le protocole indique que si l'Etat ou les deux Etats membres ayant souhaité participer à la mesure bloquent la prise de décision, le Conseil peut décider d'adopter la mesure sans le Royaume-Uni et/ou l'Irlande. Le second cas de figure concerne la volonté d'un Etat de présenter postérieurement au délai de trois mois une demande de participation à l'une des mesures concernées. L'article 4 du protocole autorise le Royaume-Uni et l'Irlande à notifier, « à tout moment après l'adoption d'une mesure », leur intention d'accepter la mesure en question. Dans ce cas de figure, le mécanisme de l'article 11 du traité CE régissant les coopérations renforcées entre en jeu³. En résumé, la demande de participation peut avoir lieu en amont de la prise de décision ou bien en aval, une fois la mesure adoptée. En tout état de cause, l'opportunité de participer au développement du titre IV du traité CE est ouverte au Royaume-Uni ou à l'Irlande de manière « permanente ». En revanche, et contrairement à la Grande-Bretagne, une clause du protocole autorise l'Irlande à dénoncer unilatéralement sa réserve d'*opting out* et à se voir appliquer l'intégralité des règles adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE⁴.

La position du Danemark est plus surprenante. Hormis certaines règles relatives aux visas⁵, aucune des dispositions du titre IV, ni aucune mesure prise en application de cette base juridique ne lui est applicable. Le Danemark peut toutefois décider de transposer dans son droit national, dans un délai de 6 mois, une mesure adoptée sur le fondement du titre IV. Seulement, cette décision ne crée pas d'obligation de droit communautaire pour cet Etat, mais « une obligation de droit international entre le Danemark et les autres Etats membres (...) ainsi que le Royaume-Uni et l'Irlande »⁶. En d'autres termes, les développements de la politique migratoire de l'Union européenne auxquels le Danemark accepte de participer demeurent pour cet Etat membre des engagements de droit international. En revanche, si le Danemark décide de ne pas appliquer une décision du Conseil, le protocole indique sans autres précisions que des « mesures appropriées » devront être prises entre cet Etat membre et les Etats membres

1 Un dispositif similaire, exception faite des délais d'introduction des demandes de participation, est organisé aux articles 4 et 5 du protocole n° 2 intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne.

2 Article 3 du protocole.

3 Article 11, paragraphe 3 du traité CE « Tout Etat membre qui souhaite participer à la coopération instaurée en vertu du présent article notifie son intention au Conseil et à la Commission, qui transmet un avis au Conseil dans un délai de trois mois à compter de la date de réception de la notification. Dans un délai de quatre mois à compter de la notification, la Commission statue à son sujet ainsi que sur d'éventuelles dispositions particulières qu'elle peut juger nécessaires ».

4 Article 8 du protocole n° 4.

5 Liste des pays soumis à l'obligation de visas lors du franchissement des frontières extérieures et mesures relatives à l'instauration d'un modèle type de visa, article 4 du protocole n° 5 sur la position du Danemark.

6 Article 5, paragraphe 1^{er}, du protocole n° 5 sur la position du Danemark.

appliquant l'acquis de Schengen¹. Enfin, le protocole note que conformément à ses exigences constitutionnelles, le Royaume du Danemark peut renoncer à se prévaloir de tout ou partie du protocole. Dans ce cas de figure, cet Etat membre « appliquera intégralement toutes les mesures pertinentes alors en vigueur, prises dans le cadre de l'Union européenne »². Autrement dit, les mesures applicables au Danemark relèveront du droit communautaire.

Le schéma arrêté par le traité d'Amsterdam témoigne d'une forte complexité que le traité de Lisbonne a maintenue en cherchant toutefois à clarifier certains aspects tenant notamment aux modalités d'*opting in*³. Un constat similaire concerne les dérogations organisées au regard de l'acquis de Schengen.

C. Le protocole intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne

Le choix politique d'intégrer l'acquis de Schengen dans l'Union européenne constitue une opération déterminante en vue de la réalisation du marché intérieur et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cette opération nécessite toutefois de régler plusieurs problèmes techniques qu'un protocole n° 2 annexé au traité d'Amsterdam organise. En premier lieu, il invite le Conseil à déterminer la base juridique de l'acquis de Schengen et sa ventilation entre les premier et troisième piliers de l'Union européenne. Deux décisions du Conseil adoptées juste après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam déterminent, pour l'une, le contenu de l'acquis⁴ et, pour la seconde, la ventilation de l'acquis⁵. En second lieu, le protocole aménage le statut dérogatoire de trois Etats membres à l'application des règles issues de la coopération de Schengen (1) et détermine les conditions d'association de pays tiers à la mise en œuvre et au développement de l'acquis de Schengen (2).

1 Article 5, paragraphe 2, du protocole n° 5 sur la position du Danemark.

2 Article 7 du Protocole n° 5 sur la position du Danemark.

3 Voir à ce sujet, PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE) », La Documentation française, Paris, 2008, 523 p., sp. 202-204.

4 Décision du Conseil du 20 mai 1999 relative à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis, JO L 176/1 du 10 juillet 1999.

5 Décision du Conseil du 20 mai 1999, déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis, JO L 176/17 du 10 juillet 1999.

1. *Les statuts dérogatoires*

Si l'aménagement de la situation de la Grande-Bretagne et de l'Irlande se conçoit assez facilement, puisque ces deux Etats ne sont pas partie à l'acquis de Schengen¹, la position du Danemark est plus ambiguë dans la mesure où cet Etat est partie aux Accords de Schengen.

Juridiquement, la position du Danemark et celle des deux autres Etats doit être distinguée. Pour le premier, le problème vient de la nature des obligations contractées. L'article 3 du protocole indique que l'ensemble des obligations auxquelles le Danemark a consenti à se soumettre dans le cadre de la coopération Schengen demeure, après l'opération de ventilation, régi par le droit international. En revanche, le protocole n'évoque pas la solution applicable aux mesures développant l'acquis de Schengen. Dans ce cas, les règles applicables sont celles adoptées dans le cadre du protocole n° 5 sur la position du Danemark. Ainsi, ce n'est pas la coopération qui est ici en cause mais bien l'idée de soumettre les règles applicables au régime juridique communautaire. Indépendamment des raisons de politiques internes qui motivent cette option, la défiance du peuple danois vis-à-vis des instruments et procédures communautaires laisse perplexe car elle perpétue la logique passée consistant à tenir à l'écart de la politique en cause le Parlement européen et le juge communautaire.

Concernant, le Royaume-Uni et l'Irlande la situation diffère en raison de leur non participation à la coopération de Schengen. Par principe, ces deux Etats membres ne sont pas liés par les dispositions constituant l'acquis de Schengen pas plus du reste que par les actes développant cet acquis et adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE. Toutefois, le protocole prévoit la possibilité pour ces deux Etats membres de participer à l'acquis de Schengen. La procédure applicable est en revanche plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord puisqu'elle prévoit deux types de mesures pouvant faire l'objet d'un *opting in*. La première procédure porte sur la participation de la Grande-Bretagne et de l'Irlande à tout ou partie des dispositions de l'acquis de Schengen. Conformément à l'article 4 du protocole, ces deux Etats peuvent demander à tout moment de participer à tout ou partie de l'acquis de Schengen. Il appartient alors au Conseil de statuer à l'unanimité de ses membres sur la demande de participation. Le processus d'*opting in* n'est pas automatique, contrairement aux règles applicables pour la participation aux propositions d'actes fondées sur le titre IV du traité CE, et requiert une acceptation unanime des Etats membres participants. La seconde procédure concerne les propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen. L'article 5 du protocole prévoit que les deux Etats en dérogation doivent dans un délai raisonnable notifier leur intention de participer. A défaut d'une telle notification, ou en cas de notification par l'un des deux Etats, l'autorisation d'engager une coopération renforcée est considérée comme acquise. Il s'agit en définitive de permettre l'adoption d'actes assurant un développement de l'acquis de Schengen sans que les Etats en dérogation puissent bloquer le système.

¹ Article 4 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne « L'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, qui n'ont pas souscrit à l'acquis de Schengen, (...) ».

Ces procédures ne résolvent toutefois pas toutes les difficultés qui relèvent de l'identification des protocoles applicables dès lors que le développement de l'acquis de Schengen est fondé sur le titre IV du traité CE. La pratique a démontré que le Royaume-Uni a été autorisé à participer à des mesures développant l'acquis de Schengen sur le fondement du protocole relatif aux mesures fondées sur le titre IV du traité CE¹. Or, cette pratique, qui facilite la participation de l'Etat en dérogation dans la mesure où les règles procédurales sont plus favorables, permet de participer au développement de l'acquis de Schengen sans avoir au préalable souscrit à l'acquis en tant que tel. Si cette technique a progressivement été abandonnée², la Cour de justice est intervenue pour clarifier la question³. Dans deux affaires introduites par le Royaume-Uni⁴, la Cour clarifie, d'une part, les conditions de qualification des actes afin de déterminer le protocole applicable et indique, d'autre part, que la participation d'un Etat à une proposition ou initiative fondée sur l'acquis de Schengen « n'est envisageable que pour autant que cet Etat a souscrit au domaine de l'acquis de Schengen dans lequel s'inscrit la mesure à adopter ou dont elle constitue un développement »⁵. Il existe donc un lien de subordination, entre les articles 4 et 5 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne, qui implique une cohérence dans l'acceptation et la mise en œuvre de l'acquis de Schengen par les Etats membres.

En fin de compte, le traité d'Amsterdam organise un nombre important de dérogations en matière de politique migratoire, tenant au principe comme au statut du droit applicable. Si cette succession de protocoles contribue à morceler l'espace de libre circulation, elle offre un cadre juridique d'une extrême complexité, que le traité de Lisbonne laisse perdurer. Ainsi que le résume à juste titre un auteur, « pour s'enquérir du droit applicable, il est donc indispensable de se reporter non seulement au traité, au Protocole d'intégration de l'acquis Schengen, aux Protocoles sur les positions du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark, aux décisions du Conseil relatives à la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, aux décisions du Conseil qui procèdent à des modifications de cet acquis... Est ce tout ? Non. Encore faut-il ajouter les textes qui intéressent la participation de l'Islande et de la Norvège et veiller à ce que la matière n'intéresse pas les visas parce qu'en ce domaine, le Danemark participe pleinement au processus décisionnel »⁶.

1 Voir notamment à ce sujet PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., pp. 65-74.

2 Voir notamment, PASCOUAU Y. « L'encadrement de la qualification des actes fondés sur l'acquis de Schengen » in Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN « Promenades au sein du droit européen », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 1030 p., pp. 307-325.

3 Pour un commentaire, voir KAUFF-GAZIN F., *Europe*, Février 2008, pp. 14-15.

4 CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-77/05, Rec. I-11459 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-137/05, Rec. I-11593.

5 CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-77/05, Rec. I-11459, point 62.

6 GAUTIER Y., *Europe*, mai 2002, comm. n° 173.

2. *L'association de pays tiers*

L'intégration de l'acquis de Schengen oblige à étendre l'espace de libre circulation au Royaume de Norvège et à la République d'Islande. En effet, ces deux Etats sont parties à l'Union nordique des passeports qui assure que les ressortissants de ces pays circulent librement sur l'ensemble du territoire institué par l'Union¹. La Norvège et la Finlande n'étant pas membres de l'Union européenne, une solution devait être trouvée afin de préserver cette Union sans mettre en péril la construction de Schengen. A titre d'exemple, la frontière séparant la Suède de la Norvège devient par le jeu de Schengen une frontière extérieure de l'Union et oblige par conséquent la Suède à rétablir les contrôles qu'elle avait abolis. Lors de l'adhésion du Danemark, de la Finlande et de la Suède à Schengen en 1996, un accord de coopération a été signé le même jour ayant pour effet d'intégrer les 5 Etats nordiques dans l'espace Schengen². Ce faisant, l'article 6 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne prévoit l'association de ces deux pays à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen ainsi que les modalités de cette association. C'est par accord conclu entre le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège que l'extension du système de Schengen, dans le cadre du traité d'Amsterdam, a été réalisée³. Cet accord a été complété par un accord conclu entre les deux Etats susvisés et l'Irlande et le Royaume-Uni compte tenu de leur situation dérogatoire⁴.

Les protocoles annexés au traité d'Amsterdam relatifs à la position du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark et à l'intégration de l'acquis de Schengen témoignent de l'extrême complexité de la construction de l'espace de libre circulation tant au plan juridique que spatial dans la mesure où l'espace ainsi créé ne correspond pas au territoire formé par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne et s'étend par delà les frontières extérieures de l'Union. Le cadre dérogatoire a, du reste, été maintenu et étendu par des protocoles annexés au traité de Lisbonne⁵.

1 La Finlande, la Suède, le Danemark et la Norvège ont dès 1952 conclu un accord permettant aux ressortissants de ces pays de circuler librement dans les pays nordiques sans qu'ils soient munis de passeports ou de permis de séjour. Par la suite, en 1957, les contrôles de passeport ont été abolis dans la circulation des personnes entre les pays nordiques. En 1965, l'Islande s'est jointe à cette union nordique des passeports. Voir sur ce thème, VESTED-HANSEN J. « Abolition of Border Controls within the Nordic Region and Security of Residence in Denmark » in GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001, 249 p., pp. 91-102, sp. 92-94.

2 Accord de Luxembourg du 19 décembre 1996.

3 Accord conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux Etats à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, JO L 176/36 du 10.07.1999.

4 Accord conclu entre le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'établissement des droits et obligations entre l'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande, d'une part, et la République d'Islande et le Royaume de Norvège, d'autre part, dans les domaines de l'acquis de Schengen qui s'applique à ces Etats, JO L 15/2 du 20.01.2000.

5 Pour un aperçu, voir PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE) », La Documentation française, Paris, 2008, 523 p., sp. 202-204.

Si l'organisation de statuts dérogatoires marque de manière visible la spécificité de la compétence, la question du respect des droits fondamentaux est plus classique mais centrale compte tenu de la sensibilité de la matière.

II. L'INCIDENCE DES DROITS FONDAMENTAUX

L'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice est, par nature¹, soumis au respect des droits fondamentaux. La matière migratoire n'échappe par conséquent pas à cette obligation. Si l'obligation de conformité du droit communautaire à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés illustre ce point², d'autres instruments encadrent la mise en œuvre de la compétence communautaire. Cela est tout d'abord le cas de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, bien que juridiquement non contraignante, bénéficie d'un statut de référence sous l'influence de la Cour de justice (A). Cela est évidemment le cas de la Convention européenne des droits de l'Homme et du contrôle exercé par le juge européen sur les mesures nationales d'exécution du droit communautaire qui jouent un rôle prépondérant (B).

A. L'apport progressif de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

L'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lors du Conseil européen de Nice³ témoigne de l'impossibilité pour l'Union européenne de poursuivre son action sans garantie des droits fondamentaux⁴, leur protection jurisprudentielle par le biais des principes généraux du droit communautaire⁵ n'étant plus suffisante. Sans rompre avec le passé, dans la mesure où elle conserve les sources

1 Comme le souligne le Professeur LABAYLE, « L'Union européenne revendique désormais des politiques qui l'obligent à pénétrer dans des matières qui touchent par nature aux droits fondamentaux », LABAYLE H. « L'Union européenne et les droits fondamentaux. Un véritable espace de liberté ? » in « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur du Louis BOULOUIS, Dalloz, Paris, 2002, 901 p., pp. 581-593, sp. 585.

2 Article 63, point 1) du traité CE.

3 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 364/1 du 18.12.2000.

4 Voir Conseil européen de Cologne juin 1999 « Au stade actuel du développement de l'Union, il est nécessaire d'établir une charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union », Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, Conclusions de la présidence, Bull-CE, n° 6/99, pp. 21, sp. 14.

5 « C'est par le truchement des principes généraux du droit communautaire que le Cour de justice a réalisé la réception des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Cette « internalisation » des droits fondamentaux pallie ainsi l'absence de liaison juridique entre la CEDH et le droit communautaire, découlant du fait que la Communauté n'est ni partie à la Convention, ni liée par elle », CONSTANTINESCO V. « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande Chambre], *Bosphorus airlines*, du 30 juin 2005) », C.D.E., 2006, pp. 363-378, sp. 369.

d'inspiration issues de la jurisprudence¹, la Charte des droits fondamentaux innove en dotant l'Union européenne d'un texte de référence reconnaissant « les droits, les libertés et les principes » applicables à l'ensemble de son action. Si la mise en œuvre d'un espace de liberté, de sécurité et de justice impose par définition la sauvegarde des droits et intérêts fondamentaux des personnes², la Charte consacre des dispositions au domaine de la politique d'asile (1) et d'immigration (2).

1. *En matière d'asile*

L'article 18 de la Charte affirme que « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève (...) et conformément au traité instituant la Communauté européenne ». Cette disposition de la Charte est malaisée à appréhender dans la mesure où elle consacre pour la première fois dans un texte destiné à produire des effets juridiques un « droit d'asile »³ dont la mise en œuvre dépend de textes internationaux et de l'action de la Communauté dans ce domaine. Si la difficulté d'élaborer des solutions communes vis-à-vis d'un domaine « régi par le principe de souveraineté des Etats, libres d'accueillir qui bon leur semble »⁴ explique la précaution qui entoure l'énoncé de l'article et débouche finalement sur « l'un des rares cas où la Charte ne se suffit pas à elle-même et où sa lecture doit se combiner avec d'autres textes »⁵, force est de reconnaître que le texte consacre un droit qui est garanti. Ainsi, cette disposition, rédigée de manière apparemment neutre, recèle en définitive de fortes potentialités. L'avenir permettra de déterminer si l'étendue du droit consacré concerne le droit de demander l'asile ou bien celui de se voir accorder l'asile. Si le premier est induit par les obligations qui découlent de la convention de Genève, l'article 18 de la Charte offre la possibilité de consacrer le second. Plus précisément, la formulation de l'article 18 de la Charte qui garantit le droit d'asile « dans » et non « par » le respect de la convention de Genève « pourrait toutefois comporter plus qu'une simple confirmation de cette convention, ajoutant en quelque sorte le droit d'asile à la Convention de

1 « Ainsi, cette Charte regroupe toutes les sources d'inspiration actuelles du juge communautaire : elle contient en effet les principes généraux visés dans la Convention européenne des droits de l'homme, ceux résultant des traditions constitutionnelles communes des Etats membres, ainsi que les droits fondamentaux réservés aux citoyens de l'Union et les droits économiques et sociaux tels qu'énoncés dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs », RENUCCI J.-F. « Traité de droit européen des droits de l'homme », L.G.D.J., Paris, 2007, 1135 p., sp. 658.

2 En effet, la Commission se référant aux fondements de l'espace de liberté, de sécurité et de justice souligne « (...), sur la scène internationale, et notamment au sein du Conseil de l'Europe, les Etats membres ont souscrit des engagements couvrant divers aspects d'un tel espace », Communication de la Commission « Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice », COM(98) 459 final du 14.07.1998, p. 2.

3 MARZANO L. « La protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme aux demandeurs d'asile et aux réfugiés », R.U.D.H., 29 novembre 2002, Vol. 15 n° 5-6, pp. 176-189, sp. p. 176.

4 JULIEN-LAFERRIERE F. « Droit des étrangers », Collection Droit Fondamental, PUF, Paris 2000, 549 p., sp. 361.

5 BRAIBANT G. « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Editions du Seuil, 2001, 330 p., sp. p. 147.

Genève sans réduire celui-là à celle-ci »¹. Une telle interprétation constituerait une véritable révolution du droit de la protection internationale.

Par ailleurs, le lien établi avec l'ordre juridique communautaire pose la question du champ d'application personnel du droit garanti au regard du « protocole AZNAR » annexé au traité d'Amsterdam, et au traité de Lisbonne², qui pose le principe de l'inadmissibilité d'une demande déposée par un ressortissant d'un Etat membre dans un autre Etat membre³. Il semble toutefois que l'article 18 de la Charte trouve à s'appliquer également dans cette situation puisque les travaux de la Convention ont finalement opté pour une approche extensive des bénéficiaires⁴, ce que confirment par ailleurs les personnalités ayant participé à la rédaction de la Charte⁵.

De manière générale, si la Charte ne semble pas *a priori* transfigurer le domaine de l'asile en ce qu'il demeure soumis au respect de la Convention de Genève et au développement de la politique européenne, l'article 18 de la Charte reconnaît un droit d'asile dans des termes « que la jurisprudence devra néanmoins éclaircir »⁶. Cette perspective est d'ailleurs tout à fait envisageable dès lors que la Cour de justice a déjà eu l'occasion d'asseoir sa jurisprudence sur les dispositions de la Charte lorsque les textes dont elle est saisie y font référence. Ainsi, les références à la Charte dans les directives communautaires, et en particulier dans les directives « qualification »⁷ et « procédures »⁸ peuvent constituer un élément suffisant pour que la Cour de justice se prononce sur la portée de l'article 18.

1 CARLIER J.-Y. « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », Académie de Droit International de La Haye, Tome 332 (2007), Tiré à part du *Recueil des cours*, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 354 p., sp. 70.

2 Protocole n° 24 du traité de Lisbonne.

3 Voir *infra*.

4 Sur les travaux voir CARLIER J. Y. « La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte » in CARLIER J. Y. et DE SCHUTTER O. (sous la dir. de) « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 312 p., pp. 179-200, sp. p. 183.

5 « Il est à retenir de cet article très discuté que le « droit d'asile » est reconnu sans être limité aux ressortissants des pays tiers. C'est la thèse que j'avais soutenue, ainsi que le commissaire Vitorino, avec l'appui d'organisation non gouvernementales et du Haut-Commissariat pour les Réfugiés », BRAIBANT G. « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Editions du Seuil, 2001, 330 p., sp. 148.

6 DE BRUYCKER P. « Le traité de Lisbonne et les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », R.A.E., n° 2, 2007-2008, pp. 223-241.

7 « La présente directive respecte les droits fondamentaux, ainsi que les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à garantir le plein respect de la dignité humaine et du droit d'asile des demandeurs d'asile et des membres de leur famille qui les accompagnent », point 10 du préambule de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, JO L 304/12 du 30.09.2004.

8 « La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », point 8 du préambule de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

2. En matière d'immigration

L'immigration est abordée de deux manières dans la Charte, de manière directe ou par ricochet.

La référence directe figure à l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux consacré à la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition. Cette disposition procède à une opération de codification. Si le premier paragraphe de l'article reprend les termes de l'article 4 du protocole additionnel n° 4 de la Convention EDH relatif à l'interdiction des expulsions collectives¹, le second paragraphe s'inspire de la jurisprudence de la Cour EDH. Il rappelle que « nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou d'autres peine ou traitement inhumains et dégradants ». Prenant notamment pour fondement la célèbre affaire *Soering*², cette disposition de la Charte propose une protection limitée dans la mesure où la protection ne devient effective que dans le cadre d'un « risque sérieux » pour la personne éloignée³.

Au-delà de la protection spécifique, deux dispositions méritent l'attention en ce qu'elles concernent les ressortissants de pays tiers et, par extension, la politique migratoire. L'article 15, paragraphe 3, de la Charte consacré à la liberté professionnelle et au droit de travailler dispose que « les ressortissants de pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des Etats membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union ». Si cette disposition garantit un droit bienvenu à l'équivalence des conditions de travail, son articulation avec les compétences communautaires est en revanche malaisée. En effet, si l'article 137, paragraphe 1, point b), du traité CE prévoit que le Conseil peut adopter des prescriptions minimales dans le domaine des « conditions de travail », cette disposition ne concerne pas les ressortissants de pays tiers, contrairement au point g) du même article qui porte sur « les conditions d'emploi des ressortissants de pays tiers en séjour régulier ». Une lecture restrictive conduit à considérer que la Communauté ne peut adopter sur la base de l'article 137 du traité CE des mesures relatives aux conditions de travail des ressortissants de pays tiers. Par conséquent, le domaine relève du droit national et est donc exclu du champ d'application du droit communautaire ce qui limite, voire annihile, la protection accordée par la Charte. Ce n'est dès lors qu'à l'aune d'une interprétation extensive des dispositions du traité que cette difficulté peut être surmontée. Ainsi, il pourrait être soutenu que la notion de conditions d'emploi est plus large et qu'elle comprend à la fois les conditions relatives à l'accès à l'emploi mais également celles relatives aux conditions de travail. S'il appartiendra vraisemblablement au juge de trancher cette question, une analyse rigoureuse de l'articulation de la Charte avec le traité CE aurait permis d'éviter ce type de difficultés. Ensuite, l'article 45,

1 Selon l'article 19, paragraphe 1, de la Charte, « Les expulsions collectives sont interdites ».

2 Cour européenne des droits de l'homme, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, série A n° 161.

3 CARLIER J.-Y. « La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte » in CARLIER J.-Y. et DE SCHUTTER O. (sous la dir. de) « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 312 p., pp. 179-200, sp. 191.

paragraphe 2, de la Charte mentionne « la liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément aux traités, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre ». Cette disposition ne garantit aucun droit de circulation ou de séjour aux ressortissants de pays tiers, contrairement aux citoyens de l'Union européenne destinataires du premier paragraphe. Au fond, l'article 45 de la Charte consacre l'existant et rappelle, pour ce qui concerne les ressortissants de pays tiers, la compétence attribuée à la Communauté et l'Union après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne¹.

En résumé, l'action des institutions dans la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice doit se conformer aux exigences générales et spécifiques consacrées par la Charte des droits fondamentaux. L'absence de caractère contraignant du texte a longtemps constitué un obstacle à l'hypothèse d'une soumission effective des politiques migratoires et sécuritaires à la Charte². Cette situation doit cependant être relativisée. D'une part, en raison de l'activisme de la Cour de justice qui, par le biais de ses avocats généraux³ tout d'abord, et d'un arrêt relatif au regroupement familial⁴ ensuite, a reconnu que la Charte constitue un instrument d'interprétation du droit communautaire. En effet, rejetant l'argument du Conseil selon lequel, en raison de son caractère non contraignant, la Charte « ne constitue pas une source de droit communautaire »⁵, la Cour indique que si elle « ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance »⁶. Pour la Cour, cela suffit à justifier l'analyse des dispositions de la directive contestée au regard de la Charte, lui attribuant ainsi le statut d'instrument d'interprétation du droit communautaire et l'intégrant au « bloc de légalité communautaire »⁷. D'autre part, et de manière beaucoup plus significative, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le respect de la Charte s'impose aux institutions de l'Union dans la mesure où un protocole annexé au traité lui confère valeur juridique contraignante⁸.

1 Voir par exemple, PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE) », La Documentation française, Paris, 2008, 523 p., sp. 475-476.

2 Selon le second considérant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ».

3 Voir par exemple, les conclusions de l'Avocat général Philippe LEGER dans l'affaire *Conseil de l'Union européenne c/ Heidi HAUTALA*, aff. C-353/99 P, Rec. I-9585.

4 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.

5 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, point 34.

6 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, point 38.

7 BURGORGUE-LARSEN L. « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », A.J.D.A. 2006, Actualité jurisprudentielle, pp. 2285-2288, sp. 2288.

8 Le traité de Lisbonne met un terme au caractère non contraignant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui doit désormais être respectée par les institutions, organes et agences de l'Union ainsi que par les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Voir à ce sujet, SAURON J.-L. « Comprendre le Traité de Lisbonne », Gualino Editeur, Paris 2008, 351 p., pp. 38-41.

B. L'apport maintenu de la Convention européenne des droits de l'homme et de son juge

Si le traité UE impose à l'Union européenne le respect des droits fondamentaux¹, et en assure même le contrôle par la Cour de justice² notamment par la voie du recours en annulation³, le contrôle du respect des droits fondamentaux en matière migratoire s'effectue principalement par l'intermédiaire des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. Dans ce cadre, le juge de la Convention européenne des droits de l'homme occupe une place prédominante.

Etant donné que la Communauté et l'Union ne sont pas membres du Conseil de l'Europe, le contrôle exercé par le juge de Strasbourg porte sur les mesures nationales d'exécution du droit communautaire. Ainsi, des affaires *CFDT*⁴ ou *M & Co*⁵, à l'arrêt *Bosphorus Airlines*⁶, en passant par l'arrêt *Matthews*⁷, les institutions strasbourgeoises ont élaboré une jurisprudence assurant que les Etats contractant « demeure[nt] responsable[s] au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention »⁸. Il s'agit de ne pas limiter la possibilité pour les Etats parties de s'engager dans des relations internationales sans que cela résulte pour autant d'une exonération de leur responsabilité vis-à-vis des droits fondamentaux garantis par la Convention et la jurisprudence de la Cour. Ainsi, les Etats membres mettant en œuvre le droit communautaire demeurent responsables des violations potentielles des droits fondamentaux. Si l'engagement de la responsabilité des Etats parties ne pose pas de difficulté dès lors qu'ils disposent de marges de manœuvre dans leur action d'exécution du droit communautaire, la question demeurerait entière dans l'hypothèse où la compétence nationale d'exécution est liée par l'acte communautaire. Autrement dit, l'Etat membre peut-il être considéré comme responsable d'une violation

1 Selon les termes de l'article 6, paragraphe 2 (ex-article F, paragraphe 2), du traité UE « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

2 Article 46, point d), du traité UE : « Les dispositions du traité instituant la Communauté européenne, (...) qui sont relatives à la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et à l'exercice de cette compétence ne sont applicables qu'aux dispositions suivantes du présent traité :
d) l'article 6, paragraphe 2, en ce qui concerne l'action des institutions, dans la mesure où la Cour est compétente en vertu des traités instituant les Communautés européennes et du présent traité ».

3 C'est en se fondant notamment sur la violation des droits fondamentaux que le Parlement européen a introduit un recours en annulation contre la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.

4 Déc. ComEDH, 10 juillet 1978, *CFDT c/ Communautés européennes*, req n° 8030/77, D.R. 13, p. 231.

5 Déc. ComEDH, 9 février 1990, *M & Co c. RFA*, req n° 13258/87, D.R 64, p. 138.

6 CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

7 CEDH, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req n° 24833/94, Rec 1999-I.

8 CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c/ Irlande*, req. n° 45036/98, sp. paragraphe 154.

des droits fondamentaux alors même qu'il ne dispose d'aucune marge de manœuvre dans la mise en œuvre de l'obligation communautaire ?

Un arrêt de la Grande Chambre du 30 juin 2005, *Bosphorus Airlines*, clarifie la situation. Le juge européen indique que dans un tel contexte l'Etat n'est pas jugé responsable pour autant que le droit communautaire offre une protection équivalente des droits fondamentaux. Le juge européen reconnaissant au passage au droit communautaire une présomption réfragable d'équivalence de protection. Ainsi, « le *distinguo*, actes nationaux de mise en œuvre du droit communautaire sans pouvoir d'appréciation de l'Etat/actes nationaux de mise en œuvre du droit communautaire avec pouvoir d'appréciation de l'Etat, devient une *summa divisio* appliquée par la Cour dès lors qu'il est question d'application du droit communautaire et, plus largement d'obligations internationales »¹.

Appliquée à la politique migratoire, cette jurisprudence peut recevoir deux types d'application. Tout d'abord, le faible caractère harmonisateur du droit communautaire de l'asile et de l'immigration laisse d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres et fait par conséquent peser l'obligation de respect des droits fondamentaux sur les Etats membres. Ici, la protection des droits fondamentaux est assurée par le juge européen et évite par conséquent un contrôle par le juge de Strasbourg du niveau de protection des droits fondamentaux garanti dans le titre IV du traité CE. Ensuite, et à l'inverse, les règles communautaires applicables à la gestion des frontières extérieures ne laissent pas de marge de manœuvre aux Etats membres dans leur mise en œuvre. En application de la jurisprudence *Bosphorus Airlines*, le contrôle du juge européen n'est pas exercé pour autant qu'il estime que le droit communautaire offre une équivalence de protection des droits fondamentaux. Or, ce contrôle ne doit pas être écarté *a priori*. En effet, compte tenu de l'aménagement de la procédure préjudicielle pour les domaines relevant du titre IV du traité CE, il n'est pas certain que la présomption d'équivalence de protection puisse s'appliquer. Ainsi, le juge européen peut être amené à contrôler la mise en œuvre des règles communautaires par un Etat membre et ainsi contrôler le droit communautaire applicable à la gestion des frontières extérieures et son niveau de protection des droits fondamentaux. Cette potentialité mérite toutefois d'être relativisée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. En effet, ce dernier rétablit la procédure préjudicielle de droit commun dans le domaine de l'asile et de l'immigration ce qui favorise la reconnaissance de l'équivalence de protection.

Dans ce contexte, la Convention européenne des droits de l'homme demeure un instrument de garantie des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit communautaire de l'asile et de l'immigration².

1 KAUFF-GAZIN F. « L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », L.P.A., 2005, n° 234, pp. 9-21, sp. 14.

2 Voir en ce sens, BOELES P. « Introduction : Freedom, Security and Justice for All » in GUILD E. HARLOW C. « Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC law », Hart Publishing, Oxford - Portland 2001, 325 p., pp. 1-12, sp. 8 ; Voir MARZANO L. « La protection

La compétence communautaire en matière migratoire s'inscrit dans un schéma technique et complexe tant en ce qui concerne sa nature que ses spécificités. Elle souffre toutefois d'une imperfection majeure, celle de ne pas couvrir l'ensemble de la politique migratoire. En conséquence, certains domaines de la politique continuent de relever de la compétence des Etats membres.

SECTION 2. LES COMPÉTENCES NATIONALES

Un ensemble de matières ou de politiques d'accompagnement indispensables à la cohérence d'une politique migratoire demeurent en marge du processus de communautarisation. Le degré d'évitement est cependant variable. Si certaines matières demeurent étanches à toute appréhension communautaire (Sous-section 1), d'autres, complémentaires à l'action communautaire, s'inscrivent dans le cadre de l'Union européenne (Sous-section 2).

Sous-section 1. LE MAINTIEN DES COMPÉTENCES NATIONALES

Les nouveaux domaines de compétence communautaire ne couvrent ni la totalité de la politique d'asile, ni la totalité de la politique d'immigration¹ ce que rappelle au passage l'article 63, paragraphe 3, qui au sujet de l'immigration envisage l'adoption de mesures « dans les domaines suivants »². Ce constat impose de rechercher dans le système du traité CE, les limites à la compétence communautaire. Deux alternatives apparaissent, soit le traité organise explicitement l'absence de compétence des institutions dans des domaines particuliers (I), soit certaines matières touchant directement les ressortissants de pays tiers demeurent implicitement dans le chef des compétences nationales (II).

offerte par la Convention européenne des droits de l'homme aux demandeurs d'asile et aux réfugiés », R.U.D.H., 29 novembre 2002, Vol. 15 n° 5-6, pp. 176-189, sp. pp. 184-185.

1 « (...) the new areas are defined in detailed provisions and cover neither all questions of asylum policy, nor the whole field of immigration policy », HAILBRONNER K. « European immigration and asylum law under the Amsterdam treaty », C.M.L.R. vol. 35, n° 5, October 1998, pp. 1047-1067, sp. 1048-1049.

2 Voir sur ce point DE BRUYCKER P. « Vers un statut des ressortissants de pays tiers dans le traité d'Amsterdam : libre circulation ou discrimination ? » in BRIBOSIA E., DARDENNE E., MAGNETTE P., WEYEMBERGH A. (sous la dir. de) « Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites », BRUYLANT, Bruxelles, 1999, 256 p., pp. 227-248, sp. 228.

I. LES MATIÈRES EXPLICITEMENT EXCLUES DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

L'ordre public relève classiquement du domaine de la compétence nationale¹. Le titre IV du traité CE témoigne d'un attachement fort à la préservation de la compétence nationale dans ce domaine dans la mesure où deux clauses d'ordre public y figurent (A). Si la seconde, relative aux contrôles aux frontières intérieures, est exprimée avec vigueur puisque bénéficiant d'une véritable « immunité juridictionnelle »², tout contrôle n'est pourtant pas exclu (B).

A. La clause d'ordre public

La clause d'ordre public a toujours constitué une limite à l'intervention communautaire. Elle constitue ici une réserve de compétence nationale organisée par le traité, un domaine dans lequel la compétence est exclusivement nationale. Le droit de la libre circulation consacre de manière classique cette réserve de compétence nationale liée au maintien de l'ordre public. Ainsi, en matière de libre circulation des travailleurs, l'ouverture du territoire communautaire aux ressortissants des Etats membres fut précédée³ par l'adoption de la directive n° 64/221/CEE⁴. De manière plus générale, l'article 39, paragraphe 3, du traité CE autorise les Etats membres à faire échec à la libre circulation dès lors que l'ordre public est en jeu. Si les Etats demeurent seuls compétents pour apprécier l'opportunité d'adopter une telle mesure, ce que reconnaît très justement la Cour de justice⁵, ils sont en revanche tenus d'exercer cette compétence dans le cadre et les limites définis par le droit communautaire et sous le contrôle de la Cour de justice⁶. Quoi qu'il en soit, la réserve d'ordre public constitue

1 Sur la question de l'ordre public, voir en particulier NERAUDAU E. « Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 791 p.

2 Pour Claude BLUMANN « nul doute que l'article 68 § 2 se situe dans le droit fil de Schengen », BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25, sp. 16.

3 LABAYLE H. « Les nouveaux droits de l'homme en Europe » A.J.D.A., 1997, pp. 923-935, sp. 924.

4 Directive n° 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, JO 56/850 du 04.04.1964.

5 « Qu'il n'en reste pas moins que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public, peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité », Cour de justice des Communautés européennes, 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c/ Home Office*, aff. 41/74, Rec. p. 1337.

6 Pour une étude de la jurisprudence de la Cour en matière d'ordre public, voir entre autres BOUDOT G. « La libre circulation des personnes et les droits fondamentaux dans l'Union européenne », Thèse, Pau 2000, 878 p., sp. 367 et s. ; HUBEAU F. « Ordre public », Encyclopédie Dalloz Communautaire.

bien un « pouvoir résiduel des autorités nationales »¹, une compétence exclusivement nationale.

La politique migratoire n'échappe pas à cette logique, à une différence près dans la mesure où le titre IV organise deux réserves de compétences. La première relève de l'article 64, paragraphe 1^{er}, qui indique classiquement que « le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure »². Si « la généralité de l'interdiction »³ a été soulevée, la clause d'ordre public de l'article 64 se réfère à l'exercice des pouvoirs de police davantage qu'aux responsabilités inhérentes à la mise en œuvre de la politique migratoire et aux conditions d'entrée légale des ressortissants de pays tiers sur le territoire de l'Union⁴. Aussi, l'utilisation par les Etats membres de leurs prérogatives en matière d'ordre public se situe dans le cadre des exigences du traité et elle subit un encadrement, qu'il s'agisse d'un contrôle organisé en fonction des objectifs à atteindre⁵, en application des principes de proportionnalité⁶ et de non-discrimination, ou encore à la lumière des droits fondamentaux.

Une seconde réserve d'ordre public résulte de l'article 68, paragraphe 2, du traité CE qui énonce que « en tout état de cause, la Cour de justice n'est pas compétente pour statuer sur les mesures ou décisions prises en application de l'article 62, point 1), portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». Cette disposition correspond à la communautarisation du principe inscrit à l'article 2, paragraphes 2 et 3, de la Convention de Schengen⁷ qui autorise les Etats

1 HUBEAU F. « Ordre public », Encyclopédie Dalloz Communautaire, paragraphe 51.

2 Article 64, paragraphe 1, du traité CE.

3 LABAYLE H. « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de Justice : le cas de l'espace de liberté, de sécurité et de justice » in DONY M. et BRIBOSIA E. (sous la direction de) « L'avenir du système juridictionnel de l'UE après le traité de Nice », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2002, sp. 73.

4 HAILBRONNER K. « European immigration and asylum law under the Amsterdam treaty », C.M.L.R. vol. 35, n° 5, October 1998, pp. 1047-1067, sp. 1052-1053.

5 « que l'article 36 n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des Etats membres, mais admet que les législations nationales fassent exception au principe de libre circulation, dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés à cet article », CJCE, 15 décembre 1976, *Simmmenthal S.p.A. c/ Ministère des finances italien*, aff. 35-76, Rec. p. 1871, point 24. Principe que l'on peut transposer aux exceptions prévues à la libre circulation.

6 « Il y a lieu également de rappeler qu'une mesure restrictive d'une des libertés fondamentales garanties par le traité ne peut être justifiée que si elle respecte le principe de proportionnalité. À cet égard, il faut qu'une telle mesure soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre », CJCE, 26 novembre 2002, *Ministre de l'Intérieur et Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, Rec. I-10981, point 43.

7 Selon l'article 2, paragraphe 2, de la Convention d'application des Accords de Schengen : « Toutefois, lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent, une partie contractante peut, après consultation des autres parties contractantes, décider que, durant une période limitée, des contrôles frontaliers nationaux adaptés à la situation seront effectués aux frontières intérieures. Si l'ordre public ou la sécurité nationale exigent une action immédiate, la partie contractante concernée prend les mesures nécessaires et en informe le plus rapidement possible les autres parties contractantes ». Selon l'article 2, paragraphe 3, de la Convention d'application des Accords de Schengen « La suppression du contrôle des personnes aux frontières intérieures ne porte pas atteinte ni aux dispositions de l'article

parties à réintroduire des contrôles aux frontières intracommunautaires¹. En soi, la communautarisation de cette disposition clé du dispositif de Schengen – sorte de « soupape de sécurité »² – ne surprend qu'à moitié, si ce n'est par l'autorité que les États membres lui consacrent en l'intégrant dans le droit primaire. En outre, le maintien de la compétence nationale est consolidé par l'éviction de tout contrôle juridictionnel attestant dans ce domaine « d'un renforcement de l'ordre public »³.

La compétence nationale consacrée par la clause d'ordre public s'inscrit dans le système des traités qui encadre l'exercice. La question porte surtout sur l'étendue de la compétence nationale exercée dans le cadre de l'article 62, point 1, du traité CE.

B. L'encadrement de la clause d'ordre public

De manière classique, la réserve d'ordre public, en ce qu'elle s'inscrit dans le cadre du droit communautaire, ne doit pas résister à l'encadrement du juge communautaire, à l'instar de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'encadrement de la clause d'ordre public en matière de libre circulation des travailleurs.

En revanche, l'immunité juridictionnelle dont bénéficie l'article 62, point 1) du traité CE est plus ambiguë, qu'il s'agisse de son champ d'application ou de son étendue. L'interrogation relative au champ d'application relève tout d'abord des mesures ciblées. Le traité ne permet pas de savoir si la disposition concerne l'action « positive » de la Communauté visant à assurer l'absence de contrôle ou l'action « négative » des États membres visant à entraver la libre circulation par le rétablissement des contrôles frontaliers. Au-delà de ce problème de délimitation, le traité limite considérablement l'étendue du contrôle. Ainsi, la Cour de justice ne peut sanctionner à la fin de la période de transition la carence des institutions dans ce domaine, pas plus qu'elle ne peut prononcer l'annulation d'actes de droit dérivé, ou encore être saisie d'un recours en indemnité. De même, l'hypothèse d'un recours en manquement contre un État membre qui ferait obstacle de manière persistante à l'objectif poursuivi par cette disposition, semble exclue. Enfin, la Cour ne peut être saisie pour assurer l'interprétation des mesures ou décisions prises en application de cette disposition⁴.

22, ni à l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes en vertu de la législation de chaque partie contractante sur l'ensemble de son territoire, ni aux obligations de détention, de port et de présentation de titres et documents prévues par sa législation » (souligné par nous).

- 1 Comme l'écrit Claude BLUMANN « Nul doute que l'article 68 § 2 se situe dans le droit fil de Schengen », BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » *in* « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25, sp. p. 16.
- 2 BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » *in* « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25, sp. p. 17.
- 3 NERAUDAU E. « Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 791 p., sp. 629.
- 4 Pour une analyse concernant l'interprétation de la double origine – communautaire et nationale – des actes immunisés par l'article 68, paragraphe 2, voir notamment BLUMANN C. « Une brèche dans la

Au final, les Etats ont conservé en la matière une compétence « incontestablement »¹ exclusive qui s'extrait de tout cadre contraignant.

Cette immunité juridictionnelle n'est pourtant pas totale et souffre de quelques tempéraments. Tout d'abord, le juge national, dans son action de contrôle de la validité d'une mesure nationale au regard des libertés individuelles, ou le juge européen², dans son action de contrôle des mesures nationales et du droit communautaire, peuvent être mobilisés³. Ensuite, l'hypothèse d'un encadrement de la notion d'ordre public par la Cour de justice, sur le fondement de sa jurisprudence relative aux visas de transit aéroportuaires⁴, autorise à envisager une intervention du juge de Luxembourg. Dans cette affaire, la Commission avait contesté l'adoption d'une décision adoptée sur le fondement du troisième pilier. En raison de l'exclusion de toute compétence juridictionnelle des deuxième et troisième piliers, la Cour aurait pu rejeter le recours pour incompétence. Or, la Cour ne s'est pas considérée liée par la base juridique et a examiné si le texte relevait bien du pilier retenu. Elle a procédé à un examen du texte pour valider sa base juridique et attester de son incompétence. En ce sens, la Cour s'est prononcée « sur les limites de sa propre compétence »⁵. Une démarche analogue peut intervenir au sujet des mesures adoptées sur le fondement de l'article 62, point 1) du traité. En effet, si la Cour n'est pas compétente pour se prononcer en matière d'ordre public, elle peut en revanche déterminer si la mesure nationale relève de ce domaine et partant de sa compétence. En évaluant elle-même le domaine de sa propre compétence, la Cour de justice peut être amenée à définir et encadrer la notion d'ordre public.

En définitive, l'article 68, paragraphe 2, du traité CE se situe dans la continuité de Schengen et de la logique visant à permettre aux Etats membres de conserver la possibilité d'exercer des contrôles aux frontières intérieures. Ce qui dérange au fond c'est la vigueur du maintien de la compétence nationale qui s'affirme par la mise à l'écart du juge communautaire dans un domaine qui relève du droit communautaire⁶. Cette construction est finalement singulière étant entendu que les mesures permettant

Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 18-20.

- 1 BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in « Au carrefour des droits », *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25, sp. p. 16.
- 2 Le droit communautaire en limitant l'intervention du juge de Luxembourg crée une situation curieuse qui oblige « à s'en remettre à un tiers pour assurer le respect de ses propres normes », BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in « Au carrefour des droits », *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, 2002, pp. 13-25, sp. p. 21.
- 3 Voir BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in « Au carrefour des droits », *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25, sp. 20-21.
- 4 CJCE, 12 mai 1998, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-170/96, Rec. I-2763.
- 5 SIMON D., *Europe*, juillet 1998, comm. 220, pp. 6-7
- 6 BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in « Au carrefour des droits », *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25, sp. 18.

l'établissement du marché intérieur trouvent leur fondement dans le traité alors que celles qui le mettent en échec relèvent de la compétence des Etats membres.

Si cette disposition reconnaît explicitement la compétence exclusive nationale, certaines matières demeurent implicitement de la compétence des Etats membres.

II. LES MATIÈRES IMPLICITEMENT EXCLUES DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

Plusieurs matières ayant des incidences sur la politique migratoire relèvent de la compétence exclusive des Etats membres. Si le thème de la nationalité ne pouvait pénétrer la sphère commune (A), celui de la régularisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière aurait mérité de trouver un écho dans le dispositif communautaire (B).

A. La nationalité

C'est logiquement que le principe de droit international, selon lequel il appartient à chaque Etat de déterminer quels sont ses nationaux⁷, est exclu du champ d'application du traité. Juridiquement, cette prérogative ne peut être reconnue à l'Union ou à la Communauté européenne puisqu'elles ne constituent pas un Etat. Cette compétence exclusive des Etats membres, dont le fondement s'inscrit dans l'appartenance juridique et politique d'une personne à un Etat, n'est d'ailleurs pas contestée par la Cour de justice⁸.

En droit international, la nationalité s'entend sous une double acception. Elle revêt, d'une part, une dimension verticale qui relie l'individu à l'Etat dont il est le sujet. D'autre part, elle s'inscrit dans une dimension horizontale qui fait du national « le membre d'une communauté, (...) dont sont exclus les étrangers, et le fait bénéficiaire du statut réservé à cette communauté »⁹. Cette dichotomie entre national et étranger, s'est transformée sous l'effet de l'intégration communautaire. En créant une Communauté à l'intérieur de laquelle les ressortissants des Etats membres jouissent de droits mais également d'une citoyenneté européenne, les Etats membres de l'Union ont conduit à la création d'une nouvelle communauté d'intérêt qui dépasse le cadre traditionnel de l'Etat. Du droit de libre circulation au droit de séjour, en passant par le droit de

7 C.I.J. 6 avril 1955, *Nottebohm*, Rec. C.I.J., p. 4.

8 « La définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque Etat membre », CJCE 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti e.a. et Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90, Rec. I-4258, point 10.

9 LAGARDE P. « Nationalité », Répertoire international Dalloz, paragraphe 1.

demeurer, le citoyen européen jouit d'une situation juridique privilégiée¹, au point d'observer une mutation du vocabulaire commun.

Ce dernier opère en effet une division de la notion classique d'étranger entre les ressortissants des Etats membres² et les ressortissants des pays tiers³. Par le jeu du droit national qui autorise chaque Etat à reconnaître discrétionnairement une personne comme relevant de sa souveraineté⁴, les Etats membres disposent de la compétence discrétionnaire de modifier le statut juridique du ressortissant de pays tiers pour lui attribuer la nationalité et, partant, la citoyenneté européenne. Cela dit, le pouvoir discrétionnaire des Etats membres est encadré par le droit communautaire. La Cour de justice souligne en effet que la compétence nationale doit être exercée « dans le respect du droit communautaire »⁵. Ce respect découle de l'article 10, alinéa 2 du traité CE lequel rappelle que les Etats membres « s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Ainsi, le principe de libre circulation doit être protégé des législations nationales susceptibles d'en affecter l'efficience⁶. Concrètement, un Etat membre qui attribuerait massivement sa nationalité à des ressortissants de pays tiers pourrait porter atteinte à l'équilibre du marché intérieur et engagerait sa responsabilité vis-à-vis de ses partenaires.

Dans le prolongement de cette compétence exclusive, la naturalisation mérite également un éclairage. En effet, cette procédure autorise un « étranger » à revendiquer, conformément aux dispositions législatives, la nationalité de l'Etat d'accueil. La naturalisation constitue une prérogative discrétionnaire, une « faveur accordée »⁷, des autorités nationales. En réalité, les critères d'acquisition de la nationalité par la naturalisation dépendent des traditions et de la conception de l'intégration retenue par l'Etat d'accueil. Ainsi, un étranger pourra acquérir la nationalité plus ou moins rapidement en fonction de l'Etat dans lequel il réside. Pris dans le contexte de la politique migratoire de l'Union européenne, cette procédure pourrait avoir des incidences sur le choix de l'Etat membre de destination. En effet, le souhait de bénéficier d'un statut protecteur dans un délai relativement rapide peut conduire les ressortissants de pays tiers à choisir de migrer dans un Etat membre plutôt que dans

1 Voir notamment à ce sujet et par comparaison aux droits reconnus aux ressortissants de pays tiers, GROENENDIJK K. « Citizens and Third Country Nationals : differential Treatment or Discrimination ? » in CARLIER J.-Y et GUILD E. « L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E. », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 322 p., pp. 79-101.

2 C'est par abus de langage que la doctrine et parfois même la Cour de justice emploient l'expression de « ressortissant communautaire » qui ne doit pas être considérée comme juridiquement correcte.

3 En effet, le terme d'étranger est absent du vocabulaire juridique communautaire, voir en ce sens AKANDJI-KOMBE J.-F. « Etrangers », Encyclopédie Dalloz Communautaire.

4 Pour un exemple de l'impressionnant dispositif juridique en France, voir LAGARDE P. « Nationalité », Répertoire international Dalloz.

5 CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti e.a. et Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90, Rec. I-4258, point 10.

6 Voir sur ce point, MOUTON J. D. « Ressortissants communautaires », Encyclopédie Dalloz Communautaire, sp. paragraphe 14.

7 Selon l'expression consacrée par le Conseil d'Etat français, Conseil d'Etat, 30 mars 1984, *Abecassis*, Rec. p. 619.

un autre et influencer ainsi les flux migratoires. Si une telle perspective apparaît peu convaincante en pratique, elle devrait toutefois souligner ces différences juridiques entre Etats membres et engager un dialogue, si ce n'est une coordination des politiques et législations nationales.

Une situation similaire se dessine pour la question des régularisations.

B. Les régularisations

Elles n'impliquent pas de conséquences aussi radicales que l'acquisition de la nationalité. Pour autant, la modification de statut qu'elles opèrent au bénéfice des ressortissants de pays tiers produit des effets sur la gestion de la politique migratoire.

Généralement définie comme « l'octroi par un Etat d'une autorisation de séjour à une personne de nationalité étrangère qui réside illégalement sur son territoire »¹, la régularisation révèle un phénomène polymorphe dont la nature juridique et les motivations dépendent d'une kyrielle de critères². Considérée comme une prérogative nationale, le développement de la politique migratoire de l'Union européenne et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice a remis en cause cette conception. En effet, l'interdépendance croissante des politiques nationales impose de s'interroger sur la plénitude de la compétence nationale en matière de régularisation. Plus précisément, il existe une interaction évidente entre les politiques mises en œuvre au niveau communautaire et la compétence nationale. Cela est tout particulièrement le cas en matière de lutte contre l'immigration illégale dans la mesure où l'objectif de la régularisation repose sur l'attribution d'un statut juridique à une personne qui justement n'en possédait pas. Par ailleurs, la multiplication des opérations de régularisation dans les Etats membres influence les phénomènes migratoires puisqu'elles modifient les flux migratoire par un effet « d'appel d'air » et contribuent à aggraver l'activité criminelle des filières de passeurs³. Ainsi, l'exercice de la compétence nationale ne peut être détaché de ses effets au plan européen qu'il s'agisse des mouvements de personnes ou de leur impact sur les politiques mises en œuvre.

1 APAP J., DE BRUYCKER P., SCHMITTER C., DE SEZE S., RAY C. « Rapport de synthèse sur la comparaison des régularisations d'étrangers illégaux dans l'Union européenne » *in* DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile, 440 p., pp. 23-82, sp. 24.

2 APAP J., DE BRUYCKER P., SCHMITTER C., DE SEZE S., RAY C. « Rapport de synthèse sur la comparaison des régularisations d'étrangers illégaux dans l'Union européenne » *in* DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile, 440 p., pp. 23-82.

3 Conscients que les Etats membres de l'Union procèdent à de telles opérations, les passeurs utilisent cet argument pour conduire les personnes dans les Etats membres de l'Union. Par ailleurs, la détermination de l'Etat de destination devient prépondérante et est établie en fonction de la politique menée en la matière par les Etats.

Or, et malgré l'hypothèse de l'existence d'une compétence communautaire en matière de régularisation¹, ni le Plan d'action du Conseil et de la Commission², ni le Conseil européen de Tampere³ n'ont inscrit ce thème comme un objectif de l'action des institutions, au risque de cristalliser les conflits entre les Etats membres procédant à ces opérations de régularisation et ceux n'y procédant pas. Une opération de régularisation massive déclenchée par l'Espagne en 2005 a fait sauter les dernières résistances et conduit à l'adoption d'une décision relative à l'établissement d'un mécanisme d'information mutuelle sur les mesures des Etats membres dans les domaines de l'asile et de l'immigration⁴. L'article 2 de la décision prévoit que les Etats membres communiquent à la Commission et aux autres Etats membres des informations sur les mesures adoptées récemment ainsi que sur les mesures qu'ils envisagent d'adopter⁵ et qui sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur plusieurs Etats membres ou sur l'Union européenne dans son ensemble. Une annexe à la décision établit un formulaire type destiné à la communication des informations et dresse la liste des informations pouvant être transmises. Figurent dans cette liste, les « décisions administratives qui ont une incidence sur un grand nombre de personnes », autrement dit les opérations de régularisation. Cette décision initiée dans un contexte conflictuel témoigne de la « communautarisation » indirecte de la question des régularisations.

Ce mouvement est amplifié par le Pacte européen sur l'immigration et l'asile adopté par le Conseil européen d'octobre 2008. Si dans la version initiale, le projet prévoyait de limiter les régularisations massives des migrants illégaux⁶, la version finale du Pacte indique qu'il convient « de se limiter à des régularisations au cas par cas et non générales, dans le cadre des législations nationales, pour des motifs humanitaires ou économiques »⁷. Ainsi, la régularisation est progressivement sujette à encadrement

1 Article 63, paragraphe 3, point b) du traité CE « [Le Conseil (...) arrête (...) des mesures relatives à la politique d'immigration dans les domaines suivants] immigration clandestine et séjour irrégulier, y compris la rapatriement des personnes en séjour irrégulier ». Comme le souligne Ryszard CHOLEWINSKI « The EU measures are also silent on the question of regularisation or legalisation of irregular migrants despite the clear possibility for adopting such measures under Article 63(3) TEC », CHOLEWINSKI R. « Preventing Irregular Migration » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 95-119, sp. 115.

2 Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1999.

3 Bull-CE n° 10/1999.

4 Décision du Conseil 2006/688/CE du 5 octobre 2006 relative à l'établissement d'un mécanisme d'information mutuelle sur les mesures des Etats membres dans les domaines de l'asile et de l'immigration, JO L 283/40 du 14.10.2006.

5 Le point 5 du préambule de la décision précise que la communication des informations peut concerner les mesures envisagées, la programmation à long terme, les actes législatifs adoptés ou à l'état de projet, les décisions passées en force de chose jugée des juridictions suprêmes qui appliquent ou interprètent les dispositions du droit national, et les décisions administratives qui ont une incidence sur un grand nombre de personnes.

6 Voir notamment BERTHELET P. « Immigration et frontières extérieures, priorités... et défis pour la présidence française de l'Union européenne », R.M.C.U.E. 2008, pp. 499-506, sp. 500.

7 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 7.

européen. De l'obligation d'information à l'interdiction de régularisations massives, il ne reste qu'un pas à franchir avant l'harmonisation des législations nationales par une norme communautaire. Ce mouvement témoigne de l'effet d'attraction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de la difficulté de maintenir en dehors de la sphère communautaire des domaines que l'on considère, finalement à tort, comme relevant de la compétence exclusive des États membres.

D'autres domaines de compétences nationales, exercées dans le cadre de l'Union européenne, complètent l'action mise en œuvre par la Communauté européenne.

Sous-section 2. L'ACTION COMPLÉMENTAIRE DES ÉTATS MEMBRES DANS LE CADRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Si le titre IV du traité CE constitue le fondement principal de l'action communautaire en matière migratoire, les actions menées dans le cadre des piliers intergouvernementaux sont opportunément venues compléter l'action engagée dans le premier pilier. Ainsi, le prolongement répressif de la politique migratoire s'est développé par l'intermédiaire du troisième pilier de l'Union européenne consacré à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (I), alors que la politique étrangère et de sécurité commune assure dans le cadre de sa mission une fonction de stabilisation qui contribue indirectement à limiter les migrations forcées (II).

I. LA COOPÉRATION POLICIÈRE ET JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

Présentée et discutée comme une composante de la sécurité intérieure, la politique migratoire implique un prolongement répressif. Or, en situant le fondement de l'action répressive dans le troisième pilier, le traité sur l'Union européenne crée une rupture dans la cohérence institutionnelle et met en cause la continuité et la cohésion de la politique (A). Toutefois, les évolutions de la construction communautaire transforment progressivement le paysage juridique et laissent entrevoir un rétablissement de la cohérence grâce à la reconnaissance d'une compétence pénale dans le premier pilier (B).

A. Le prolongement répressif de la politique migratoire issu du troisième pilier

Aborder les questions d'immigration ne peut se concevoir sur le seul fondement de l'action normative de la Communauté. Une conception d'ensemble de la politique pose la question de son prolongement répressif dont le cadre d'action se situe dans le troisième pilier de l'Union européenne¹. Cela est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de lutter contre l'immigration irrégulière et les filières de passeurs. A ce sujet, la frontière entre les piliers n'apparaît pas toujours évidente à tracer lorsque les activités combattues touchent à la fois la lutte contre l'immigration irrégulière et la lutte contre le crime organisé, comme la traite des êtres humains le démontre². Au fond, la lutte contre l'immigration irrégulière et les phénomènes criminels qui l'accompagnent constituent une « matière à cheval sur les titres IV du TCE et VI du TUE »³.

Si les interactions entre piliers n'ont pas constitué une volonté initiale des rédacteurs du traité, leurs effets ont en revanche été subis par la politique migratoire. En effet, situer le prolongement répressif de l'action commune dans le pilier intergouvernemental procède d'une division des fondements, des processus de décision et des instruments à disposition qui affecte la cohérence globale de la politique⁴.

1 « Une approche « classique » pour combattre l'immigration clandestine consiste à adopter des dispositions réglementaires dans le cadre de la législation sur les étrangers, par exemple des sanctions à l'encontre des transporteurs ou des mesures contre l'emploi illégal. Pour résumer, les législations sur les étrangers comprennent toutes un ensemble de mesures qui ont un effet préventif tant à l'intérieur qu'à l'extérieur pour autant qu'elles soient correctement appliquées. De nombreux instruments juridiques et pratiques que l'UE met peu à peu en place dans des domaines étroitement liés, tels que la coopération policière et judiciaire, doivent aussi être mobilisés concrètement afin de concevoir une approche d'ensemble pour la lutte contre les passeurs et ceux qui s'adonnent à la traite des êtres humains », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM(2001) 672 final du 15.11.2001, sp. 22.

2 Il est significatif de constater que deux instruments poursuivant un objectif identique ont été adoptés sur le fondement de deux piliers différents : la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, du 19 juillet 2002, relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 203/1 du 01.08.2002 et la Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261/19 du 06.08.2004. Voir, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 50 ; OBOKATA T. « EU Action against Trafficking of Human Beings : Past, Present and the Future » in GUILD E. & MINDERHOUD P. (edited by) « Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2006, 424 p., pp. 387-406.

3 LABAYLE H., BOUTEILLET-PAQUET D., WEYEMBERGH A. « La lutte contre l'immigration illégale » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, BRUYLAN T, Bruxelles, 2003, pp. 371-442, sp. 430.

4 Sur la cohérence globale de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, voir LABAYLE H. « Instruments et procédures de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques » in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. « Quelles réformes pour l'espace pénal européen ? », Institut d'Etudes Européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, 172 p., pp. 41-58.

Matériellement, cette division s'est manifestée lors de l'adoption de règles destinées à lutter contre l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers¹. L'absence de compétence communautaire en matière pénale a obligé les Etats membres à adjoindre à la directive une décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers². La structuration en piliers implique un dédoublement de l'action normative et des instruments.

B. Vers la reconnaissance d'une compétence pénale dans le premier pilier ?

L'éclatement occasionné par la division de l'Union européenne en piliers constitue un obstacle que la Communauté pourrait être en passe de surmonter. En effet, une affaire jugée dans le domaine de la protection de l'environnement amorce ce mouvement. Le Conseil a adopté, conformément aux dispositions des traités, une décision-cadre relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. Considérant que la base juridique adoptée par le Conseil n'était pas correcte, la Commission a introduit un recours en annulation contre la décision-cadre³. Elle souligne, en effet, que le législateur communautaire « est compétent, au titre de l'article 175 CE, pour imposer aux États membres l'obligation de prévoir des sanctions pénales en cas d'infraction à la réglementation communautaire en matière de protection de l'environnement, dès lors qu'il estime que c'est un moyen nécessaire pour garantir l'effectivité de cette réglementation »⁴. La Cour de justice, compte tenu des spécificités de la politique d'environnement et de son caractère transversal a jugé que même si la législation pénale ne relève pas de la compétence de la Communauté, cette constatation « ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »⁵. La Cour a donc annulé la décision-cadre contestée qui a été remplacée par une directive⁶.

1 Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/17 du 05.12.2002.

2 Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/1 du 05.12.2002.

3 CJCE 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C176/03, Rec. I-7879.

4 CJCE 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C176/03, Rec. I-7879, point 19.

5 CJCE 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C176/03, Rec. I-7879, point 48.

6 Directive n° 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 328/28 du 06.12.2008.

Cette affaire, confirmée par la suite¹, a ouvert la voie à l'adoption sur le fondement du traité CE de règles à caractère pénal². Autrement dit, elle permet d'envisager la fin de la division entre les piliers lorsque des sanctions pénales doivent accompagner une décision communautaire et en assurer l'effectivité. Dans ce contexte, une directive prévoyant des normes minimales concernant les sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier a été adoptée³. L'article 9 de la directive définit les infractions pénales. L'article 10 indique que les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les personnes physiques qui commettent ces infractions pénales soient passibles de peines effectives, proportionnées et dissuasives. Sans quantifier la sanction, la directive introduit dans un texte fondé sur le premier pilier des dispositifs qui relevaient antérieurement du troisième. Ainsi, le clivage entre troisième et premier pilier devient poreux et permet de surmonter les incohérences de la construction issue du traité sur l'Union européenne⁴.

II. LA POLITIQUE ÉTRANGÈRE ET DE SÉCURITÉ COMMUNE

Les domaines relatifs à la diplomatie et à la défense ont connu des développements divers au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle⁵. Au niveau européen, le traité de Maastricht crée un second pilier de l'Union européenne, modifié dans son fonctionnement par le traité d'Amsterdam⁶, dédié à la « politique étrangère et de sécurité commune »⁷. Cette politique institue une coopération⁸ entre les Etats membres

1 CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ Conseil*, aff. C440/05, Rec. I-9097.

2 Voir par exemple sur cette question, DE BELLESCIZE R. « La communautarisation rampante du droit pénal. A propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007 », *Revue Droit pénal*, Janvier 2008, étude 2.

3 Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168/24 du 30.06.2009.

4 Comme le souligne un auteur suite aux arrêts de la Cour de justice dans le domaine de l'environnement, « Ce que l'on pourrait appeler la force attractive des compétences implicites de l'Union européenne avait déjà fait ses premiers pas avec l'arrêt du 13 septembre 2005. Mais il s'est épanoui et ses fondements juridiques paraissent désormais suffisamment fermes pour permettre un transfert silencieux du pouvoir de détermination des sanctions pénales relatives à des compétences relevant des 2^{ème} et 3^{ème} piliers au sein du 1^{er} pilier », DE BELLESCIZE R. « La communautarisation rampante du droit pénal. A propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007 », *Revue Droit pénal*, Janvier 2008, étude 2.

5 Sur ce point voir notamment, FORSTER A. & WALLACE W. « Common Foreign and Security Policy » in WALLACE H. & WALLACE W. « Policy Making in the European Union », Oxford University Press, Fourth Edition, 610 p., pp. 461-491.

6 DES NIERVENS P. « Les relations extérieures », R.T.D.E. 1997, pp. 801-812.

7 Sur ce point voir, AUVREY-FINCK J. « PESK », *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 2600 ; BURY C. « Politique étrangère et de sécurité commune », Répertoire Communautaire Dalloz.

8 Il s'agit en effet d'une coopération qui n'a pas vocation à se substituer aux compétences nationales. Aussi, l'action de l'Union dans ce domaine n'entend pas « absorber la diversité des compétences externes des Etats membres, sauf à postuler le dessaisissement complet de souveraineté que même la Communauté n'a pas réalisé », BURY C. « Politique étrangère et de sécurité commune », Répertoire Communautaire Dalloz.

afin de sauvegarder la sécurité à l'intérieur de l'Union et de promouvoir la paix et la sécurité internationale à l'extérieur de l'Union. Si la politique étrangère et de sécurité commune produit des effets sur les domaines couverts par le troisième pilier¹, elle a également vocation à agir sur les mouvements de personnes. Les effets de la politique étrangère et de sécurité commune sur la politique migratoire sont de deux ordres. L'objectif de maintien de la paix agit de manière indirecte sur les mouvements migratoires (A) alors que la politique ciblée de sanctions qu'elle développe vis-à-vis de certaines personnes joue de manière plus spécifique sur la politique de délivrance des visas (B).

A. La stabilité internationale, facteur de stabilité migratoire

L'article 11 du traité UE définit les objectifs de la politique étrangère et de sécurité commune qui couvrent une dimension interne et une dimension externe. Au titre de cette dernière, l'Union se dote pour objectif, d'une part, de maintenir la paix et de renforcer la sécurité internationale et d'autre part, de développer et de renforcer la démocratie et l'Etat de droit ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 17 ajoute que la politique de l'Union inclut « les missions humanitaires et d'évacuation, les missions de maintien de la paix et les missions de forces de combat pour la gestion des crises ». L'ensemble de ces actions visent à maintenir la stabilité internationale dans les régions en crise et évite par conséquent les mouvements de populations, voire le déclenchement de véritables phénomènes migratoires de fuite. Dans ce contexte largement reconnu², les politiques relatives à l'asile ou encore à la protection temporaire octroyée par les Etats membres bénéficient directement de l'activité de l'Union dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune.

A cette interaction globale entre politique étrangère et politiques migratoires s'ajoute un soutien plus marqué dans le domaine de la politique des visas.

1 Notamment en matière de lutte contre le terrorisme, sur ce point voir BENOIT L. « La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier : un nouveau volet des relations extérieures de l'Union », R.D.U.E. 2/2002, pp. 283-313.

2 « Il [le Conseil européen] s'est déclaré convaincu que divers facteurs jouent un rôle important dans la réduction des mouvements migratoires vers les Etats membres, à savoir le maintien de la paix et la fin des conflits armés, le respect intégral des droits de l'homme, la création de sociétés démocratiques et des conditions sociales adéquates (...). La coordination des actions menées par la Communauté et les Etats membres dans les domaines de la politique étrangère (...) pourrait également apporter une contribution substantielle au traitement de la question des flux migratoires. Lorsqu'il sera en vigueur, le traité sur l'Union européenne, notamment ses titres V et VI, fournira un cadre approprié de cette action coordonnée », Conseil européen d'Edimbourg des 11 et 12 décembre 1992, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 12/1992, pp. 9-29, annexe 5 « Déclaration sur les principes régissant les aspects extérieurs de la politique migratoire », sp. 24.

B. La politique des visas, élément de la politique étrangère

La politique des visas constitue un instrument traditionnel de la politique étrangère des Etats¹. En effet, que les règles soient adoptées au plan national ou communautaire, elles contribuent à organiser les relations entre les acteurs internationaux. De manière classique, le visa correspond à un instrument opposable aux pays tiers dont les ressortissants sont considérés comme étant source d'immigration illégale. A l'inverse, l'obligation de visa n'est pas requise vis-à-vis des pays avec lesquels les relations sont propices et dont on ne craint pas que les ressortissants puissent constituer une source d'immigration irrégulière. Instrument international de caractère hostile ou amical, le visa joue également comme un levier dans les négociations internationales. Si la contrepartie qu'il constitue dans l'acceptation et la signature d'accords de réadmission est largement reconnue², il a également été instrumentalisé dans les relations récentes entre les Etats-Unis et certains Etats membres. A ce titre, les Etats-Unis ont subordonné l'intégration de certains nouveaux Etats membres de l'Union européenne dans leur programme d'exemption de visa à l'intensification de leur collaboration en matière sécuritaire. Ainsi, la politique des visas constitue pleinement un instrument des relations internationales ce que rappelle d'ailleurs une déclaration annexée au traité d'Amsterdam qui indique « que les considérations de politique étrangère de l'Union et des Etats membres doivent être prises en compte pour l'application de l'article 73 J, point 2), sous b), du traité instituant la Communauté européenne »³.

Cette dimension de la politique des visas s'est également illustrée dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune. Dans un registre différent de celui développé dans le cadre du pilier communautaire qui établit des listes de pays dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa, les actes adoptés sur le fondement du second pilier de l'Union européenne visent à soumettre certaines personnes à l'obligation de visa. Ce fut notamment le cas à l'époque du conflit yougoslave, lorsque le Conseil a adopté une position commune interdisant aux Etats membres de délivrer des visas à certains hauts représentants de la République Fédérale de Yougoslavie⁴. L'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam n'a pas modifié cette situation, puisque le Conseil a adopté plusieurs mesures en ce sens. Une première position commune a fixé le principe selon lequel aucun visa ne doit être délivré au président MILOSEVIC,

1 Voir en ce sens, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, 370 p, sp. 264 et s.

2 SCHMITTER C., JULIEN-LAFERRIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », *Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 99-169.

3 Déclaration relative à l'article 73 J [art. 62 CE], point 2), sous b), du traité instituant la Communauté européenne.

4 Position commune (98/240/PESC) du 19 mars 1998 définie par le Conseil sur la base de l'article J.2 du traité sur l'Union européenne concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO C 95/1 du 27.03.1998.

aux membres de sa famille ainsi qu'à certains hauts fonctionnaires de la RFY¹. Cette position commune a par ailleurs renvoyé au Conseil le soin d'adopter une décision d'application établissant une liste de personnes pour lesquelles les visas doivent également être refusés, ce qu'il a fait à plusieurs reprises². Cet exemple démontre que le visa, instrument de la politique migratoire, peut également être sollicité afin de renforcer la politique étrangère de l'Union européenne et des Etats membres.

Plus généralement, les politiques sécuritaires de l'Union européenne interagissent. L'exemple de la politique étrangère et de sécurité commune est patent de ce point de vue en tant que facteur de stabilisation d'un côté et instrumentalisation du visa de l'autre. Si la politique répressive constitue le prolongement de certains pans des politiques migratoires, rien n'interdit de proposer que la politique d'éloignement des ressortissants de pays tiers puisse aussi venir au soutien de la politique de lutte contre le terrorisme de l'Union européenne. Le gouvernement du Royaume-Uni a ouvert cette voie dans une affaire *Saadi contre Italie* jugée par la Cour européenne des droits de l'homme. Considérant que « selon un principe de droit international bien établi, les Etats peuvent utiliser les lois sur l'immigration pour faire face à des menaces extérieures contre leur sécurité nationale »³, cet Etat a proposé de reconsidérer la jurisprudence de la Cour relative à l'article 3 CEDH et d'établir, dans le cas de personnes présentant un risque terroriste, une évaluation entre le risque que présente la personne et « la nature du mauvais traitement potentiel »⁴ dans l'Etat de renvoi. Ceci revient finalement à

1 Position commune (1999/318/PESC) du 10 mai 1999 adoptée par le Conseil sur la base de l'article 15 du traité sur l'Union européenne concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République de Yougoslavie, JO L 123/1 du 13.05.1999.

2 Décision du Conseil (1999/319/PESC) du 10 mai 1999 appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L 123/3 du 13.05.1999 ; Décision du Conseil (1999/357/PESC) du 1^{er} juin 1999 modifiant la décision 1999/319/PESC appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L 140/1 du 03.06.1999 ; Décision du Conseil (1999/424/PESC) du 28 juin 1999 modifiant la décision 1999/357/PESC appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L 163/86 du 29.06.1999 ; Décision du Conseil (1999/612/PESC) du 13 septembre 1999 modifiant la décision 1999/424/PESC appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L 242/32 du 14.09.1999 ; Décision du Conseil (1999/812/PESC) du 6 décembre 1999 modifiant la décision 1999/612/PESC appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L 314/36 du 08.12.1999 ; Décision du Conseil (2000/177/PESC) du 28 février 2000 modifiant la décision 1999/319/PESC appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L 56/2 du 01.03.2000 ; Décision du Conseil (2000/370/PESC) du 5 juin 2000 modifiant la décision 1999/319/PESC appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L134/1 du 07.06.2000 ; Décision du Conseil (2000/495/PESC) du 3 août 2000 modifiant la décision 1999/319/PESC appliquant la position commune 1999/318/PESC concernant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, JO L 200/1 du 08.08.2000.

3 Cour EDH 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*, req. 37201/06, point 119.

4 Cour EDH 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*, req. 37201/06, Point 122.

abaisser le niveau de protection garantie par l'article 3 lorsque la personne présente un risque terroriste. Si la Cour de Strasbourg n'a pas suivi le raisonnement¹, la logique tendant à utiliser les règles en matière migratoire au profit de la lutte contre le terroriste existe.

Dans tous les cas, la division de l'Union européenne en piliers et la répartition des compétences qu'elle impose ne facilite pas la cohérence des politiques à mettre en œuvre, surtout lorsque des mesures répressives constituent un complément essentiel à l'effectivité de la politique de lutte contre l'immigration irrégulière et de lutte contre la traite des êtres humains.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

La distribution des compétences expose un paysage contrasté, balancé entre compétence communautaire et maintien des compétences nationales. *A priori*, le développement d'une véritable politique migratoire ne saurait émerger d'un tel schéma sachant par ailleurs que tous les Etats membres ne participent pas à sa mise en œuvre. A ces considérations doit toutefois être opposée une lecture plus complexe de la distribution des compétences dans le système communautaire. Si les Etats membres conservent encore la maîtrise de pans entiers de leurs politiques migratoires, qu'il s'agisse des domaines réservés ou des matières n'ayant pas encore fait l'objet d'une préemption par le droit communautaire, la situation n'est pas figée et joue en faveur de la Communauté.

1 Sur le principe, la Cour indique « L'article 3, qui prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n^{os} 1 et 4, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. La prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants étant absolue, quels que soient les agissements de la personne concernée, la nature de l'infraction qui était reprochée au requérant est dépourvue de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3 » (Cour EDH 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*, req. 37201/06, Point 127).

En réponse aux arguments présentés par le Royaume-Uni, la Cour souligne qu'elle « considère que l'argument tiré de la mise en balance, d'une part, du risque que la personne subisse un préjudice en cas de refoulement et, d'autre part, de sa dangerosité pour la collectivité si elle n'est pas renvoyée repose sur une conception erronée des choses. Le « risque » et la « dangerosité » ne se prêtent pas dans ce contexte à un exercice de mise en balance car il s'agit de notions qui ne peuvent qu'être évaluées indépendamment l'une de l'autre. En effet, soit les éléments de preuve soumis à la Cour montrent qu'il existe un risque substantiel si la personne est renvoyée, soit tel n'est pas le cas. La perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée. C'est pourquoi il serait incorrect d'exiger, comme le préconise le tiers intervenant, un critère de preuve plus strict lorsque la personne est jugée représenter un grave danger pour la collectivité, puisque l'évaluation du niveau de risque est indépendante d'une telle appréciation » (Cour EDH 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*, req. 37201/06, point 139).

Au regard de la nature de la compétence, tout d'abord, puisqu'en attribuant une compétence partagée à la Communauté, les Etats membres ont accepté que la Communauté puisse exercer une action dans le domaine pouvant aller jusqu'à la consécration d'une compétence exclusive par exercice, comme l'exemple de la politique des visas le démontre. Ensuite, la nature de la compétence et son caractère évolutif ouvrent la voie à un prolongement externe de la compétence communautaire, prolongement nécessaire à l'établissement d'une politique migratoire globale et efficace.

Au fond, le développement de la politique migratoire au niveau communautaire est potentiellement important et a vocation à faire bouger la frontière entre compétence communautaire et compétences nationales. Ainsi, l'acceptation par les Etats membres de consacrer un passage du Pacte européen sur l'immigration et l'asile à la question des régularisations témoigne de la perméabilité de la frontière et de la fragilité de la compétence nationale vis-à-vis des impératifs communs. En fin de compte, le traité consacre bien une distribution des compétences entre la Communauté et les Etats membres mais la répartition des compétences n'est pas statique et a vocation à bénéficier par exercice à la Communauté européenne. Ce dispositif doit permettre à terme, si ce n'est déjà le cas dans certains domaines comme la gestion des frontières, l'établissement de véritables politiques communes.

Conclusion du Titre 1

Le traité d'Amsterdam marque une étape décisive de la construction communautaire. Consacrant la fin d'un processus caractérisé par le refus des Etats membres d'assister à l'intervention de la Communauté dans le domaine de la politique migratoire, il établit les bases d'un prolongement et d'un approfondissement de la libre circulation des personnes dans un espace de liberté, de sécurité et de justice. L'œuvre est importante dans la mesure où le traité témoigne d'un processus qui a consisté à dépasser les résistances nationales, rationaliser les cadres d'action qui évoluaient en ordres dispersés, organiser et distribuer les compétences et définir des objectifs à atteindre.

En réalité, à la difficulté d'accepter un traitement en commun de politiques souveraines s'est essentiellement substituée la crainte de la méthode communautaire. En effet, de l'Union nordique des passeports à la coopération de Schengen, la mise en commun des politiques de libre circulation et de leur pendant sécuritaire était largement éprouvée. En outre, la tentative d'approche commune réalisée à Maastricht authentifiait bien cette résistance en même temps qu'elle a eu pour effet de complexifier le traitement de la question de la libre circulation par une démultiplication des cadres et méthodes d'actions. Il aura donc fallu attendre plus de vingt ans pour dépasser cette réticence et que les moyens de réalisation de la libre circulation dans le marché intérieur soient enfin attribués à la Communauté. Ainsi, le traité d'Amsterdam rationalise les cadres d'action notamment en intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne, délimite le champ des compétences et définit les objectifs à atteindre à savoir la réalisation du marché intérieur et l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. En ce faisant, et au regard de la nature de la compétence consacrée, le traité ouvre la voie à un développement significatif de la politique migratoire tant au plan communautaire que dans l'action internationale.

Toutefois, les résistances à la méthode communautaire n'ont pas toutes été levées par le traité d'Amsterdam. En effet, il perpétue la tradition de méfiance des Etats membres vis-à-vis de la Communauté et de ses institutions. Ainsi, les modalités d'exercice de la compétence ont été précisément définies, parfois en procédant à un bouleversement inédit de la méthode communautaire, afin de permettre aux Etats membres de conserver une maîtrise importante du développement des politiques migratoires au niveau communautaire.



TITRE 2

UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE

L'attribution d'une compétence à la Communauté s'accompagne de la détermination des modalités de sa mise en œuvre et de son contrôle¹. Compte tenu de la sensibilité du domaine et de la crainte des Etats membres d'être dépossédés de leur souveraineté, la définition des conditions d'exercice de la compétence communautaire en matière d'asile et d'immigration a fait l'objet d'aménagements singuliers et inédits. En effet, le traité d'Amsterdam rompt dans ce domaine avec la logique institutionnelle classique ou « orthodoxe ». Cela a concerné tout d'abord les modalités d'exercice de la compétence. Ces dernières ont subi d'importantes modifications. Qu'il s'agisse du rôle des acteurs, de l'organisation des travaux ou encore de l'orientation des actions, les conditions de mise en œuvre de la compétence communautaire ont initialement été profondément marquées par l'empreinte des Etats membres qui ont recherché, au besoin en bousculant les règles classiques d'organisation des pouvoirs dans la Communauté européenne, à conserver la maîtrise de la politique d'immigration et d'asile (Chapitre 1). Cela a concerné ensuite, et de manière plus durable, les modalités d'intervention du juge. En effet, conscients du potentiel contentieux du droit des étrangers et soucieux de ne pas être contraints par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, les Etats membres ont limité pour la première fois les modalités de saisine de la Cour de justice. Cet aménagement du rôle du juge communautaire devait produire des effets « collatéraux » dans un système juridique dans lequel interviennent

1 Comme l'a démontré clairement Vlad CONSTANTINESCO « une compétence sans pouvoir est inefficace, un pouvoir se développant en dehors ou en l'absence d'une compétence est illégal », CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à la nature juridique des Communautés », L.G.D.J., Paris, 1974, 492 p. sp. 83.

le juge national et le juge des droits de l'homme en raison de l'impact de la matière sur les droits fondamentaux (Chapitre 2). L'ensemble de ces aménagements illustre la difficulté des Etats membres à accepter pleinement la méthode communautaire en matière migratoire. Cela étant, ces limitations ne pouvaient perdurer, en droit ou en fait, et ont impliqué des modifications et adaptations au fil de la construction de la politique migratoire de l'Union européenne.

Chapitre 1. Les conditions d'exercice de la compétence communautaire

Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel de la compétence communautaire

Chapitre 1

Les conditions d'exercice de la compétence communautaire

La communautarisation des politiques migratoires a impliqué qu'un certain nombre de contreparties soient organisées au profit des Etats membres. Comme la doctrine l'avait en son temps souligné¹, le traité d'Amsterdam procède à plusieurs modifications inédites du cadre institutionnel, marquant la « conservation de certains traits forts de la méthode intergouvernementale »², et au terme desquelles le Conseil s'affirme comme l'institution centrale de la mise en œuvre de la compétence communautaire³. La méfiance des Etats membres vis-à-vis du cadre institutionnel communautaire les a conduit à procéder à l'aménagement de leurs pouvoirs et de leur rôle. Ces aménagements ont concerné les étapes essentielles du processus normatif à savoir l'initiative (Section 1) et la prise de décision (Section 2). Cela étant, les réticences formulées lors de la signature du traité se sont progressivement atténuées et ont permis un retour graduel à l'orthodoxie communautaire et à la définition de conditions classiques d'exercice de la compétence communautaire.

1 « (...) si une communautarisation matérielle est envisageable, cette communautarisation ne sera pas pleinement institutionnelle », LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la CIG », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35, sp. 31.

2 DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » in DE BRUYCKER P. (Sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 1-95, sp. 6

3 « (...), to the extent that migration related issues are concerned, Member States have always managed to secure their central role as well as to reserve a predominant position in that area. (...) Even under the Amsterdam Treaty's communautarised framework the role of the Member States remained for several years predominant », PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 199.

SECTION 1. L'INITIATIVE

L'article 67 du traité CE prévoit que pour une période de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam le Conseil statue « sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'un Etat membre ». Les Etats membres ont donc disposé dans le domaine de la politique migratoire¹, pour une période déterminée, du pouvoir de proposer des initiatives législatives. Réminiscence des techniques développées dans la coopération intergouvernementale de Maastricht², l'introduction de l'initiative partagée dans le pilier communautaire a constitué une innovation remarquable, témoignant notamment de la difficulté pour les Etats membres de « sauter le pas de la communautarisation »³. Cependant, la consécration d'un pouvoir d'initiative partagée posait la question de son incidence réelle sur le processus de décision dans la mesure où la pratique a démontré que dans le système communautaire le pouvoir d'initiative exclusif attribué à la Commission ne se réduit pas à une opposition entre la Commission et les Etats membres mais révèle au contraire une collaboration étroite entre les acteurs⁴. Aussi, l'introduction de l'initiative partagée dans le titre IV du traité CE semblait avoir davantage pour objet de permettre aux Etats membres de conserver une influence substantielle dans un domaine sensible que d'affaiblir la Commission⁵. La pratique de l'initiative partagée sur le fondement du titre IV du traité CE a confirmé cette approche. En effet, l'analyse démontre qu'un partage de l'initiative s'est opéré au plan matériel (Sous-section 1) en même temps que s'est instituée une collaboration entre les Etats membres et la Commission (Sous-section 2).

1 Exception faite des dispositions relatives à la politique des visas introduites dans le traité CE par le traité de Maastricht.

2 Voir DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure », Notes et études documentaires, n° 5144-45, La Documentation française, Paris, 2002, 246 p., sp. 49-50 et 129.

3 MARTINET P. « Commentaires de l'article 67 » in LEGER P. (sous la dir. de) « Commentaires article par article des traités UE et CE », Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Genève - Munich, Dalloz, Paris, BRUYLANT, Bruxelles, 2000, 2060 p., pp. 589-593, sp. 590.

4 Comme démontré ci-après, « In many cases, the Commission's relationship is in general not an adversarial one with the Member States. As has already been suggested, the Commission's main aim is to see an agreement of some kind being reached ; if a Commission proposal in a policy area is rejected by the Member States, this is often because the proposal did not sufficiently take into account the position of all Member States. If a Member State rather than the Commission suggests a compromise upon which all can agree, the Commission is unlikely to try and dissuade them given its interest in seeing some agreement to be made. Thus the monopoly of initiative can often be seen as a very much theoretical advantage in the First Pillar than one which the Commission frequently exploits in practical terms. In any case, once a Commission text is discussed, the fact that the Member States (and the Commission) begin to make amendments to it renders it difficult sometimes to discern whether a proposal is coming from the Commission, one or more Member States or the Presidency. The issue of the monopoly of initiative is, therefore, something of a « red-herring », MYERS P. The Commission's Approach to the Third Pillar : political and organizational Elements » in BIEBER R. & MONAR J. « Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar », European Interuniversity Press, Brussels, 1995, pp. 277-300, sp. 285.

5 HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p., sp. 92.

Sous-section 1. LE PARTAGE DE L'INITIATIVE

La terminologie « d'initiative partagée » s'intègre pleinement dans le contexte du titre IV du traité CE dans la mesure où la pratique démontre que la Commission et les États membres ont effectivement procédé à un partage de l'initiative exprimé au plan matériel. Ainsi, les États membres ont saisi l'occasion de cette nouvelle procédure pour présenter des initiatives dans le domaine de la lutte contre l'immigration clandestine (I) pendant que la Commission a principalement occupé le terrain de l'immigration légale et de l'asile (II).

I. L'UTILISATION DU POUVOIR D'INITIATIVE PAR LES ÉTATS MEMBRES

Le traité ne contient aucune indication précise sur les modalités d'exercice de l'initiative partagée, si ce n'est qu'elle peut être mise en œuvre par un État membre. Cette situation pouvait faire courir le risque d'une utilisation « anarchique » de l'initiative partagée, qu'il s'agisse du nombre d'initiatives présentées, du nombre d'États membres intervenant dans le processus décisionnel, des domaines visés et de l'intensité recherchée. La pratique a démontré que l'initiative partagée a essentiellement été mise en œuvre par l'État membre exerçant la présidence de l'Union européenne (A) et que cette action étatique a été limitée, qu'il s'agisse de la portée des initiatives ou du domaine matériel concerné (B).

A. L'influence de la présidence

Sur vingt initiatives étatiques présentées, les trois-quarts l'ont été par l'État membre exerçant la présidence semestrielle de l'Union européenne. Parmi les États membres s'étant illustrés dans cet exercice, la France au cours de la présidence du premier semestre 2000 a présenté quatre initiatives dans le domaine de la politique migratoire¹ auxquelles s'ajoutait une initiative en vue de l'adoption d'une décision-

1 Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO C 243/1 du 24.08.2000 ; Initiative de la République française en vue de l'adoption du règlement (CE) du Conseil relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, JO C 200/4 du 13.07.2000 ; Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers JO C 253/1 du 04.09.2000 ; Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des États membres des ressortissants des pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis, JO C 269/8 du 20.09.2000.

cadre complémentaire à l'un des instruments proposés¹. La Grèce a présenté au cours de sa présidence trois initiatives². Ont également contribué à animer le domaine, dans le cadre de leur présidence ou en dehors, la Finlande³, le Portugal⁴, l'Espagne⁵, l'Autriche⁶, l'Allemagne⁷ et l'Italie⁸.

Si l'article 67 du traité CE indique que le Conseil statue à l'initiative d'un Etat membre, les Etats ne s'en sont pas tenus à une lecture restrictive des dispositions du traité et ont développé une technique consistant à présenter des initiatives conjointes⁹. Ainsi, la Belgique, au cours de sa présidence a présenté deux initiatives associant pour

- 1 Initiative de la République française en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, JO C 253/1 du 04.09.2000.
- 2 Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption du règlement du Conseil relatif aux procédures de modification du manuel Sirene, JO C 82/21 du 05.04.2003 ; Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption de la décision du Conseil fixant les indications minimales à faire figurer sur les panneaux situés aux points de passage des frontières extérieures, JO C 125/6 du 27.05.2003 ; Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », JO C 140/12 du 14.06.2003.
- 3 Initiative de la République de Finlande en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil déterminant les obligations réciproques des États membres en matière de réadmission de ressortissants de pays tiers, JO C 353/7 du 07.12.1999 ; Initiative de la République de Finlande en vue de l'adoption du règlement réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, JO C 164/7 du 14.06.2000.
- 4 Initiative de la République portugaise en vue de l'adoption du règlement du Conseil concernant la période pendant laquelle les ressortissants de pays tiers, exemptés de l'obligation de visa, peuvent circuler librement sur le territoire des États membres, JO C 164/6 du 14.06.2000 ; Initiative de la République portugaise en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières, JO C 73/8 du 06.03.2001.
- 5 Initiative du Royaume d'Espagne en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit, JO C 139/6 du 12.06.2002 ; Initiative du Royaume d'Espagne en vue de l'adoption d'un règlement (CE) n° .../2002 du Conseil concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au système d'information Schengen, en particulier, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JO C 160/6 du 04.07.2002 ; Initiative du Royaume d'Espagne en vue de l'adaptation de la directive du Conseil concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux personnes transportées, JO C 82/23 du 05.04.2003.
- 6 Initiative de l'Autriche en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil fixant les critères permettant de déterminer les États tiers pouvant être considérés comme sûrs pour assumer la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre par un ressortissant d'un pays tiers et établissant une liste des États tiers européens sûrs, JO C 17/6 du 24.01.2003.
- 7 Initiative de la République fédérale d'Allemagne en vue de l'adoption de la directive du Conseil concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO C 4/4 du 09.01.2003.
- 8 Initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers séjournant illégalement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO C 223/3 du 19.09.2003 ; Initiative de la République italienne en vue de l'adoption de la directive du Conseil concernant l'assistance au transit à travers le territoire d'un ou de plusieurs États membres, dans le cadre de mesures d'éloignement prises par les États membres à l'égard des ressortissants de pays tiers, JO C 223/5 du 19.09.2003.
- 9 Comme cela a du reste été le cas dans le domaine du troisième pilier, voir à ce sujet BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter Lang, Bruxelles, 2003, 324 p. sp. 55.

la première la Suède¹ et pour la seconde l'Espagne et la France². Ces initiatives sont intéressantes dans la mesure où elles associent les présidences successives de l'Union européenne et permettent ainsi de porter et d'inscrire les initiatives dans le temps. Ainsi, l'initiative belgo-suédoise a été présentée en fin de présidence suédoise au moment du passage de la présidence belge alors que la seconde initiative a impliqué l'Espagne qui devait assurer la présidence à la suite de la Belgique.

Si la présidence a joué un rôle important dans la mise en œuvre de l'initiative partagée, l'utilisation de ce pouvoir a néanmoins été limitée du point de vue qualitatif.

B. L'impact limité des initiatives nationales

La majorité des initiatives présentées par les Etats membres ont fait l'objet d'un accord au sein du Conseil. Cela étant, ce résultat tient essentiellement au caractère limité des initiatives étatiques tant dans leur objet que dans leur contenu.

Elles ont tout d'abord eu pour objet, pour près de la moitié d'entre elles, de préciser ou de développer l'acquis de Schengen. Tel est le cas tout particulièrement du développement des articles 18³, 26⁴ et 27⁵ de la convention d'application des accords de Schengen, du développement du système d'information de Schengen⁶, des procédures de modification du Manuel SIRENE⁷ ou encore des indications minimales à faire figurer sur les panneaux situés aux points de passage aux frontières extérieures⁸. Au fond, ces initiatives ont eu pour objet de développer l'existant.

Les initiatives étatiques ont également concerné le domaine de l'éloignement. Si la présidence finlandaise a présenté dès décembre 1999, mais sans succès, une initiative

- 1 Initiative du Royaume de Belgique et du Royaume de Suède en vue de l'adoption de la décision du Conseil relative au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), JO C 183/12 du 29.06.2001.
- 2 Initiative du Royaume de Belgique, du Royaume d'Espagne et de la République française visant à l'adoption par le Conseil de la décision modifiant l'article 40, paragraphes 1 et 7, de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO C 285/3 du 11.10.2001.
- 3 Règlement (CE) n° 1091/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, JO L 150/4 du 06.06.2001.
- 4 Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187/45 du 10.07.2001.
- 5 Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/17 du 05.12.2002.
- 6 Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 328/4 du 13.12.2001 ; Règlement (CE) n° 871/2004 du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JO L 162/29 du 30.04.2004.
- 7 Règlement (CE) n° 378/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif aux procédures de modification du manuel Sirene, JO L 64/5 du 02.03.2004.
- 8 Décision 2004/581/CE du Conseil du 29 avril 2004 fixant les indications minimales à faire figurer sur les panneaux situés aux points de passage des frontières extérieures, JO L 261/119 du 06.08.2004.

en matière de réadmission¹, les initiatives suivantes ont abouti à l'adoption de textes présentant une dimension réduite. Tel est le cas d'une directive relative à l'assistance au transit dans le cadre de l'éloignement par voie aérienne² et d'une décision portant sur les modalités d'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers à partir de plusieurs États membres³. Ces textes ayant simplement pour but d'assurer la coordination administrative entre les États membres dans la mise en œuvre des mesures nationales d'éloignement. Si la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement⁴ a un objectif plus ambitieux, ses effets sont en revanche limités dans la mesure où elle ne contient aucune obligation contraignante.

Enfin, plusieurs textes adoptés sur le fondement d'initiatives étatiques ont une portée purement technique. Tel est le cas des décisions organisant les pouvoirs d'exécution au profit du Conseil⁵ ou des mesures établissant des modalités de coopération⁶.

Finalement, l'action des États membres dans le domaine de l'initiative ne témoigne pas vraiment d'une réussite⁷. D'une part, les initiatives ont présenté un caractère matériellement réduit, centré sur la lutte contre l'immigration clandestine. D'autre part, elles ont parfois été présentées en vue de porter au niveau communautaire des préoccupations nationales⁸. Cette attitude a d'ailleurs été soulignée par la

-
- 1 Initiative de la République de Finlande en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil déterminant les obligations réciproques des États membres en matière de réadmission de ressortissants de pays tiers, JO C 353/6 du 07.12.1999.
 - 2 Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO L 321/26 du 06.12.2003.
 - 3 Décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO L 261/28 du 06.08.2004.
 - 4 Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 149/34 du 02.06.2001.
 - 5 Règlement (CE) n° 789/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, JO L 116/2 du 26.04.2001 ; Règlement (CE) n° 790/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières, JO L 116/5 du 26.04.2001.
 - 6 Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO L 261/4 du 06.08.2004 ; Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », JO 64/1 du 02.03.2004.
 - 7 Alors même que les États membres disposaient d'un mode d'emploi spécialement réalisé par le service juridique du Conseil, « Initiatives par les États membres – Lignes directrices du Service Juridique du Conseil », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat Général, Septembre 2000, 43 p.
 - 8 Pour un exemple, voir notamment, Initiative de l'Autriche en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil fixant les critères permettant de déterminer les États tiers pouvant être considérés comme sûrs pour assumer la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre par un ressortissant d'un pays tiers et établissant une liste des États tiers européens sûrs, JO C 17/6 du 24.01.2003.

Commission¹ et critiquée à l'occasion des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe². Enfin, la difficulté pour les Etats membres d'appréhender les questions migratoires dans le contexte communautaire³ a nécessité l'intervention de la Commission européenne pour compléter les initiatives étatiques⁴.

Expérience peu concluante, elle s'est achevée sous présidence italienne au second semestre 2003 en raison notamment d'une formulation restrictive de l'article 67, paragraphe 2, du traité CE. Ce dernier indique qu'après la période de cinq ans, « le Conseil statue sur des propositions de la Commission ». Autrement dit, après le 1^{er} mai 2004, le Conseil n'est plus en mesure de statuer sur une initiative, cette dernière devient caduque⁵. En conséquence, toute initiative présentée après la présidence italienne ne pouvait aboutir. Cette situation explique aussi pourquoi plusieurs textes fondés sur des initiatives ont été adoptés lors du Conseil JAI du 29 avril 2004.

Si le pouvoir d'initiative des Etats membres n'a pas été convaincant, l'exercice de l'initiative par la Commission européenne ne l'a pas été beaucoup plus, du moins aux premières heures de la mise en œuvre de la politique.

II. L'INITIATIVE EXERCÉE PAR LA COMMISSION

La communautarisation impliquait une participation active de la Commission. La vision globale dont l'institution est pourvue, sa permanence dans le temps, son détachement vis-à-vis de la vie politique nationale lui assuraient une vision politique arrêtée « dans la seule considération de l'intérêt commun de l'ensemble

1 « De plus, le pouvoir d'initiative partagé avec les Etats membres a parfois conduit à privilégier les enjeux nationaux par rapport aux priorités de Tampere », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », COM(2004) 401 final du 02.06.2004, sp. 5.

2 « Il a été souligné par certains que les initiatives proposées par l'un ou l'autre État membre tendent à se concentrer principalement sur les priorités politiques propres à cet État, sans toujours tenir compte de la perspective générale des intérêts de l'Union, ce qui amène le Conseil à débattre de sujets auxquels on porte en réalité un intérêt limité », Rapport final du groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice », CONV 426/02, sp. 15.

3 Voir à ce sujet, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 210.

4 A titre d'exemple, le Portugal a présenté une initiative en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil concernant la période pendant laquelle les ressortissants de pays tiers, exemptés de l'obligation de visa, peuvent circuler librement sur le territoire des États membres (JO C 164/6 du 14.6.2000). Ce texte largement incomplet a été complété par une proposition plus cohérente de la Commission plus d'un an après – Proposition de directive du Conseil relative aux conditions dans lesquelles les ressortissants de pays tiers peuvent circuler librement sur le territoire des États membres pendant une durée maximale de trois mois, introduisant une autorisation spécifique de voyage et fixant les conditions d'entrée en vue d'un déplacement d'une durée maximale de six mois, COM(2001) 388 du 10.7.2001.

5 A ce sujet, voir, *Europolitique* n° 2854 du 23.03.2004.

de la Communauté »¹ et dont la politique migratoire devait bénéficier. Ces espoirs ressortaient notamment d'une communication présentée en 1994 sur les politiques d'immigration et d'asile² projetant une vision globale du phénomène et de sa régulation³. Cependant, l'action de la Commission ne s'est pas exprimée avec autant d'acuité, en raison d'éléments conjoncturels rendant son organisation interne et son action difficiles (A) et de difficultés à imposer son impulsion face à la résistance des États membres en particulier dans le domaine de l'immigration légale (B).

A. Une mise en place difficile

La mise en œuvre du traité d'Amsterdam s'est effectuée dans le contexte politique difficile de la démission de la Commission SANTER⁴. Ainsi, et en attendant la nomination de la nouvelle Commission en septembre 1999, la Commission n'était plus en charge que de l'expédition des affaires courantes. Si cette situation rendait difficile toute adaptation des structures administratives⁵ et en particulier la transformation en direction générale de la *task force*⁶ dédiée aux questions de justice et d'affaires intérieures⁷, elle bloquait parallèlement l'émergence de toute décision politique majeure au cours de cette période⁸. De fait, la Commission a adopté au cours de la période de ratification du traité d'Amsterdam une position d'attente en publiant une communication en 1998 examinant les principaux aspects de transition législative⁹ et

- 1 ISAAC G. et BLANQUET M. « Droit communautaire général », Armand Colin, 8^{ème} édition, 2001, 395 p., sp. 63.
- 2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les politiques d'immigration et d'asile, COM(94) 23 final du 23.02.1994.
- 3 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 238.
- 4 Voir entre autres, RODRIGUEZ S. « Quelques réflexions juridiques à propos de la démission de la Commission européenne. La responsabilité des institutions communautaires comme « manifestation ultime de la démocratie » », R.M.C. n° 430, juillet-août 1999, pp. 472-483 ; SIMON D. « Les jeudis noirs de la Commission », Europe, février 1999, p. 3.
- 5 Voir notamment, DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure », Notes et études documentaires, n° 5144-45, La Documentation française, 2002, 246 p., sp. 153.
- 6 Dans l'organisation administrative de la Commission, les *task force* constituent des cellules de travail à thèmes spécifiques qui rassemblent des fonctionnaires issus de divers services et de différentes directions générales. Voir DEGRYSE C. « Dictionnaire de l'Union européenne », De Boeck Université, Paris, Bruxelles, 1998, 2^{ème} édition, 798 p. sp. 247.
- 7 BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter Lang, Bruxelles, 2003, 324 p. sp. 49.
- 8 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 239.
- 9 Communication de la Commission « Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice », COM(1998) 459 final du 14.07.1998.

en participant en qualité de co-auteur au plan d'action de Vienne¹ dont le contenu peu ambitieux sera abandonné en pratique par la Commission et le Conseil².

Si la nouvelle direction générale a profité du délai de ratification du traité pour effectuer des aménagements et adaptations organisationnels nécessaires³, sa structuration en moyens humains demeurait faible. En conséquence, l'action et l'impulsion de la Commission en matière migratoire se sont principalement basées sur les orientations proposées par les services précédents de la Commission⁴. Ainsi la proposition d'acte du Conseil établissant une Convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres⁵ a servi de base à l'action que la nouvelle Commission entendait développer y compris dans son rôle d'initiative.

Les difficultés d'établissement de la nouvelle direction générale et l'opportunité de disposer d'un texte pouvant servir de base de travail ont contribué à orienter le travail de la Commission en direction de l'immigration légale⁶. En outre, la Commission a probablement estimé que les Etats membres seraient plus actifs dans le champ de l'immigration illégale en raison de l'intérêt qu'ils portaient à cette matière et de leur expertise dans le domaine⁷. Cela a contribué de fait à un partage matériel de l'initiative en matière d'immigration.

B. Un exercice orienté

Délaissant le domaine de l'immigration illégale au profit des Etats membres, le pouvoir d'initiative de la Commission a principalement concerné les domaines de l'asile et de l'immigration légale. Concernant l'asile, et mis à part une initiative déposée

-
- 1 Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JO C 19/1 du 23.01.1999.
 - 2 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 239.
 - 3 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure », Notes et études documentaires, n° 5144-45, La Documentation française, 2002, 246 p., sp. 153.
 - 4 Entretien avec le Professeur Philippe DE BRUYCKER.
 - 5 Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les États membres, COM(1997) 387 final du 30.07.1997.
 - 6 L'exposé des motifs de la proposition dresse les axes d'action et indique « Tout d'abord, la Convention établit des règles communes en matière d'admission initiale des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres, pour des raisons d'emploi, d'activité économique indépendante, d'études et de formation, d'activités non lucratives et de regroupement familial. Ensuite, la Convention institue des droits élémentaires pour les ressortissants de pays tiers qui sont résidents de longue durée, y compris des dispositions relatives à la possibilité d'accepter un emploi dans un autre Etat membre. Enfin, il s'agit d'une approche large des admissions », Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les États membres, COM(1997) 387 final du 30.07.1997, sp. p. 4.
 - 7 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 240.

par l'Autriche¹, l'ensemble de la politique a été élaboré sur base de propositions de la Commission. En effet, et à la différence de la politique d'immigration, le traité encadre de manière précise les conditions de mise en œuvre de la compétence et par conséquent le champ de l'initiative. Ainsi, la Commission devait exercer son pouvoir d'initiative dans le cadre défini par les articles 63, paragraphe 1, points a) à d) et 63, paragraphe 2 du traité CE prévoyant notamment l'adoption de « normes minimales ».

Un tel encadrement de l'action normative et par conséquent du pouvoir d'initiative faisait en revanche défaut dans le domaine de l'immigration. C'est donc en pratique que le pouvoir d'initiative de la Commission a été délimité, ou plus précisément limité. La première proposition de la Commission dans le domaine de la politique migratoire a concerné le droit au regroupement familial et elle a été publiée deux semaines après le Conseil de Tampere². Lui ont succédé deux propositions, publiées dans le courant de l'année 2001, et portant sur le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée sur le territoire des Etats membres³ et l'établissement d'un modèle uniforme de titre de séjour⁴. Ces trois propositions ont démontré que dans un premier temps la Commission a souhaité aborder la question de l'immigration par l'intermédiaire de « droits corollaires »⁵, c'est-à-dire de droits conférés aux ressortissants de pays tiers admis sur le territoire des Etats membres, plutôt que de se situer directement sur le terrain des conditions d'admission des ressortissants de pays tiers.

Cette approche initiale a toutefois été de courte durée dans la mesure où au mois de novembre 2000, la Commission a publié une communication relative à une « politique communautaire en matière d'immigration »⁶. Principalement consacrée à l'immigration pour des motifs économiques, la communication soulignait que « le moment est venu d'examiner les besoins à plus long terme de l'Union européenne dans son ensemble, de voir dans quelle mesure ces besoins peuvent être satisfaits grâce aux ressources existantes et de définir une politique à moyen terme d'admission de ressortissants de pays tiers afin de combler d'une manière progressive et maîtrisée les déficits mis en évidence »⁷. S'appuyant sur le mythe des politiques « d'immigration zéro », esquissé dans la proposition de 1997, et sur la perspective d'une pénurie de

1 Initiative de l'Autriche en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil fixant les critères permettant de déterminer les États tiers pouvant être considérés comme sûrs pour assumer la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre par un ressortissant d'un pays tiers et établissant une liste des États tiers européens sûrs, JO C 17/6 du 24.01.2003.

2 Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 1.12.1999.

3 Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001.

4 Proposition de règlement du Conseil établissant un modèle uniforme de permis de séjour pour les ressortissants de pays tiers, COM(2001) 157 final du 23.03.2001.

5 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 240.

6 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000.

7 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000, sp. 14-15.

main d'œuvre liée au contexte démographique, la Commission proposait en substance d'ouvrir les canaux d'immigration légale à destination de l'Union. Quelques mois plus tard, la Commission présentait une proposition de directive relative à l'admission des ressortissants de pays tiers aux fins d'une activité économique¹ dont l'objectif visait à établir « des définitions et procédures communes, ainsi que des critères communs, concernant l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers » aux fins d'un emploi salarié ou d'une activité indépendante. Elle accompagnait la proposition de directive d'une communication visant à établir dans ce domaine une méthode ouverte de coordination. Cette méthode a pour principal objet d'organiser une coordination des politiques nationales et non pas de plaider pour une harmonisation des règles nationales². La proposition de directive n'a jamais été « véritablement discutée »³ par le Conseil dans la mesure où les Etats membres refusaient que la Communauté intervienne dans le domaine de l'admission des ressortissants de pays tiers. Dans ce contexte, la Commission décidait de « geler »⁴ la proposition relative à l'immigration de travail et d'adopter une approche sectorielle. Ainsi, elle présentait deux propositions de directive portant respectivement sur l'admission des ressortissants de pays tiers aux fins d'études⁵ et de recherche scientifique⁶.

La sensibilité de la thématique de l'admission des ressortissants de pays tiers, et en particulier de l'immigration exercée aux fins d'une activité salariée ou indépendante, a imposé à la Commission d'orienter durablement son action en direction d'une approche sectorielle de l'immigration de travail⁷.

Malgré tout, une collaboration étroite entre la Commission et les Etats membres dans le domaine de l'initiative s'est instituée.

1 Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM(2001) 386 final du 11.07.2001.

2 Sur ce point, voir PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 244.

3 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 48.

4 Sur ce point, voir PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 242.

5 Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formation professionnelle ou de volontariat, COM(2002) 548 final du 07.10.2002.

6 Proposition de directive du Conseil relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, COM(2004) 178 final du 16.03.2004.

7 Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155/17 du 18.06.2009 ; Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre, COM(2007) 638 final du 23.10.2007.

Sous-section 2. LA COLLABORATION EN MATIÈRE D'INITIATIVE

Le partage de l'initiative institué par le traité d'Amsterdam ne signifiait pas que la collaboration traditionnelle entre la Commission et les Etats membres sur ce terrain devait être évacuée. Bien au contraire, la mise en œuvre de la politique migratoire a révélé un phénomène authentifié dès les années 70 selon lequel « à travers l'étude de l'initiative et de l'élaboration des propositions on a pu constater une prédominance du Conseil »¹. En effet, et de manière classique en droit communautaire, une concertation existe entre la Commission, les Etats membres et le Conseil qui se présente sous plusieurs formes². Soit que la Commission juge opportun de calquer une proposition sur les positions futures des Etats membres de manière à ce qu'elle ait toutes les chances d'être adoptée par le Conseil, soit que le Conseil ou les Etats membres conditionnent le contenu d'une proposition par l'adoption d'une résolution, soit, enfin, que les Etats membres réunis au sein du Conseil européen demandent à la Commission de se saisir d'une question³. Le développement de la politique migratoire est fortement marqué par cette dernière forme de collaboration et témoigne de l'influence du Conseil européen dans le domaine⁴. Cependant, l'intervention du Conseil européen n'est pas à sens unique. En effet, si le Conseil européen œuvre pour encadrer l'action de la Commission (I), il contribue également à solliciter son action (II), ce qui est plus original dans le domaine concerné.

I. L'ENCADREMENT DE L'INITIATIVE PAR LE CONSEIL EUROPÉEN

Dans son acception classique, le Conseil européen « définit des orientations générales ou prononce des arbitrages, laissant ensuite la mise en œuvre de ceux-ci s'opérer dans le cadre du processus décisionnel normal de la Communauté »⁵. Dans le domaine de la politique migratoire, et plus généralement de la sécurité intérieure, la fonction d'orientation du Conseil européen est fondamentale. Ainsi, le Conseil européen de Tampere, le programme de La Haye, le Pacte européen sur l'immigration

1 CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à la nature juridique des Communautés », L.G.D.J., Paris, 1974, 492 p. sp. 402.

2 Pour une description des différentes origines des propositions, voir entre autres MATTEI J.-B. « La pratique décisionnelle de la Communauté européenne au quotidien », R.A.E. n° 1/1993, pp. 49-52 ; PONZANO P. « Le processus de décision dans l'Union européenne », R.D.U.E. n° 1/2002, pp. 35-52 ; Rapport intérimaire de la Commission au Conseil européen de Stockholm « Améliorer et simplifier l'environnement réglementaire », COM(2001) 130 final du 7.03.2001, sp. 6.

3 Sur la relation entre le Conseil européen et la Commission, notamment sur la question de l'initiative, voir TAULEGNE B. « Le Conseil européen », P.U.F., Paris 1993, 504 p., sp. 151-157.

4 Pour une étude qui ne se limite pas spécifiquement à la politique migratoire, voir BENOIT L. « Les piliers intergouvernementaux dans la construction européenne. L'antagonisme des démarches de coopération et de communautarisation », Thèse, Tours, 2000, 758 p. sp. 382-383.

5 JACQUE J.-P. « Le Conseil européen », Juris-Classeur Europe, Fasc. 221, sp. paragraphe 18.

et l'asile et le futur programme de Stockholm, établissent de véritables « feuilles de route » pour la mise en œuvre de la politique. Cela étant, et dans les premières années de la mise en œuvre de la politique commune, l'encadrement de l'initiative par le Conseil européen a été très important et s'est exercé sous la forme d'un arbitrage. Si de manière classique le Conseil européen a demandé à la Commission de modifier le contenu de plusieurs propositions (A), l'insistance dont il a fait preuve dans le cas spécifique de la directive relative au droit au regroupement familial a posé la question des rapports entre la Commission et les Etats membres dans un domaine où l'initiative est partagée (B).

A. Les demandes de modification des propositions

Le Conseil européen de Tampere a souligné la volonté de placer la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice « en tête de l'agenda politique et [de] l'y maintenir »¹. Pour soutenir le projet politique, le Conseil européen avait prévu l'organisation d'un rendez-vous à mi-parcours afin d'évaluer les progrès accomplis et si besoin de prononcer les arbitrages nécessaires. C'est donc à l'occasion du Conseil européen de Laeken, réuni en décembre 2001, que cette évaluation a été portée. A l'enthousiasme du Conseil de Tampere a succédé le constat de l'inaction des Etats membres et de la Communauté dans le domaine de la politique migratoire et la nécessité de changer de méthode². Les chefs d'Etat et de gouvernement ont donc décidé de donner une nouvelle impulsion en demandant, d'une part, d'accélérer les travaux législatifs sur la base d'un calendrier précis et, d'autre part, de « présenter, au plus tard le 30 avril 2002, des propositions modifiées »³ en raison des difficultés rencontrées pour obtenir un accord au sein du Conseil⁴. Etaient visées par le Conseil européen, les propositions relatives aux procédures d'asile, au droit au regroupement familial ainsi que le règlement Dublin II.

La demande de modification du règlement Dublin n'a pas été suivie d'effets⁵. En revanche, les deux autres propositions ont été modifiées en juillet 2002 pour la directive

1 Conclusions de la Présidence, Bull-CE n° 10/1999, pp. 7-15, sp. 8.

2 « Malgré certaines réalisations, (...), les progrès se sont avérés moins rapides et moins substantiels que prévus. Dès lors, une nouvelle approche doit être développée », Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, SN 300/1/O1 REV, paragraphe 38.

3 Conclusions de la Présidence, Agence Europe, n° 8114 du 16 décembre 2001, pp. 7-20, sp. p. 12.

4 Voir DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 60.

5 En effet, il semble que les discussions et les modifications apportées au texte au sein du groupe de travail du Conseil les mois suivant le dépôt de la proposition n'ont pas rendu nécessaire la publication d'une proposition modifiée par la Commission. Sur les points ayant fait l'objet de modifications dans le cadre du groupe de travail du Conseil, voir BRANDL U. « Distribution of Asylum Seekers in Europe ? Dublin II Regulation determining the responsibility for examining an asylum Application » in DIAS URBANO DE SOUZA C. et DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 33-69, sp. 37-38

procédure¹ et dès le mois de mai pour la directive relative au droit au regroupement familial².

Si cette situation démontre que le Conseil européen dispose d'une influence importante sur le travail d'initiative de la Commission, au point d'imposer une refonte du texte, elle soulève deux commentaires dans le cadre spécifique de la politique migratoire. Tout d'abord, l'absence de présentation d'une nouvelle proposition ne constitue pas un obstacle dirimant dans un domaine soumis à la procédure de vote à l'unanimité. En effet, lorsque les Etats membres souhaitent modifier une proposition de la Commission, ils sont toujours habilités à le faire au sein du Conseil pour autant que l'amendement soit adopté à l'unanimité³. Aussi, les modifications apportées par le groupe de travail au sujet de la proposition de règlement Dublin II ont témoigné du caractère subsidiaire du recours à une nouvelle proposition. Ensuite, et plus spécifiquement, le domaine était à l'époque soumis à la règle de l'initiative partagée, ce qui autorisait un Etat membre à présenter lui-même une initiative sur la question. Or, tel n'a pas été le cas. Si le choix des Etats membres de solliciter de nouveau la Commission pouvait avoir pour objectif de ne pas exposer les tensions entre Etats membres⁴, il a néanmoins suscité de fortes interrogations sur les rapports entre les Etats membres et la Commission. L'épisode concernant la proposition de directive relative au droit au regroupement en a constitué une parfaite illustration.

B. Les difficultés liées à l'influence du Conseil européen

La demande de modification par le Conseil européen de la proposition de directive relative au droit au regroupement familial et les questionnements que cette requête a suscités découlent d'un contexte singulier. Schématiquement, la Commission a présenté une première proposition de directive en décembre 1999⁵. A la suite de

1 Proposition modifiée de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, COM(2002) 326 final du 03.07.2002.

2 Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(2002) 225 final du 02.05.2002.

3 Article 250, paragraphe 1, du traité CE « Lorsque, en vertu du présent traité, un acte du Conseil est pris sur proposition de la Commission, le Conseil ne peut prendre un acte constituant amendement de la proposition que statuant à l'unanimité (...) ». En outre, cette procédure est peu efficace dans les domaines dans lesquels la décision du Conseil requiert l'unanimité, « Car celui-ci [l'article 250, paragraphe 1, du traité CE] n'a d'effet utile que dans les domaines où le Conseil vote à la majorité qualifiée : là où l'unanimité est de toute façon la règle, il est indifférent que la Commission puisse l'exiger pour les amendements à sa proposition initiale », PETTIE M. « Avis de temps calme sur l'article 189 A paragraphe 1 : point d'équilibre entre le droit d'initiative de la Commission et le pouvoir décisionnel du Conseil », R.M.U.E. 3/1998, pp. 197-206, sp. 200.

4 Pour une illustration dans le domaine de la coopération pénale, voir en particulier BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter Lang, Bruxelles, 2003, 324 p. sp. 53-55.

5 Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999.

l'avis du Parlement européen sur ce premier texte¹, la Commission a estimé nécessaire de prendre en compte la position de l'institution parlementaire et d'amender sa proposition initiale par l'intermédiaire d'une proposition modifiée². Seulement, cette prise en considération de la position du Parlement européen n'a pas été accueillie favorablement par les Etats membres qui, lors du Conseil européen de Laeken, ont demandé à la Commission d'introduire une proposition modifiée de la proposition modifiée. Répondant à l'invitation des chefs d'Etat et de gouvernement, une troisième proposition de directive a donc été publiée dans les délais impartis par le Conseil européen³.

La situation se présentait de manière ambiguë. D'une part, elle situait la Commission au cœur d'une opposition entre le Parlement européen et les Etats membres et obligeait l'exécutif communautaire à prendre position en faveur de ces derniers. D'autre part, le contexte n'était pas commun dans la mesure où le domaine relevait du champ de l'initiative partagée. Ainsi, et dans la mesure où la troisième proposition devait répondre « aux souhaits de certains Etats membres de contrôler et de limiter l'immigration familiale »⁴, ces derniers étaient juridiquement habilités à présenter une initiative. Or, le ou les Etats membres concernés n'ont pas souhaité déposer d'initiative, préférant en cela se cacher derrière la Commission et perpétuer la tradition du secret attaché aux travaux du Conseil⁵.

L'acceptation par la Commission de présenter une troisième proposition soulève plusieurs commentaires. Tout d'abord, et alors que les Etats membres disposaient du pouvoir d'initiative, la Commission aurait pu refuser toute modification supplémentaire du texte et renvoyer ainsi les Etats à leurs responsabilités en adoptant une initiative correspondant à leurs souhaits. Tel n'a pourtant pas été le cas, alors même que la Commission avait opposé une fin de non recevoir au Conseil européen au sujet de la demande de modification du règlement Dublin II⁶. Ensuite, en répondant à la requête du Conseil européen, la Commission a accepté de se soumettre aux Etats membres et d'abaisser considérablement les standards de protection initialement proposés. Or, en

1 Rapport sur la proposition de directive relative au droit au regroupement familial, A5-0201/2000 du 17 juillet 2000.

2 Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(2000) 624 final, JO C 62 E/99 du 27.02.2001.

3 Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(2002) 225 final du 02.05.2002.

4 URBANO DE SOUZA C. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux » *in* JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 127-139, sp. 129.

5 Sur la question des méthodes de travail au sein du Conseil, voir notamment PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., pp. 200-204.

6 En effet, alors que le Conseil européen de Laeken avait demandé à la Commission de modifier sa proposition concernant le règlement « Dublin II », cette dernière n'a pas jugé opportun de procéder à un tel changement. Au fond, le règlement en question ne constituait qu'une actualisation de la convention portant le même nom.

refusant l'épreuve de force avec les Etats membres, la Commission a ouvert la voie à un recours en annulation introduit par le Parlement européen contre la directive adoptée par le Conseil¹. En conséquence, la Commission s'est trouvée dans une situation paradoxale, celle de savoir si elle « devait ou non soutenir la position du Conseil devant la Cour »². Autrement dit, défendre contre le Parlement européen un texte dont elle ne cautionnait pas le fond. En réalité, l'acceptation par la Commission de modifier sa proposition a résulté d'une option stratégique, d'une mise en perspective, au terme de laquelle il vaut mieux adopter un mauvais texte que pas de texte du tout. En effet, la directive, aussi imparfaite soit-elle, constitue une première étape dans la mise en œuvre de la politique dont l'amélioration doit intervenir tôt ou tard³, conformément à la logique du *spill over effect*⁴.

Cet épisode ne constitue qu'un versant des rapports entre les Etats membres et la Commission au niveau de l'initiative qui se sont en réalité davantage développés sous une forme de collaboration.

II. LA COLLABORATION INITIÉE PAR LE CONSEIL EUROPÉEN EN MATIÈRE D'INITIATIVE

Le souci d'assurer la prédominance des Etats membres dans le schéma institutionnel, et en particulier au niveau de l'initiative, a constitué un trompe l'œil. En effet, les Etats membres, pris individuellement ou collectivement, ne peuvent assumer seuls la mise en œuvre d'une politique au niveau communautaire. Ainsi, le Conseil européen est

1 Recours introduit le 22 décembre 2003 contre le Conseil de l'Union européenne par le Parlement européen, aff. C-540/03, JO C 47/21 du 21.02.2004.

2 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 61.

3 Comme le souligne la Commission dans une communication fixant les orientations en vue de l'adoption du programme de Stockholm, « Le regroupement familial est un des principaux motifs d'immigration et représente une large partie de l'immigration légale. L'Union doit se doter de règles communes pour gérer efficacement l'afflux de migrants bénéficiant du regroupement familial. Tenant compte du faible degré d'harmonisation des législations nationales, une révision de la directive pourrait être envisagée après large consultation. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens », COM(2009) 262 final du 10.06.2009, sp. 26-27. Voir également, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 15.

4 Comme le décrit le Professeur SIMON le phénomène de *spill over* est caractéristique de la construction communautaire dans la mesure où « (...) la mécanique de l'intégration comporte une tendance inhérente au dépassement, par un effet d'entraînement automatique imposant une progression constante ». Par ailleurs, ce phénomène « se double (...) d'un « effet cliquet » qui consacre la sédimentation définitive de l'acquis communautaire », SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 2001, 3^{ème} édition, 779 p., sp. 46 et 108.

amené à solliciter la collaboration de la Commission au niveau de l'approche politique (A) et sur le terrain de l'initiative législative (B).

A. La collaboration politique

Cette forme de collaboration de la Commission a contribué à formaliser la politique en cours de construction et à préparer le champ de l'initiative. Affichée à l'occasion de l'adoption du plan d'action de Vienne¹, dont la Commission a été co-auteur, cette collaboration s'est développée de manière importante dans l'ensemble des domaines de la politique migratoire.

Dès le Conseil européen de Tampere, la Commission était invitée à contribuer à la réflexion relative à l'établissement de la politique d'asile². Les Conseils européens successifs ont démontré une association croissante de la Commission dans l'établissement des politiques. Ainsi, la Commission était expressément associée à la conception de la politique des visas³ ou encore la politique du retour⁴. De manière plus caractéristique, la contribution de la Commission a aussi concerné le volet opérationnel de la politique. A titre d'exemple, le Conseil européen de Laeken a demandé au Conseil et à la Commission « d'étudier les conditions dans lesquelles pourrait être créé

1 Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JO C 19/1 du 23.01.1999.

2 « A terme, les règles communautaires devraient déboucher sur une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile. La Commission est invitée à élaborer une communication dans ce domaine dans un délai d'un an. Le Conseil européen engage le Conseil à intensifier ses efforts en vue d'arriver, sur la question de la protection temporaire des personnes déplacées, à un accord qui repose sur la solidarité entre les Etats membres. Le Conseil européen estime qu'il convient d'envisager de constituer, sous une forme ou sous une autre, une réserve financière destinée à la protection temporaire en cas d'afflux massifs de réfugiés. La Commission est invitée à étudier cette possibilité », Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 10/1999, pp. 7-15, points 15 et 16.

3 Le Conseil européen de Séville de juin 2002 lançait un appel au Conseil et à la Commission afin de « mettre en place, dès que possible, un système commun d'identification des données des visas, à la lumière d'une étude de faisabilité qui sera présentée en mars 2003 et sur la base des orientations du Conseil » avant que le Conseil européen de Thessalonique attribue la réalisation de l'étude de faisabilité à la Commission. Ce dernier « juge nécessaire que soient arrêtées dès que possible, après la réalisation de l'étude de faisabilité sur le VIS par la Commission et afin que les solutions ayant obtenu la préférence puissent être retenues, des orientations concernant la planification du développement du système ». Voir respectivement, Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2002, pp. 8-24, point 30 et Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, point 11.

4 « À cet égard, le Conseil européen invite la Commission à examiner tous les aspects relatifs à la création d'un instrument communautaire distinct destiné à étayer notamment les priorités fixées dans le programme d'action en matière de retour approuvé par le Conseil, et à lui faire rapport avant la fin de 2003 », Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, point 18.

un mécanisme ou des services communs de contrôle des frontières extérieures »¹. Le Conseil de Thessalonique a attribué explicitement cette mission à la seule Commission pour les questions relevant de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures². Ce mouvement était significatif dans la mesure où l'action opérationnelle relevait principalement à cette époque de la compétence des Etats membres³.

Par ailleurs, la Commission a contribué à l'élaboration et la définition de la politique, et partant des éléments déclencheurs de l'initiative, de manière volontaire et sans que les Etats membres aient formulé des réticences vis-à-vis de cette démarche. Ainsi, plusieurs documents de la Commission ont abordé les orientations de la politique en matière de lutte contre l'immigration clandestine⁴, de la gestion des frontières extérieures⁵, de la politique du retour des personnes en séjour irrégulier⁶ et également au regard de leurs interactions⁷. L'intervention de la Commission a été importante dans la mesure où elle a constitué une source d'inspiration importante, voire fidèle, des plans d'actions adoptés par le Conseil dans ces domaines⁸.

-
- 1 Bull-UE n° 12/2001, Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, Conclusions de la présidence, pp. 9-20, point 42.
 - 2 Le Conseil européen a invité la Commission « à examiner en temps utile, sur la base de l'expérience acquise dans le cadre des activités de l'instance commune, s'il est nécessaire de créer de nouveaux mécanismes institutionnels, y compris la création éventuelle d'une structure opérationnelle communautaire, afin de renforcer la coopération opérationnelle en matière de gestion des frontières extérieures », Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, point 14.
 - 3 Ce que rappelait le Commissaire VITORINO au sujet de la coopération policière mais qui était à l'époque valable également pour la mise en œuvre opérationnelle de la politique migratoire, « Étant donné que l'essence de l'activité répressive relève de la compétence nationale des États membres, c'est dans une large mesure au niveau national que l'on sait exactement à quel moment et selon quelles modalités recourir aux forces de police et aux autres services répressifs. Il est donc approprié et justifié que les États membres restent compétents pour proposer et définir la planification opérationnelle et les activités dans ce domaine », Proposition de M. Antonio VITORINO, Commissaire, Membre de la Convention « Vers un traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ? », WG X, WD 14, sp. 25.
 - 4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM(2001) 672 final du 15.11.2001.
 - 5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, COM(2002) 233 final du 07.05.2002.
 - 6 Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 175 final du 10.04.2002 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 564 final du 14.10.2002.
 - 7 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003.
 - 8 Voir notamment, Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, JO C 142/23 du 14.06.2006 ; Plan pour la gestion des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *Doc.* 10019/02 du 14 juin 2002.

Ces invitations ont démontré la faiblesse des Etats membres à concevoir les développements de la politique européenne sans le concours et l'expertise de la Commission.

B. La collaboration normative

La méfiance des Etats membres vis-à-vis de la méthode communautaire n'a pas résisté à l'impératif de l'action. Ainsi, le Conseil européen a progressivement demandé à la Commission de présenter des propositions dans le domaine de la lutte contre l'immigration irrégulière. Une première démarche en ce sens ressortait des conclusions du Conseil européen de Séville. A cette occasion, les chefs d'Etat et de gouvernement ont demandé à la Commission de réexaminer la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et ceux dont les ressortissants en sont exonérés¹. Le mouvement s'est accentué lors du Conseil européen de Thessalonique lorsque la Commission a été invitée à élaborer les propositions appropriées relatives à l'introduction de données biométriques dans les visas² et à présenter « le plus rapidement possible, des propositions sur la refonte du manuel commun »³. Ces invitations témoignaient de la place déterminante de la Commission dans l'évaluation des besoins et le déclenchement de l'action juridique correspondante. Au fond, la collaboration de la Commission attestait d'une certaine difficulté pour les Etats membres à élaborer des règles dans le cadre communautaire.

Ainsi, la Commission européenne en raison de sa capacité d'analyse et de sa pérennité sur le long terme s'est imposée comme un support à la conceptualisation et la mise en œuvre de la politique européenne d'immigration et d'asile. Cette technique a perduré à l'issue de la période de transition comme le domaine sensible de l'immigration légale en attesté⁴.

1 « Le Conseil européen lance un appel au Conseil et à la Commission pour que, dans le cadre de leurs compétences respectives, ils accordent une priorité absolue aux mesures suivantes contenues dans le plan :

- réexaminer avant la fin de l'année la liste des États tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa ou en sont exonérés »

Conseil européen de Séville, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2002, pp. 8-24, paragraphe 30.

2 Conseil européen de Thessalonique, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, point 11.

3 Conseil européen de Thessalonique, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, point 16.

4 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Etude sur les liens entre immigration légale et immigration illégale », COM(2004) 412 final du 04.06.2004 ; Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, COM(2004) 811 final du 11.01.2005 ; Communication de la Commission « Programme d'action relatif à l'immigration légale », COM(2005) 669 final du 21.12.2005 ; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Vers une politique commune en matière d'immigration », COM(2007) 780 final du 05.12.2007 ; Communication de la Commission au Conseil,

L'étude de l'initiative partagée dans le domaine de la politique migratoire démontre que la question de l'initiative en matière communautaire ne se résume pas à l'identification de son détenteur mais porte davantage sur les modalités de sa mise en œuvre et de la collaboration entre les acteurs¹. En définitive, le titre IV du traité CE et la pratique qui en résulte exposent le mécanisme traditionnel d'action dans le système communautaire, à savoir une coopération permanente instituée² ou pragmatique entre les Etats membres, le Conseil et la Commission au niveau de l'initiative. Cette pratique consacre la capacité technique³ et politique de la Commission à animer un domaine pourtant sensible.

Si la présence des Etats membres au niveau de l'initiative constitue une innovation à relativiser tant au fond qu'au regard de la période de transition qui marque la fin de l'initiative partagée, leur action dans le domaine de la décision appelle une approche différente.

SECTION 2. LA DÉCISION

La maîtrise de la phase de décision a constitué une, si ce n'est la, préoccupation majeure des Etats membres. Ils ont donc cherché au cours de la négociation du traité d'Amsterdam mais également après l'entrée en vigueur du traité à verrouiller toutes les étapes de la prise de décision. Cette obstination a concerné les modalités de prise de décision (Sous-section 1), l'encadrement de la prise de décision tant dans les objectifs poursuivis que dans la mise en œuvre de la politique (Sous-section 2) ainsi

au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Une politique commune de l'immigration pour l'Europe : principes, actions et instruments », COM(2008) 359 final du 17.06.2008.

- 1 Il convient de noter que cette réflexion avait été avancée par le Conseil et la Commission avant même l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Ces derniers soulignaient en effet « Ce qui est important n'est pas tant de savoir à qui revient le droit d'initiative, partagé ou non, que la manière dont ce droit est exercé » *in* Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998), JO C 19/1 du 23.1.1999.
- 2 L'article 208 du traité CE indique « Le Conseil peut demander à la Commission de procéder à toutes études qu'il juge opportunes pour la réalisation des objectifs communs et de lui soumettre toutes propositions appropriées »
- 3 Ainsi qu'il a par ailleurs été signifié « Si les auteurs du Traité ont conféré à la Commission le monopole de l'initiative législative, ils ne l'auraient fait que pour assurer une élaboration technique de haute qualité de tout acte normatif à arrêter par le Conseil et non pas pour permettre un veto politique à une action que celui-ci aimerait entreprendre », LENAERTS K. « Commentaire de l'article 152 » *in* CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D. (Sous la direction de) « Traité institue la CEE. Commentaire article par article », ECONOMICA, Paris, 1992, 1648 p., pp. 901-904, sp. 903.

que l'exécution de la décision (Sous-section 3). Cela étant, la prise de décision et la mise en œuvre de la politique ne pouvaient indéfiniment s'exercer sans l'intervention ou le concours de la Commission et du Parlement européen. De modifications en adaptations, le rôle de ces deux institutions s'est progressivement renforcé, procédant ainsi à un rééquilibrage du partage des pouvoirs dans le domaine de la décision.

Sous-section 1. LES MODALITÉS DE PRISE DE DÉCISION

La sensibilité du titre IV du traité CE a profondément marqué l'aménagement de la prise de décision. Au plan de l'organisation interne du Conseil, tout d'abord, dans la mesure où les structures de travail du Conseil ont été augmentées de manière à renforcer le contrôle des Etats sur la mise en œuvre de la compétence communautaire (I). Au plan de la prise de décision ensuite dans la mesure où, à quelques exceptions près, le domaine était soumis à la procédure de vote à l'unanimité. L'attachement des Etats membres à maîtriser la prise de décision n'a cependant pas résisté aux exigences de l'action, qui était en partie entravée par la lourdeur de cette procédure, et a conduit progressivement à modifier la procédure décisionnelle à la faveur de la procédure de codécision (II).

I. L'AMÉNAGEMENT DES TRAVAUX AU SEIN DU CONSEIL

Si le Conseil exerce le « pouvoir législatif »¹ dans la Communauté, en ce qu'il adopte et signe les actes de droit dérivé², il serait erroné de considérer qu'il accomplit ce pouvoir de manière autonome et exclusivement au niveau ministériel. Le Conseil ne constitue pas une chambre d'enregistrement ou de négociation des propositions de la Commission sans travail préparatoire, comme les dispositions du traité le laisseraient penser³. En pratique, le Conseil est composé de groupes de travail⁴ chargés de la préparation et de la négociation des propositions et agissant sous la responsabilité du Comité des représentants permanents (ci-après Coreper)⁵. Cette

1 JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2001, 663 p., sp. 226.

2 Sauf exception des matières soumises à la procédure de codécision.

3 Article 203 du traité CE « Le Conseil est formé par un représentant de chaque Etat membre au niveau ministériel, habilité à engager le gouvernement de cet Etat membre ».

4 Conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement intérieur du Conseil « Des comités ou des groupes de travail peuvent être institués par le Coreper, ou avec son aval, pour l'accomplissement de certaines tâches de préparation ou d'études préalablement définies », Décision du Conseil du 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur, JO L 106/22 du 15.04.2004.

5 Article 207 du traité CE « Un comité composé des représentants permanents des Etats membres a pour tâche de préparer les travaux du Conseil et d'exécuter les mandats qui lui sont confiés par celui-ci. (...) ».

architecture sur trois niveaux – groupes de travail, Coreper, Conseil – prévaut dans le système communautaire¹, exception faite de certains domaines particuliers² tels que l'agriculture³, la politique commerciale⁴ ou encore la PESC⁵. L'architecture classique n'a pas été transposée dans le domaine de la politique migratoire qui est sujette à une multiplication des structures de travail, sources de désorganisation du travail législatif (A). Cette situation a nécessité un effort de coordination technique et politique (B).

A. L'augmentation des structures de travail, source de désorganisation du travail du Conseil

Le développement des compétences de l'Union européenne et la technicité de certains domaines a entraîné la création de comités spécialisés dans les circuits de décision du Conseil. Or, ce phénomène a un impact sur la cohérence du travail dans la mesure où il procède, d'une part, à une autonomisation des sujets par un effet de spécialisation accrue et, d'autre part, à une réorganisation des rapports entre les acteurs qui s'effectue au détriment du Coreper et par conséquent de la cohérence globale des politiques. Ce phénomène a été précisément identifié dans un rapport TRUMPF/PIRIS⁶ qui soulignait la nécessité de rationaliser les travaux au sein du

- 1 Sur ces questions, voir entre autres BERTRAND G. « La prise de décision dans l'Union européenne », La Documentation Française, Collection Réflexe Europe, Paris, 1998, 155 p. ; JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2001, 663 p. ; SAURON J.-L. « Cours d'institutions européennes. Le puzzle européen », Gualino éditeur, Paris, 2000, 400 p.
- 2 Entre autres, DOUTRIAUX Y. et LEQUESNE C. « Les institutions de l'Union européenne », 4^{ème} édition, La Documentation Française, Collection Réflexe Europe, Paris, 2001, 179 p., sp. 38.
- 3 Sur la particularité du processus décisionnel en matière agricole, voir notamment SNYDER F. « Droit de la politique agricole commune », ECONOMICA, Paris, 1987, 241 p., sp. 51 et s.
- 4 « Le comité dit de l'article 133 soumet ses rapports au comité des représentants permanents, lequel saisit à son tour le Conseil des ministres. Ce comité est également désigné par le Conseil pour assister la Commission lorsqu'elle négocie des accords internationaux en matière commerciale, comme les négociations de l'Organisation mondiale du commerce », BERTRAND G. « La prise de décision dans l'Union européenne », La Documentation Française, Collection Réflexe Europe, Paris, 1998, 155 p., sp. 72.
- 5 Pour une articulation des structures de travail particulières à la PESC, voir « Guide du Conseil – Manuel de la présidence », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, OPOCE, Luxembourg, 2001, 154 p., sp. 55-62.
- 6 « (...) le rôle du Coreper est irremplaçable pour assurer la cohérence et la continuité des actions de l'Union. (...) Déjà, en pratique, on doit constater que le rôle de coordination du Coreper a commencé à s'affaiblir au cours de ces dernières années. D'une part, du fait de l'accroissement des domaines de compétence de l'Union, le Coreper n'est plus à même de tout faire. D'autre part et surtout, la spécificité, voire la technicité de certains des domaines de compétence de l'Union, a entraîné l'émergence et la montée en puissance de comités spécialisés à haut niveau. Les membres de ces comités, hautement compétents, tendent tout naturellement à s'adresser directement à « leur » ministre, avec lesquels ils travaillent quotidiennement au plan national. (...) L'efficacité de la plupart de ces filières de préparation est incontestable. Cependant, un esprit de corps, voire de club, s'est parfois créé. Les différentes formations du Conseil et leurs instances spécialisées constituent autant de « filières » largement autonomes. Celles-ci, qui ont leurs correspondants directs à la Commission et dont le secrétariat est assuré par des services spécialisés du Secrétariat général du Conseil, sont jalouses de leurs « attributions ». Les membres des comités « verticaux » ont tendance à considérer les membres du Coreper comme des représentants des

Conseil notamment en limitant le nombre de structures de négociation. A l'inverse de ces préconisations, le domaine de la politique migratoire entretient et accentue ce phénomène, d'une part, par l'institutionnalisation d'un comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (1) et, d'autre part, par l'intervention dans le circuit de décision de membres des représentations nationales opérant de manière *ad hoc* sous l'appellation de conseillers JAI (2).

1. Le comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile

Le traitement des questions JAI sous l'empire du traité de Maastricht avait, sous couvert de nouveauté, consacré l'apparition d'un comité de coordination dont le fondement juridique se situait dans l'article K. 4 du traité UE. Dénommé « Comité K.4 », il contribuait à la préparation et la coordination des travaux et formulait un avis directement au Conseil des ministres pour les « questions d'intérêt commun » relevant de l'article K. 1 du traité UE¹. La communautarisation des politiques relatives au droit civil et à la politique migratoire plaidait pour la disparition de ce comité et un retour à la logique communautaire classique établie sur trois niveaux de négociation, le Conseil, le Coreper et les groupes de travail.

Tel n'a pas été le cas. Si la continuité de l'architecture décisionnelle du troisième pilier est assurée, en rebaptisant le « comité K.4 » en « comité de l'article 36 »² du fait de la renumérotation des traités, des structures équivalentes sont créées dans le cadre du titre IV du traité CE sous la pression de certaines administrations nationales « soucieuses de conserver le contrôle de la négociation »³. Ainsi, deux comités intermédiaires sont institués entre les groupes d'experts et le Coreper, le « comité droit civil » pour les

seuls ministres des affaires étrangères. Ils ne sont pas toujours convaincus que le Coreper puisse apporter une valeur ajoutée à leurs travaux. L'autonomie de ces filières, qui s'est rapidement accentuée depuis quelques années, peut porter atteinte à la coordination des travaux et à la cohérence des politiques de l'Union. En outre, certains dossiers, de par leur nature « multidisciplinaire », s'accommodent mal de ce système de filières autonomes : les problèmes du monde contemporain ne connaissent pas les limites entre « piliers » ou « filières ». (...) Il en résulte que certains sujets touchant des domaines relevant de filières différentes ne sont pas traités suffisamment. (...) La règle fondamentale selon laquelle toutes les décisions, avant d'être adoptées par le Conseil, doivent transiter via le Coreper, n'est pas toujours respectée. (...) En fait, les attributions respectives des comités à haut niveau n'ont jamais été délimitées et cette absence de délimitation est source de frictions. » *in* rapport sur « Le fonctionnement du Conseil dans la perspective de l'Union élargie », rapport dit « TRUMPF/PIRIS », 1999, 55 p., sp. 32-33, rapport non publié.

- 1 Sur ce point, voir MONAR J. « The Evolving Role of the Union Institutions in the Framework of the Third Pillar » *in* MONAR J. & MORGAN R. « The Third Pillar of the European Union. Cooperation in the field of justice and home affairs », College of Europe, European Interuniversity Press, Brussels, 1994, 245 p., pp. 69-83, sp. 80-81 ; BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 46.
- 2 Pour une brève présentation, voir « Guide du Conseil – Manuel de la présidence », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, OPOCE, Luxembourg, 2001, 154 p., sp. 63.
- 3 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 151.

matières relevant de la coopération en matière civile¹ et le « comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile » (ci-après CSIFA) pour les matières relevant de l'asile et de l'immigration.

Composé de hauts fonctionnaires principalement issus des ministères de l'Intérieur nationaux, le CSIFA était initialement institué pour la période de transition de cinq ans mais a continué à exercer ses activités après le 1^{er} mai 2004. Une note de la présidence adoptée en 2000 précisait ses missions². Une première mission relevait d'une action technique d'organisation, de coordination et d'orientation des travaux des groupes de travail. A cette fin, le CSIFA devait « résoudre les questions restées en suspens, notamment en définissant des solutions de remplacement et en élaborant des exposés qui permettent au Coreper de prendre des décisions »³. La seconde mission était politique et portait sur la détermination de la stratégie à mettre en œuvre en matière migratoire⁴. Le comité devait notamment assurer la coordination entre la stratégie communautaire et la stratégie poursuivie par les Etats membres⁵.

En pratique, la création du SCIFA n'a pas atteint les résultats escomptés. Censé agir comme une sorte de Coreper III, son manque de vision politique a réduit son action à celle d'un groupe de travail de haut niveau⁶. De fait, les difficultés inhérentes à la multiplication des structures de travail n'ont pas été résolues puisque le SCIFA a surtout contribué à alourdir le processus.

2. *Les conseillers JAI*

Une « structure informelle »⁷ a gravité dans le circuit préparatoire du Conseil sous des appellations variées de « conseillers » ou encore « d'attachés » JAI. Initiée sous la coopération intergouvernementale de Maastricht, elle avait pour tâche essentielle d'intervenir « à tous les stades de la procédure de négociation, pour « déminer les

1 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 151.

2 Note de la présidence « Rôle et activités du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile », *Doc. 6370/00* du 22 février 2000.

3 « Ces problèmes [d'ordre technique] doivent uniquement être soumis au CSIFA, avec les éclaircissements nécessaires ainsi que le cas échéant des notes explicatives, lorsque tout a été fait pour trouver une solution technique dans le cadre des groupes » (souligné par nous).

4 La note de la présidence indiquait que le SCIFA « contribue, comme son nom l'indique, à la concrétisation d'une approche stratégique de l'Union européenne en matière d'asile, d'immigration et de frontières », Note de la présidence « Rôle et activités du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile », *Doc. 6370/00* du 22 février 2000.

5 La note de la présidence précisait que « le CSIFA peut également jouer le rôle de transmission pour la stratégie politique qui est définie que se soit au niveau du Conseil JAI ou du fait du lien étroit avec les capitales respectives que les fonctionnaires membres de ce Comité doivent représenter », Note de la présidence « Rôle et activités du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile », *Doc. 6370/00* du 22 février 2000.

6 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 223.

7 BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 46.

points de contentieux »¹ afin d'aboutir aux résultats souhaités par les Etats membres. A l'issue de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, son existence était maintenue dans le troisième pilier mais également dans le pilier communautaire pour les matières relevant de l'immigration et de l'asile.

Les conseillers JAI sont des fonctionnaires nationaux employés par les représentations permanentes des Etats membres ayant pour mission principale de tenir la représentation permanente informée des travaux réalisés au sein du Conseil, essentiellement au niveau du Coreper ou du Conseil. Cela étant, les conseillers JAI peuvent être amenés à se réunir et à siéger à tout moment dans le cadre des travaux du Conseil. Ainsi, les documents du Conseil démontrent que la saisine des « conseillers JAI » s'est opérée en aval² aussi bien qu'en amont³ de l'examen d'un texte par le CSIFA. En pratique, et en raison de leur localisation permanente à Bruxelles, les conseillers JAI se réunissent pour examiner et « déminer » des points spécifiques relatifs à des documents déjà transmis au Coreper ou au Conseil quand il est impossible d'organiser pour des raisons de temps la réunion d'un groupe de travail ou du SCIFA⁴. Fonctionnant comme un groupe, voire un « club »⁵, leur action dans le travail législatif en matière migratoire a été « fondamentale »⁶.

La démultiplication des acteurs intervenant dans le processus de négociation a imposé une intensification de l'action de coordination.

B. La coordination des travaux du Conseil

La démultiplication des enceintes de négociation, à l'intérieur desquelles le consensus technique et politique est une condition minimale pour atteindre le niveau supérieur, réclame une coordination des travaux préparatoires. Cette dernière a principalement été assurée par la présidence en exercice (1) et le secrétariat général du Conseil (2). Cet effort de coordination n'est pas toujours parvenu à dépasser les clivages matériels (3).

1 FLORE D. « Une justice pénale européenne après Amsterdam », J.T.D.E., n° 60, juin 1999, pp. 121-129, sp. 127.

2 Voir par exemple, note de la présidence au CSIFA relative au projet de conclusions du Conseil sur les frontières extérieures et la lutte contre l'immigration illégale, *Doc.* 14277/1/02.

3 Voir par exemple, note du secrétariat général au Coreper relative au projet de décision du Conseil fixant les indications minimales à faire figurer sur les panneaux situés aux points de passages des frontières extérieures, *Doc.* 5768/1/04.

4 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 224.

5 Entretien privé avec un membre de la représentation permanente française.

6 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 224.

1. *Le rôle de la présidence*

C'est à la présidence qu'il appartient sur la base de son programme de faire avancer les travaux au sein du Conseil. Durant les six mois d'exercice¹, l'Etat qui exerce la présidence a pour tâche de présider « tous les Conseils, mais aussi le Coreper, les groupes de travail et tous les organes intergouvernementaux »². Le fait de présider les différentes structures de travail ne constituerait en soi qu'une simple tâche administrative si ce n'est que la présidence est devenue une véritable mission pesant sur les Etats membres et à l'aune de laquelle leur action est jugée³. Ainsi « toute présidence requiert désormais de la part de l'Etat membre qui en a la charge le suivi de la progression des dossiers au sein du Conseil, la confection de compromis, la suggestion d'initiatives, l'établissement d'un dialogue avec les autres institutions communautaires et la représentation de la Communauté sur la scène internationale »⁴. En réalité, le rôle de la présidence s'est largement étoffé et s'assimile aujourd'hui à une activité fondamentale pour l'Etat membre qui en assume la responsabilité⁵. Par l'établissement d'un programme de travail préalable à sa prise de fonction et la définition d'un calendrier des multiples réunions, la présidence marque de son empreinte les 6 mois de son mandat. Elle doit par ailleurs démontrer sa capacité politique à démêler les écueils de la négociation afin de faire accéder les propositions normatives à l'étape supérieure, voire à l'adoption formelle⁶.

L'augmentation des échelons préparatoires en matière migratoire a rendu la tâche de la présidence plus complexe encore. Si l'on ajoute à cela la nécessité de prendre des décisions dans un délai imparti à l'issue de l'entrée en vigueur du traité, le rôle de la présidence dans l'articulation des travaux a présenté un caractère décisif. En pratique, l'exercice de la présidence requiert l'aménagement d'un subtil équilibre entre

1 Article 203, alinéa 2, du traité CE « La présidence est exercée à tour de rôle par chaque Etat membre du Conseil pour une durée de six mois selon un ordre fixé par le Conseil statuant à l'unanimité ».

2 SAURON J.-L. « Cours d'institutions européennes. Le puzzle européen », Gualino éditeur, Paris, 2000, 400 p, sp. 207.

3 « (...) la Présidence assume un rôle matériel de coordination et d'organisation des travaux. Elle assure pendant six mois, la présidence de deux ou trois sessions du Conseil européen et d'environ 45 sessions du Conseil, 60 réunions du Coreper et 1400 réunions des comités et groupes de travail » *in* rapport sur « Le fonctionnement du Conseil dans la perspective de l'Union élargie », rapport dit « TRUMPF/PIRIS », 1999, non publié.

4 LEQUESNE C. « L'appareil politico-administratif central de la France et la Communauté européenne » *in* CONSTANTINESCO V. « Le Conseil des ministres et le Comité des représentants permanents », *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 220.

5 Sur cette mutation progressive de la présidence, Paolo PONZANO ne manque pas de souligner ce basculement lorsqu'il indique « Il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'actuellement le gouvernement du pays qui exerce la Présidence du Conseil reçoit la Commission en vue de fixer les priorités du semestre, alors que par le passé, la Commission recevait elle-même le futur Président du Conseil en lui remettant un document avec ses propres priorités », PONZANO P. « Le processus de décision dans l'Union européenne », R.D.U.E. 1/2002, pp. 35-52, sp. 50, note de bas de page n° 33.

6 A l'inverse, une mauvaise préparation des dossiers et de la négociation peut avoir un effet négatif sur l'état d'avancement d'un texte. Ainsi, « bien souvent, un projet « remonté » trop vite à un étage supérieur engendre des difficultés qui le feront « redescendre » à l'étage inférieur », BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter Lang, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 203.

la nécessité d'atteindre les objectifs communautaires et le maintien ou la conservation des impératifs nationaux. Le succès de cet équilibre passant parfois par le sacrifice de la position nationale au bénéfice de l'approche communautaire¹. Cette situation s'est précisément illustrée sous la présidence grecque qui a abandonné plusieurs réserves nationales afin d'aboutir à un compromis².

Résumer l'action préparatoire du Conseil à la seule action de la présidence est incomplet. En effet, et hormis le jeu de la troïka, la présidence est soutenue dans son action par le secrétariat général du Conseil dont le rôle est essentiel.

2. *Le rôle du secrétariat général du Conseil*

Le secrétariat général de l'Union européenne est un organe indispensable de l'organisation et de l'articulation du travail du Conseil³. Aussi, la démultiplication des structures de travail n'implique pas seulement l'augmentation de la capacité administrative du secrétariat général mais requiert le développement de son expertise politique⁴.

Loin de constituer une administration au sens strict et usuel du terme, le secrétariat général s'analyse comme un allié de la présidence. D'une part, le secrétariat général constitue la « mémoire » de l'ensemble des travaux réalisés dans les domaines communautaires. D'autre part, il assure la continuité des travaux entre les présidences successives, notamment sur le plan de l'organisation des réunions de travail. Enfin, et surtout, le secrétariat général du Conseil exerce une fonction « officieuse » de conseiller de la présidence.

Cette dernière fonction, dont la publicité est le plus souvent passée sous silence par les Etats membres, est décisive. Elle se développe à tous les niveaux de préparation par le biais de réunions préparatoires précédant les sessions formelles des groupes de travail, du Coreper et du Conseil. Lors de ces deux dernières étapes, le secrétariat général est convié, la veille, à une réunion avec la présidence visant à déterminer les points inscrits à l'ordre du jour et surtout à déterminer les stratégies politiques à adopter en fonction

1 « La présidence rencontrera d'autant plus de succès dans sa tâche qu'elle saura faire preuve de neutralité et sera parfois capable de sacrifier certaines positions de sa délégation à la recherche d'un compromis largement acceptable », JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2001, 663 p., sp. 242.

2 Voir, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 209.

3 Article 23, paragraphe 3, du règlement intérieur du Conseil « Le secrétariat général est associé étroitement et en permanence à l'organisation, à la coordination et au contrôle de la cohérence des travaux du Conseil et à la mise en œuvre de son programme annuel. Sous la responsabilité et la direction de la présidence, il assiste celle-ci dans la recherche de solutions », Décision du Conseil du 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur, JO L 106/22 du 15.04.2004.

4 Au sujet de l'impact du rôle du secrétariat général du Conseil de l'Union européenne en matière JAI, voir Voir, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 212-214 ; PASCOU Y. « Le secrétariat général de l'Union européenne. Etude sur l'influence croissante d'un organe communautaire », Mémoire de DEA, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2000.

de la sensibilité des questions soulevées et des positions des délégations nationales. Cette tâche est notamment endossée par les fonctionnaires qui suivent les sujets en question et des membres du service juridique assurant ainsi une assistance tant sur le plan technique que politique. En outre, le secrétariat général entretient une relation privilégiée, voire « secrète », avec la présidence, pour laquelle il rédige des notes à tous les stades de la préparation. Ces notes reprennent les informations disponibles sur l'état des dossiers, le rappel des principaux éléments de fond, de droit et de procédure et de tactiques qui sont utiles à la présidence pour la conduite stratégique des réunions pour atteindre le consensus¹. En réalité, le secrétariat général est un conseiller exclusif de la présidence. Cette maîtrise organisationnelle et stratégique de la phase préparatoire a constitué un élément décisif dans l'articulation des travaux du Conseil, notamment dans la mise en œuvre du titre IV du traité CE.

Enfin, au niveau du Conseil des ministres, la présidence bénéficie de pouvoirs importants² et notamment celui d'introduire une contribution spécifique lors du Conseil, généralement sous forme de compromis, afin de faire avancer les travaux. Dans l'exercice de ce pouvoir exclusif de la présidence, le secrétariat général joue un rôle prépondérant dans la mesure où il l'assiste dans la rédaction de cette contribution qui peut conduire à faire avancer les dossiers.

L'action de coordination de la présidence et du secrétariat général du Conseil³ est capitale. Elle peut toutefois se révéler inefficace lorsque le texte discuté couvre plusieurs domaines matériels et se heurte à un refus politique.

3. Une coordination insuffisante

Malgré la présence de structures devant assurer la coordination au sein du Conseil, la coordination des travaux relatifs à la politique migratoire est demeurée problématique

1 « (...) one of the central factor that facilitate the achievement of consensus lies in documents, *prima facie* neutral, such as the outcomes of proceedings that are prepared by the Secretariat or the Notes prepared by the Presidency in collaboration with the Secretariat, to be forwarded to the next level of decision-making. Even if these documents are in principle neutral, since by all accounts they summarize the outcomes of discussions, it is worth highlighting that the way that discussions are summarized and a national position is presented can be decisive. They can have a positive or negative effect on the negotiating position of the Member State concerned. They can either put pressure on a certain delegation or promote a specific position. For example, providing detailed explanations of a national position might prove extremely helpful for clarifying certain points that the national delegate has not been able to explain orally. On the other hand stating that the vast majority of delegations are contrary to a particular national position, mentioning the efforts and any eventual previous compromise proposals submitted by the Presidency in order to reach consensus on the point, quite often put the delegation concerned in a rather awkward and isolated position. (...) », PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 226.

2 Article 20 du règlement intérieur du Conseil, Décision du Conseil du 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur, JO L 106/22 du 15.04.2004.

3 Voir, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 212.

en raison principalement de l'étendue du domaine couvert. Deux éléments illustrent ce problème.

Tout d'abord, la politique migratoire ne se réduit pas à une approche sécuritaire des mouvements de personnes, basée sur les contrôles frontaliers ou la gestion de l'immigration illégale, mais concerne également l'ensemble des droits et obligations dont sont destinataires les ressortissants de pays pour assurer leur intégration dans les sociétés d'accueil. Cette spécificité pose des problèmes d'organisation. Au plan national, il existe fréquemment une division des attributions entre ministères et par conséquent une rupture dans la cohérence de la politique. Ainsi, et généralement, le ministre de l'Intérieur assume la responsabilité de la politique d'asile et d'immigration pendant que le ministre des Affaires sociales exerce sa compétence pour les domaines relevant du séjour des ressortissants de pays tiers, qu'il s'agisse de l'égalité de traitement, de l'accès aux prestations sociales ou encore de l'accès au marché de l'emploi. Si le ministre de l'Intérieur n'est pas compétent pour intervenir dans le champ des affaires sociales, le ministre des affaires sociales ne peut intervenir par exemple dans l'établissement de la politique de lutte contre l'immigration illégale. Cette distinction se retrouve dans les structures du travail du Conseil. En effet, le Coreper comprend deux composantes, le Coreper I en charge de la préparation des Conseils JAI et le Coreper II responsable du Conseil « Emploi et politique sociale »¹. Dans ce contexte, la préparation et la coordination des sessions du Conseil par le Coreper² sur un texte ayant une portée transversale apparaît difficile. A titre d'exemple, quelle formation du Conseil, et partant du Coreper, doit être compétente pour assurer la négociation d'une proposition de directive fondée sur le titre IV du traité CE et portant sur l'accès des ressortissants de pays tiers aux activités économiques³ ? Face à un texte ayant une portée transversale, seul le Conseil Affaires générales et relations extérieures peut assumer la coordination des travaux⁴. Cependant, et en pratique, les textes présentés sur le fondement du titre IV du traité CE relèvent de la responsabilité du Conseil JAI. Si la Commission a tenu compte du caractère transversal de la matière et créé à partir du second semestre 2006 un groupe des commissaires européens dont les compétences sont liées aux migrations

1 Sur la répartition des tâches entre le Coreper I et II, voir « Guide du Conseil – Manuel de la présidence », Conseil de l'Union européenne, secrétariat général, OPOCE, Luxembourg, 2001, 154 p. sp. 21.

2 Il est à ce titre « à même de porter une attention particulière à tous les problèmes horizontaux », JACQUE J.-P. « Affaires intérieures et justice. Quelques réflexions », R.M.U.E. n° 3/1995, pp. 279-286, sp. 282.

3 Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante », COM(2001) 386 final du 11.07.2001.

4 Au terme de l'article 2, paragraphe 2 du règlement intérieur du Conseil « Le Conseil « Affaires générales et relations extérieures » couvre les principaux domaines d'activités mentionnés ci-après, pour lesquels il tient des sessions distinctes, avec des ordres du jour séparés et éventuellement à des dates différentes, consacrés respectivement :

a) à la préparation et au suivi des réunions du Conseil européen, y compris à la coordination nécessaire de tous les travaux préparatoires, à la coordination générale des politiques, aux questions institutionnelles et administratives, aux dossiers horizontaux affectant plusieurs politiques de l'Union, ainsi qu'à tout dossier transmis au Conseil européen, en tenant compte des règles de fonctionnement de l'Union économique et monétaire », Décision du Conseil du 22 mars portant adoption de son règlement intérieur, JO L 106/22 du 15.04.2004 (souligné par nous).

afin de doter la politique d'une approche globale¹, une telle démarche ne semble pas avoir pris corps au Conseil et peut poser des problèmes de coordination.

En second lieu, la politique migratoire ne se réduit pas à l'action interne mais implique également une action extérieure. Sur ce terrain, les structures de travail du Conseil marquent à nouveau un problème de coordination et d'identification des acteurs compétents. En effet, si le Comité stratégique immigration, frontières et asile a pour mission de coordonner les travaux du Conseil dans le domaine de la politique migratoire, il existe dans le cadre du Conseil Affaire générale et relations extérieures un Groupe de Haut Niveau Asile et Migration dont le mandat « consiste à introduire une approche pluridisciplinaire dans les relations avec les pays tiers »². Si les risques de chevauchements entre les deux structures ont été écartés par la note de la présidence définissant le rôle du CSIFA³, le problème d'une coordination globale de la politique migratoire demeure étant donné que ces structures exercent sous la responsabilité de Conseils différents⁴.

La communautarisation de la politique migratoire a été accompagnée de l'introduction dans le pilier communautaire de méthodes développées dans le cadre de la coopération intergouvernementale. Ainsi, la démultiplication des structures de travail au sein du Conseil a imposé une coordination plus importante des travaux, par l'intermédiaire de la présidence ou du secrétariat général du Conseil. Par ailleurs, la spécificité de la politique migratoire et l'étendue de son domaine imposent une réflexion plus large en termes de coordination qui implique la détermination d'une structure administrative « chef de file » qui couvrirait l'ensemble de la matière, à l'intérieur même du pilier communautaire mais également dans sa dimension transpilier. Or, il ne semble pas qu'un tel mouvement ait été développé afin de rendre la coordination des travaux du Conseil plus efficiente.

1 Cette structure informelle autrement appelée « Task Force on Immigration » est coordonnée par le Commissaire en charge de la DG JLS et composée des commissaires responsables du développement, des relations extérieures, de l'emploi, de la formation, de la politique régionale, des affaires économiques et monétaires, de la santé et de la protection des consommateurs.

2 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 151.

3 « En ce qui concerne les relations du CSIFA avec le Groupe de haut niveau « Asile et migration », les participants ont estimé que les mandats des deux instances sont bien différenciés, puisque le Groupe de haut niveau consiste en une structure interpiliers dont les objectifs, les méthodes et le fonctionnement sont distincts de ceux du CSIFA, malgré leur intérêt commun pour certaines des matières traitées », Note de la présidence « Rôle et activités du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile », *Doc. 6370/00* du 22 février 2000, sp. 2.

4 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 222.

II. LA PRISE DE DÉCISION AU NIVEAU DU CONSEIL

La communautarisation des questions migratoires constitue un pas décisif que les Etats membres n'ont accepté de franchir qu'à la condition de conserver la maîtrise de la prise de décision par le maintien de la procédure de vote à l'unanimité, laissant ainsi perdurer dans le cadre communautaire un élément de la méthode intergouvernementale¹ (A). Le développement de la politique et l'élargissement de l'Union européenne plaident néanmoins pour un abandon progressif de cette procédure au bénéfice de la codécision et du vote à la majorité qualifiée (B).

A. Le maintien du vote à l'unanimité par le traité d'Amsterdam

La règle de l'unanimité a été consacrée dans la quasi-totalité des domaines couverts par le titre IV du traité CE durant une période de cinq années (1). Procédure conférant un droit de veto à chaque Etat membre, elle constitue en théorie une arme de blocage du processus de décision. La première phase de mise en œuvre de la politique a démontré que si la règle de l'unanimité n'a pas été utilisée afin de bloquer l'adoption de règles communautaires, elle a en revanche permis aux Etats membres d'influencer le contenu des règles adoptées (2).

1. Les conditions d'exercice de l'unanimité

L'article 67 du traité CE fait du vote à l'unanimité la règle d'adoption des actes en matière migratoire, exception faite de deux domaines qui ont préalablement été communautarisés par le traité de Maastricht². L'attachement des Etats membres à ne pas être dépossédés de leurs prérogatives en la matière au profit de la Communauté commandait l'adoption d'un tel dispositif. En revanche, il n'a pas vocation à perdurer et doit, à l'issue d'une période probatoire de cinq ans, laisser place à la procédure de codécision et au vote à la majorité qualifiée. Soit de manière automatique, conformément à l'article 67, paragraphe 3, du traité³, soit par le biais d'une décision du Conseil prise à l'unanimité, en application de l'article 67, paragraphe 2, second tiret. Ainsi, le traité d'Amsterdam a prévu la modification de la procédure de décision, sans qu'il soit besoin de recourir à une modification ultérieure du traité. Cette procédure de modification des modalités de prise de décision au sein du Conseil a toutefois impliqué

1 Voir à ce sujet, LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 813-881, sp. 860.

2 Exception faite des domaines qui avaient fait l'objet d'une communautarisation préalable par le traité de Maastricht à savoir la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou exemptés de l'obligation de visa (article 62, point 2) b) i) et le modèle type de visa (article 62, point 2) b) i).

3 Pour ce qui concerne les procédures et conditions de délivrance des visas par les Etats membres (article 62, point 2, b), ii) et les règles en matière de visa uniforme (article 62, point 2, b), iv).

l'adaptation de certains systèmes nationaux afin de pouvoir procéder à la ratification du traité d'Amsterdam¹.

Si la procédure de vote à l'unanimité ne constitue pas l'apanage exclusif des matières relevant du titre IV du traité CE, les modalités de prise de décision du Conseil ont en revanche été aménagées afin de tenir compte de la sensibilité de la matière. Ainsi, la présidence ne procède pas à l'adoption de l'ordre du jour en fonction des points A ou B². Elle constate tout d'abord qu'un accord de fond accompagne le projet et ne considère le texte comme approuvé que lorsqu'un compromis est accepté par toutes les délégations. Cette procédure implique que les textes présentés fassent toujours l'objet d'une discussion au sein du Conseil, même dans les cas où les groupes de travail et le Coreper se sont mis d'accord sur l'ensemble du texte. Ce n'est qu'après cet accord final que le texte est inscrit en point A de l'ordre du jour du Conseil JAI ou d'une autre formation³. Si cette procédure témoigne de la volonté des Etats membres de marquer les engagements au plus haut niveau, elle est surtout un signe de la sensibilité du domaine et de la fragilité des accords obtenus, davantage d'ailleurs qu'une démonstration de l'unicité du Conseil⁴. Ainsi, l'inscription d'un texte en point A d'une autre formation

1 Ainsi, le Conseil constitutionnel français, dans une décision du 31 décembre 1997, considère que l'abandon du vote à l'unanimité après la période de transition constitue une affectation des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » nécessitant la révision de la Constitution afin de pouvoir ratifier le traité. Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, Paris, 1997, pp. 344-352.

2 « Les points A sont ceux au sujet desquels il y a accord entre les Etats membres ainsi qu'entre ces Etats et la Commission. Les points A sont adoptés en bloc, sans débat, puisqu'ils ne posent pas de difficulté (ils sont uniquement discutés par les chefs de cabinet des commissaires). Les points B sont ceux au sujet desquels il y a un désaccord entre les Etats membres au sein du COREPER, ou désaccord entre les Etats membres et la Commission. Les points B font donc l'objet d'un débat au sein du Conseil, puisqu'ils posent encore des difficultés », FAVRET J.-M. « Droit et pratique de l'Union européenne », Gualino Editeur, Paris, 2005, 5^{ème} édition, 678 p., sp. 122.

3 Sur cette procédure particulière, voir BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 42-43.

4 Au terme de l'article 203 du traité CE, le Conseil est une institution unique formée des représentants des Etats membres habilités à engager leur gouvernement. Initialement, le Conseil des ministres était spécifiquement composé des ministres des affaires étrangères des Etats membres qui avaient pour charge de mettre en œuvre le traité de Rome. La spécialisation croissante des activités de la Communauté et l'élargissement progressif de ses compétences a conduit à une inflation de formations spécialisées qui ont progressivement pris une importance significative dans l'organisation de la décision. Si le Conseil « Affaires générales et relations extérieures » continue d'être considéré comme la formation centrale des travaux du Conseil, cette institution est en réalité composée d'une myriade de formations. Cette forme abstraite du Conseil, sa prétendue unicité entraînent sur le plan juridique une conséquence non négligeable. Puisque au fond, il n'existe pas de règles précises organisant clairement le fonctionnement interne du Conseil, notamment quant à la désignation des formations spécialisées compétentes pour traiter des questions soumises à cette institution, il faut en conclure que c'est le Conseil pris dans son acception abstraite qui est compétent. Il en résulte que les différentes composantes du Conseil ne sont pas les dépositaires exclusifs de domaines matériels identifiés. Cela implique, par exemple, que dans le domaine migratoire les actes proposés ou présentés peuvent être adoptés par les ministres de l'Intérieur et de la justice mais également par d'autres formations. Et inversement, les ministres JAI sont habilités à adopter des actes dans d'autres domaines que ceux délimités par le titre IV du traité CE ou VI du traité UE. Sur ce point, voir notamment JACQUE J.-P. « Affaires intérieures et justice. Quelques réflexions »,

du Conseil a constitué une technique permettant de ne pas rouvrir la discussion sur un texte dont l'accord a été obtenu avec difficulté, évitant ainsi qu'il soit remis en cause¹. De manière significative, certaines directives jugées sensibles ou importantes ont été formellement adoptées par d'autres formations du Conseil².

Procédure de principe au cours de la période de transition, la procédure de vote à l'unanimité constituait *a priori* un obstacle à la prise de décision, reste à savoir quelle a été l'influence de cette procédure en matière migratoire.

2. Les effets de la procédure de vote à l'unanimité

Si le principe de vote à l'unanimité ne constituait pas une démarche insurmontable aux commencements de la Communauté³, les élargissements et approfondissements successifs de l'Union ont contribué à faire de cette procédure un véritable élément de blocage politique⁴ au point que « l'histoire a démontré que l'unanimité est un facteur de ralentissement – voire de paralysie – pour la mise en œuvre des objectifs du traité »⁵. La généralisation de cette procédure à la quasi-totalité des domaines de la politique migratoire laissait planer un doute sur la mise en œuvre effective de la compétence.

L'hypothèse de l'effet paralysant ou dilatoire⁶ de l'unanimité dans le domaine de la politique migratoire n'était pas envisageable dans la mesure où le traité établissait, sauf exception⁷, une période transitoire de cinq ans mettant les institutions communautaires

R.M.U.E. n° 3/1995, pp. 279-286, sp. 282, et plus généralement MESTRE C. « Conseil des ministres », Répertoire communautaire Dalloz.

- 1 Voir à ce sujet, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 229.
- 2 Tel est le cas par exemple de la directive relative au droit au regroupement familial adoptée par le Conseil « compétitivité » du 22 septembre 2003 ou encore de la directive résidents de longue durée adoptée par le Conseil Affaires économiques et financières du 25 novembre 2003.
- 3 Voir en ce sens, CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à la nature juridique des Communautés », L.G.D.J., Paris, 1974, 492 p., sp. 366 et s.
- 4 « Tout Etat, en bénéficiant d'un droit de veto, peut s'opposer à l'action de tous. Un seul d'entre eux est donc capable de bloquer la construction européenne », BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 204.
- 5 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 134.
- 6 La procédure de vote à l'unanimité a effectivement joué un rôle dilatoire important dans certaines politiques. Comme le souligne un auteur « Tout le monde reconnaît également que cette pratique, en dépit de quelques tentatives isolées d'y mettre fin, a provoqué en premier lieu, un ralentissement considérable du processus législatif. Il suffit de songer au fait qu'il a fallu 20 ans au Conseil pour statuer sur les poids et dimensions des camions, 18 ans pour réaliser la reconnaissance des diplômes des architectes et 16 ans pour celle des pharmaciens », PONZANO P. « Le processus de décision dans l'Union européenne », R.D.U.E. 1/2002, pp. 35-52, sp. 41.
- 7 Le dernier alinéa de l'article 63 prévoit que plusieurs domaines sont exclus de l'obligation d'adopter des mesures dans les cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Il s'agit des mesures dans les domaines suivants :

sous la pression de l'action¹. Ainsi contraints à l'action, les Etats membres ont mis en œuvre le programme établi par le traité si bien que quantitativement, le bilan de l'action depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam « est assez impressionnant »². En revanche, l'évaluation qualitative démontre que la procédure de vote à l'unanimité, si elle n'a pas bloqué l'action législative, a principalement eu pour effet de vider de leur contenu les propositions présentées par la Commission et par conséquent rendu difficile l'émergence d'une véritable politique européenne de l'immigration et de l'asile. Classiquement, la nécessité d'obtenir l'unanimité des délégations a imposé de se plier au jeu de la négociation internationale, de sorte que « ce mode de vote (...) a surtout conduit, comme souvent, à ne retenir que le plus petit dénominateur commun »³, étalonnant ainsi les objectifs sur l'Etat le « moins-disant »⁴. Or, dans un contexte de refus d'harmonisation législative⁵, le plus petit dénominateur commun acceptable repose sur la poursuite au niveau communautaire des objectifs de la politique nationale⁶. Ainsi, de l'utilisation de la technique de la transposition

-
- mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir des réfugiés et des personnes déplacées et supporter les conséquences de cet accueil (article 63, paragraphe 2, point b) ;
 - conditions d'entrée et de séjour, ainsi que normes concernant les procédures de délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial (article 63, paragraphe 3, point a) ;
 - des mesures définissant les droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière de séjour dans un État membre de séjourner dans les autres États membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire (article 63, paragraphe 4).

- 1 Cette obligation d'action formulée par le traité ayant par ailleurs été soutenue politiquement à partir du plan d'action de Vienne « Les niveaux de priorité évoqués ci-dessus deviennent effectifs, en toute logique, avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Les mesures prioritaires se répartissent en deux catégories. D'une part, les actions et mesures qu'il faut mettre en œuvre ou adopter dans les deux ans à compter de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (ci-après les « mesures à terme de deux ans ») et, d'autre part, les actions et mesures qu'il faut adopter ou mettre en œuvre dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur du traité ou, du moins, un début d'élaboration doit-il avoir lieu dans ce domaine (ci-après les « mesures à terme de cinq ans ») », Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JO C 19/1 du 23.01.1999, paragraphe 31.
- 2 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 52.
- 3 GAUTIER M. « Premiers pas hésitants dans l'élaboration d'une politique commune en matière d'immigration légale », JCP, Administration et Collectivités territoriales, n° 4, 19 janvier 2004, pp. 70-71, sp. 70.
- 4 LABAYLE H. « Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées (1^{ère} partie : les principes) », Europe, mars 1998, pp. 4-7, sp. 5.
- 5 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 52.
- 6 Voir sur ce point, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 225-226.

« inversée »¹ à l'insertion dans les textes adoptés de dispositions renvoyant systématiquement au droit national, la procédure de vote à l'unanimité a renforcé les positions nationales et écarté la mise en œuvre de la politique commune. Dans ces circonstances, la mise en œuvre de la politique commune apparaissait délicate car comme le résume un auteur « quels parlement et gouvernement pourraient réussir au niveau national une telle entreprise en étant obligés de délibérer à l'unanimité ? »².

Le bilan de l'action au cours de la phase de transition est qualitativement faible. Si la Commission tente de poser le constat de manière diplomatique³, le jeu de la règle de l'unanimité explique en grande partie ce résultat⁴. La modification de la procédure constitue une avancée importante de la mise en œuvre de la politique.

B. L'introduction progressive de la majorité qualifiée par la procédure de codécision

Le traité de Lisbonne, en consacrant la procédure de codécision à l'ensemble de la politique migratoire (3), finalise une action qui avait été engagée par le traité de Nice pour les matières relevant de l'asile (1) et une décision du Conseil de décembre 2004 pour le domaine de l'immigration (2).

1. L'extension de la procédure de codécision à l'asile par le traité de Nice

Le traité de Nice, signé en 2000, a introduit les premiers éléments de modification de la procédure décisionnelle applicable en matière migratoire. Un cinquième paragraphe est ajouté à l'article 67 du traité CE prévoyant le passage à la procédure de codécision

1 Selon cette technique, les Etats membres adoptent des textes nationaux qui bloquent toute avancée communautaire puisque les Parlements nationaux se sont prononcés, voir sur ce point EL KAIM G. « Quelques remarques du point de vue du négociateur » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 85-91, sp. 87-88.

2 DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » in DE BRUYCKER P (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 91.

3 « En conclusion, il y a lieu de noter que les **succès enregistrés sont importants**. Pourtant, le **degré d'ambition initiale** a été limité par des contraintes d'ordre institutionnel, mais parfois aussi par un consensus politique insuffisant. **La politique des petits pas** a été la seule alternative possible pour progresser », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations » COM(2004) 401 final du 02.06.2004, sp. 5.

4 « Pourtant les critiques sont unanimes : le niveau général d'harmonisation réalisé est faible et nombre de textes ont été édulcorés par rapport aux ambitions initiales en raison du couperet de la règle de l'unanimité », LABAYLE H. « Le bilan du mandat de Tampere et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne », C.D.E. 2004, pp. 591-661, sp. 607.

en matière d'asile « moyennant une condition et une exception »¹. Le passage à la procédure de codécision pour les mesures relatives à l'asile et à la protection temporaire est conditionné à l'adoption préalable des « règles communes et principes essentiels régissant ces matières » sur le fondement des dispositions d'Amsterdam. En d'autres termes, une fois le programme de Tampere réalisé sur la base de l'article 63 point 1) et 2) sous a) du traité, les Etats membres acceptent de statuer selon la procédure de codécision². La procédure de codécision dans ces domaines est donc entrée en vigueur après l'adoption de la directive du 1^{er} décembre 2005 dite directive « procédures d'asile »³, comme l'a confirmé la Cour de justice⁴. En revanche, l'exception tient au fait que cette procédure ne s'applique pas aux mesures relatives à la répartition des charges financières qui demeurent régies par la procédure de vote à l'unanimité.

2. L'extension partielle de la procédure de codécision à l'immigration par décision du Conseil

L'article 67, paragraphe 2, second tiret du traité prévoit qu'à l'issue de la période de transition, le Conseil adopte une décision « à l'unanimité » pour passer à la procédure de codécision⁵. Il s'agit d'une procédure anticipée et simplifiée de révision des traités à l'image de la procédure de « la passerelle » organisée par l'article K.9 du traité UE⁶. La similarité de la procédure de l'article 67 avec le traité de Maastricht a conduit la doctrine à s'interroger sur la réalité de la communautarisation opérée en 1997 puisque « (...) il n'est pas interdit de se demander si les questions qui, dans le droit

1 DOLLAT P. *in* CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. et SIMON D. (sous la direction de) « Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaires article par article », ECONOMICA, Paris, 2007, 1024 p., sp. 383.

2 Notons que cette procédure vaut également pour les règles relevant de l'article 65 du traité CE – coopération judiciaire dans les matières civiles – à l'exception des dispositions touchant au droit de la famille ».

3 Directive 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

4 Dans un recours introduit par le Parlement européen contre le Conseil au sujet de la directive « procédures » d'asile, la Cour de justice considérait « Il doit, dès lors, être considéré que, par cet acte législatif [la directive « procédures »], le Conseil a arrêté « la législation communautaire définissant les règles communes et les principes essentiels » au sens de l'article 67, paragraphe 5, premier tiret, CE, de sorte que la procédure de codécision est applicable », CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-133/06, non publié, point 66.

5 Article 67, paragraphe 2, du traité CE « Après cette période de cinq ans :
(...)

le Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen, prend une décision en vue de rendre la procédure visée à l'article 251 applicable à tous les domaines couverts par le présent titre ou à certains d'entre eux et d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice ».

6 Voir en ce sens, DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 8.

communautaire actuel, requièrent pour l'adoption de décisions un vote unanime du Conseil ne relèvent pas d'un autre régime que le droit commun communautaire »¹.

Quoi qu'il en soit, « la voie à emprunter »² était ouverte et son chemin tracé par une déclaration annexée au traité de Nice qui marquait l'accord des Etats membres pour mettre en œuvre la procédure de codécision conformément à l'article 67 du traité CE³. Une décision du Conseil du 22 décembre 2004 consacre l'application de la procédure de codécision à plusieurs domaines de la politique migratoire⁴. Dans la lignée de la déclaration annexée au traité, la codécision est applicable aux mesures relatives au franchissement des frontières intérieures et extérieures de l'Union européenne ainsi qu'aux mesures relatives à l'immigration clandestine, le séjour irrégulier et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier. En outre, la décision de décembre 2004 fait sauter le dernier verrou en matière d'asile puisque les mesures tendant à assurer un équilibre dans les efforts consentis par les États membres pour accueillir les réfugiés et les personnes déplacées basculent dans le domaine de la codécision. En revanche, les mesures relatives à l'immigration légale et celles portant le droit des ressortissants de pays tiers résidant légalement dans un Etat membre de séjourner dans un autre Etat membre demeurent soumises à la règle de l'unanimité. Le maintien de cette procédure dans ces domaines est toutefois curieux dans la mesure où le traité établissant une Constitution pour l'Europe, approuvé par les chefs d'Etats et de gouvernements, rétablit la procédure de codécision et le vote à la majorité qualifiée comme la règle de principe pour les matières relevant du titre IV du traité CE. Seulement, le Conseil n'a pas souhaité s'engager plus avant et estimé que « dans l'attente de l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil devra continuer à statuer à l'unanimité »⁵. Les rejets français et néerlandais du traité constitutionnel

1 BLUMANN C. « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne » in Mélanges Philippe ARDANT « Droit et politique à la croisée des cultures », L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 61-76, sp. 68.

2 DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 8.

3 Déclaration n° 5 relative à l'article 67 du traité instituant la Communauté européenne :
« Les Hautes Parties Contractantes expriment leur accord pour que le Conseil, dans la décision qu'il est appelé à prendre en vertu de l'article 67, paragraphe 2, deuxième tiret :
- décide de statuer, à partir du 1^{er} mai 2004, conformément à la procédure visée à l'article 251 pour arrêter les mesures visées à l'article 62, point 3), et à l'article 63, point 3), sous b) ;
- décide de statuer, conformément à la procédure visée à l'article 251, pour arrêter les mesures visées à l'article 62, point 2), sous a), à partir de la date à laquelle il y aura un accord sur le champ d'application des mesures concernant le franchissement par les personnes des frontières extérieures des États membres.

Le Conseil s'efforcera, par ailleurs, de rendre la procédure visée à l'article 251 applicable, à partir du 1^{er} mai 2004 ou aussitôt que possible après cette date, aux autres domaines couverts par le titre IV, ou à certains d'entre eux »

4 Décision du Conseil 2004/927/CE du 22 décembre 2004 visant à rendre la procédure définie à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne applicable à certains domaines couverts par la troisième partie, titre IV, dudit traité, JO L 396/45 du 31.12.2004.

5 Point 7 du préambule de la décision du Conseil 2004/927/CE du 22 décembre 2004 visant à rendre la procédure définie à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne applicable à certains

et la nécessité de négocier un nouveau traité « simplifié », lui-même rejeté par un référendum organisé en Irlande, permettent aux États membres de conserver leur droit de veto. En pratique, et jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009, les États membres seront parvenus à maintenir l'unanimité durant 10 années.

3. *L'extension totale de la procédure de codécision par le traité de Lisbonne*

La voie avait été ouverte par le traité instituant une Constitution pour l'Europe qui avait consacré la généralisation de la procédure de codécision et de la majorité qualifiée en matière d'immigration légale dans les dispositions relatives aux « Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration »¹. C'est donc logiquement que le traité de Lisbonne reprend les acquis du travail réalisé par la Convention sur l'avenir de l'Europe. Les domaines relatifs à la politique migratoire doivent désormais être soumis à la procédure législative ordinaire qui marque le passage de la codécision et du vote à la majorité qualifiée².

Si le principe de l'unanimité s'est largement imposé lors de la conclusion du traité d'Amsterdam, la majorité qualifiée prend place dans le dispositif juridique de la Communauté et de l'Union européenne jusqu'à être totalement consacrée par le traité de Lisbonne. Ces modifications démontrent le caractère sensible d'un domaine que les États membres n'ont accepté d'ouvrir à la codécision que par étapes successives, au fur et à mesure que s'est installée une confiance réciproque entre les acteurs.

Cela étant dit, il n'est pas certain que le passage à la majorité qualifiée constitue réellement une avancée dans une Union européenne désormais composée de 27 membres qui requerra l'approbation d'au moins 14 États membres³. Au-delà de la complexité de la procédure établie par l'article 238, paragraphe 2, du traité de Lisbonne qui prendra effet à partir du 1^{er} janvier 2014, la majorité qualifiée « se définit comme étant égale à au moins 55 % des membres du Conseil représentant les États membres participants, réunissant au moins 65 % de la population de ces États »⁴. Autrement dit, il est probable que cette double majorité d'États et de population constitue un obstacle difficile à surmonter. A tout le moins est-il possible de considérer que la

domaines couverts par la troisième partie, titre IV, dudit traité, JO L 396/45 du 31.12.2004.

- 1 Sur ce point voir notamment, PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « La Constitution européenne. Textes et commentaires », La Documentation Française, Paris, 2005, 510 p., sp. 289-299.
- 2 Voir entre autres, DE PONCINS E. « Le traité de Lisbonne en 27 clés », Editions lignes de repères, Paris, 2008, 265 p., sp. 237-244.
- 3 « A dater du 1^{er} janvier 2007, une majorité qualifiée est atteinte lorsque ces conditions sont remplies :
 - une majorité d'États membres donne son approbation (soit 14 États membres) ;
 - un minimum de 255 voix (sur un total de 345 voix) est exprimé en faveur de la proposition soit 74 % du total (approximativement la même proportion que dans l'ancien système) »
 SAURON J.-L. « Cours d'institutions européennes. Le puzzle européen », Gualino éditeur, Paris, 2008, 3^{ème} édition, 532 p., sp. 262.
- 4 Voir également VAN RAEPENBUSH S. « La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne : l'émergence juridique de l'Union européenne », C.D.E., 2007, pp. 573-621, sp. 591-593.

majorité qualifiée impose de recueillir l'accord de plus de 15 Etats membres. Peut être la loi du nombre constituera-t-elle un verrou supplémentaire à la mise en œuvre d'une « politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures »¹.

L'organisation institutionnelle et administrative de la prise de décision au sein du Conseil démontrent que les Etats membres ont cherché à conserver la maîtrise du domaine, qu'il s'agisse de l'organisation du travail au sein du Conseil ou du maintien de la règle de l'unanimité. Cette organisation est en outre accompagnée d'un encadrement important, et parfois inédit, de la prise de décision.

SOUS-SECTION 2. L'ENCADREMENT DE LA PRISE DE DÉCISION

Le caractère novateur de la compétence communautaire en matière migratoire et les effets mal connus de cette dernière impliquent un encadrement important de la prise de décision. Celui-ci s'exerce autant en amont de la décision, par la définition des objectifs à mettre en œuvre, qu'en aval de la décision, par une évaluation sans cesse plus forte des actions menées et des progrès réalisés. Si les Etats membres exercent une influence décisive sur les orientations de la politique et par conséquent la prise de décisions (I), la Commission et le Parlement européen ont progressivement acquis une fonction essentielle dans l'évaluation de la politique et de sa mise en œuvre (II).

I. L'ENCADREMENT DE LA DÉCISION PAR LES ÉTATS MEMBRES

Les Etats membres demeurent au centre du processus décisionnel. Si institutionnellement, le Conseil constitue l'acteur clé de la prise de décision, les Etats membres ont utilisé plusieurs voies pour demeurer au cœur de la politique et de son développement. Par l'intermédiaire du Conseil européen, tout d'abord, qui est devenu l'organe central de la définition des politiques à mettre en œuvre et de leur développement (A). Par l'intermédiaire du Conseil de l'Union européenne, ensuite, qui a adopté plusieurs documents programmatiques sous la forme de plans d'action (B).

1 Article 67, paragraphe 2, du TFUE.

A. La définition des objectifs politiques

Le Conseil européen a exercé une fonction déterminante dans la définition des objectifs de la politique. Ainsi, il a joué un rôle central dans la définition des objectifs politiques (1) et dans la programmation du travail législatif (2).

1. Le rôle du Conseil européen dans la définition des objectifs politiques

Le Conseil européen a pour mission au titre de l'article 4, alinéa 1^{er} du traité UE « de donner à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et d'en définir les orientations politiques générales »¹. La communautarisation des politiques migratoires a renforcé le rôle généralement reconnu au Conseil européen dans le système communautaire. Le caractère initialement intergouvernemental de la politique concourait à ce que les Etats membres souhaitent conserver un rôle important dans la mise en œuvre de la politique. De ce point de vue, le Conseil européen s'est révélé être une enceinte permettant aux Etats de marquer le domaine avec toute la solennité et l'autorité requises². Mais c'est essentiellement le silence du traité sur les objectifs poursuivis qui a ouvert un large espace aux Etats membres. Ils s'y sont engouffrés dès le mois d'octobre 1999 pour définir lors du Conseil de Tampere les orientations de la politique migratoire de l'Union européenne³, de sorte que s'agissant des orientations politiques « c'est bien davantage à Tampere qu'à Amsterdam qu'il convient de les recenser... »⁴. Posant pour objectif l'établissement d'une « politique européenne commune en matière d'asile et d'immigration »⁵, le Conseil européen a fortement marqué le domaine, au point même d'outrepasser ses prérogatives. En effet, le traité attribue à la Communauté une compétence pour adopter des « normes minimales » dans le domaine de la politique d'asile, ce qui ne permet pas a priori de mettre en œuvre une « politique commune ».

Le rôle central du Conseil européen dans la définition des orientations de l'action communautaire s'est poursuivi. Ainsi, et durant la première phase de mise en œuvre de la politique, plusieurs Conseils européens ont consacré à intervalles réguliers leurs conclusions aux matières relevant du titre IV du traité CE. Il en est ainsi des Conseils

1 BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 198.

2 « La session ordinaire semestrielle du Conseil européen, qui attire 2000 à 3000 journalistes dans l'Etat de la Présidence est le moment fort de chaque Présidence et l'occasion pour elle de valoriser les résultats du semestre écoulé : c'est aussi l'occasion de faire le bilan de l'état de l'Union et de traiter des questions d'actualité, (...) » in Rapport sur « Le fonctionnement du Conseil dans la perspective de l'Union élargie », rapport dit « TRUMPF / PIRIS », 1999, non publié.

3 Pour une description de la préparation du Conseil européen de Tampere et de ses enjeux, voir DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 164 et s.

4 LABAYLE H. « L'union européenne et l'immigration. Une véritable politique commune ? » in « Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Dalloz, Paris, 2004, 1264 p., pp. 1217-1233, sp. 1231.

5 Bull-UE n° 10/1999, pp. 7-14.

européens de Feira en juin 2000¹, de Laeken en décembre 2001², de Séville en juin 2002³, de Thessalonique en juin 2003⁴ et de Bruxelles en octobre 2003⁵. La seconde phase de mise en œuvre de la politique a ensuite été lancée par le Conseil européen de novembre 2004⁶ par l'adoption du programme de la Haye visant à remplacer le programme de Tampere pour la période allant de 2005 à 2010⁷. L'importance de « feuilles de route » adoptées par les Etats membres à l'occasion de Conseils européens est désormais acquise comme le démontrent l'adoption du Pacte européen pour l'immigration et l'asile⁸ en octobre 2008 ou l'adoption sous présidence suédoise en 2009 du troisième programme de mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, autrement appelé « programme de Stockholm ».

Cette intervention du Conseil européen, et par conséquent des Etats membres, dans la définition des orientations de la politique s'est en outre développée dans la programmation du travail législatif.

2. Le rôle du Conseil européen dans la programmation du travail législatif

L'implication du Conseil européen dans le processus législatif de la Communauté, et en particulier dans la détermination de l'agenda normatif, a constitué une autre particularité du développement de la politique migratoire. En pratique, le Conseil européen est intervenu « pour fixer des délais au Conseil des ministres pour l'adoption d'une norme »⁹. Ce phénomène, perceptible dès le Conseil européen de Feira¹⁰, est

-
- 1 Conseil européen de Feira des 19 et 20 juin 2000, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2000, pp. 9-20.
 - 2 Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 12/2001, pp. 9-20.
 - 3 Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2002, pp. 8-18.
 - 4 Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24.
 - 5 Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 octobre 2003, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 10/2003, pp. 8-22.
 - 6 Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 11/2004, pp. 9-34.
 - 7 Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005.
 - 8 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008.
 - 9 BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 60.
 - 10 « Le Conseil européen (...) a lancé un appel à la future présidence française et à la Commission pour que les conclusions de Tampere dans ce domaine soient mises en œuvre de toute urgence, notamment en ce qui concerne la coopération étroite entre les États membres et Europol pour détecter et démanteler les filières criminelles se livrant à ce trafic, et en adoptant des sanctions sévères à l'encontre de ceux qui sont impliqués dans ce crime ignoble, dont on ne saurait trop souligner la gravité », Conseil européen de Feira des 19 et 20 juin 2000, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2000, pp. 9-20, point 52.

devenu une nécessité à compter du Conseil européen de Laeken lorsque les Etats membres ont constaté que « les progrès réalisés se sont avérés moins rapides et moins substantiels que prévu »¹. Le constat d'inaction dressé lors du Conseil européen de Laeken a donc imposé une relance du projet politique². Si le Conseil de Laeken a invité à l'accélération des travaux notamment dans le domaine de l'asile, l'intervention des chefs d'Etat et de gouvernement revêtait encore une certaine généralité. Le Conseil européen de Séville adoptait en revanche une approche plus incisive³ et consacrait un chapitre des conclusions à l'accélération des travaux législatifs en cours. Ce chapitre demandait « instamment » au Conseil des ministres d'approuver un ensemble de textes en discussion sur la base d'un calendrier précis. Il ne s'agissait plus seulement de donner une orientation politique aux compétences inscrites dans le traité mais de diriger l'action de la Communauté selon un calendrier précis, principalement dans le domaine de la lutte contre l'immigration clandestine⁴. L'intervention du Conseil européen dans le processus d'adoption des normes à partir d'un agenda précis s'est répétée lors des Conseils européens de Thessalonique⁵ et de Bruxelles⁶.

Cette évolution du rôle du Conseil européen est toutefois problématique puisque le Conseil européen ne joue plus dans ce domaine son rôle traditionnel. De manière classique, la réunion des chefs d'Etat et de gouvernement agit comme une instance d'appel pour débloquer les dossiers qui n'ont pas pu être réglés par les instances inférieures. Or, une intervention excessive du Conseil européen dans les questions normalement réglées par les ministres en charge des dossiers crée un déséquilibre institutionnel⁷. En mettant les ministres compétents sous pression, le Conseil européen intervient directement dans la gestion du domaine et met en danger la cohérence du

1 Bull-UE n° 12/2001, Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, Conclusions de la présidence, pp. 9-20, sp. 16.

2 « Le Conseil européen réaffirme son engagement à l'égard des orientations politiques et des objectifs définis à Tampere et note que, bien que certaines avancées aient été enregistrées, de nouvelles impulsions et orientations sont nécessaires afin de rattraper le retard pris dans certains domaines », Bull-UE n° 12/2001, Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, Conclusions de la présidence, pp. 9-20, sp. 16.

3 « Le Conseil européen est déterminé à accélérer la mise en œuvre, sous tous ses aspects, du programme adopté à Tampere en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne. Dans ce contexte, le Conseil européen rappelle la nécessité de développer une politique commune de l'Union européenne sur les questions, distinctes – mais étroitement liées – de l'asile et de l'immigration », Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2002, pp. 8-18, point 26.

4 Voir notamment, DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 28-29.

5 Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, points 15 et 24.

6 Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 octobre 2003, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 10/2003, pp. 8-22, point 33.

7 « Faire en sorte que le Conseil européen ne soit pas amené, par une implication excessive dans des questions de détail, à intervenir dans le processus décisionnel du Conseil, afin d'éviter de porter atteinte aux équilibres institutionnels prévus par le traité » *in* Rapport sur « Le fonctionnement du Conseil dans la perspective de l'Union élargie », rapport dit « TRUMPF / PIRIS », 1999, non publié.

système et de la politique dans la mesure où les impératifs des chefs d'Etats et de gouvernement ne rejoignent pas toujours les préoccupations techniques discutées par le Conseil JAI¹. Si cette situation peut briser la cohérence de la politique, elle entraîne potentiellement un phénomène de désresponsabilisation des ministres compétents qui deviennent de simples exécutants.

Malgré tout, la prépondérance du Conseil européen dans la programmation des travaux est désormais consacrée dans le traité de Lisbonne. L'article 68 du TFUE indique que « le Conseil européen définit les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

Si l'action d'orientation et de programmation du Conseil européen a été décisive, celle du Conseil des ministres l'a également été.

B. Les plans d'action du Conseil JAI

La prise de décision est également encadrée par la publication par le Conseil de plans d'action. Dépourvus de force juridique contraignante et ne pouvant « lier juridiquement les Etats membres »², ces plans d'action ont une vocation programmatique en ce qu'ils déterminent les actions que le Conseil entend entreprendre dans un domaine déterminé. Ces documents produisent deux effets sur la mise en œuvre de la politique. Tout d'abord, l'adoption de ces documents « joue un rôle pratique considérable dans la rationalisation de l'action des institutions »³. Ensuite, la publication de ces documents, notamment au Journal officiel de l'Union européenne, contraint le Conseil à tenir les engagements⁴.

Technique largement utilisée dans le domaine du troisième pilier⁵, plusieurs plans d'action ont été adoptés dans le domaine de la politique migratoire directement ou de manière plus générale. Les plans d'action à vocation générale ont principalement concerné la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et ont été adoptés conjointement par le Conseil et la Commission. Le premier plan d'action relevant de cette catégorie était publié avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam

1 Sur ce point, voir PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 2218-220.

2 BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 191-192.

3 ISAAC G. et BLANQUET M. « Droit communautaire général », 8^{ème} édition, Armand COLIN, Paris, 2001, 395 p., sp. 158.

4 La publication des plans d'action soumet le Conseil à une obligation de résultat, et ce d'autant plus que les Etats membres disposent dans ce domaine de l'initiative conjointe et ne peuvent dès lors plus se cacher derrière l'inaction de la Commission, Voir notamment, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 199.

5 Pour un aperçu des textes adoptés dans le troisième pilier, voir BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 191 et s.

par le Conseil et la Commission et concernait les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice¹. Ce texte² exprimait la « volonté politique animant les chefs d'Etat et de gouvernement »³ et déterminait l'ensemble des priorités et mesures à mettre en œuvre sur la base d'un « agenda » approprié. Le second texte de cette nature a été adopté en 2005 et portait sur la mise en œuvre du programme de La Haye⁴. Le document conjoint du Conseil et de la Commission avait pour objectif de devenir « le cadre de référence de leurs travaux au cours des cinq années à venir ».

Concernant le domaine de la politique migratoire, le Conseil a adopté, au cours de la première phase de mise en œuvre de la politique, trois plans d'action couvrant le domaine de la lutte contre l'immigration illégale et la traite des êtres humains⁵, de la gestion des frontières extérieures⁶ et de la lutte contre la traite des êtres humains⁷. Ces plans d'action prévoyaient les mesures et actions à mettre en œuvre afin d'atteindre les objectifs fixés notamment par le Conseil européen. Leur publication a témoigné de la volonté des Etats membres d'afficher le contenu de leurs actions et de la politique poursuivie en matière de politique migratoire dans sa dimension sécuritaire. Ces documents ont confirmé ainsi le mouvement constaté en matière d'initiative partagée ayant démontré une action importante des Etats dans ce domaine. Toutefois, l'adoption de ces plans d'action par le Conseil ne signifiait pas que la programmation soit uniquement organisée par les Etats membres. Bien au contraire, une continuité et une relation étroite entre les plans d'action et certaines des communications de la Commission est apparue. Ainsi, le plan pour la gestion des frontières faisait référence dans le point neuf de son préambule à une communication de la Commission⁸ qui mettait « en lumière des objectifs qui sont dans une large mesure communs et contribuent à définir le « Plan pour la gestion des frontières

1 Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1999.

2 Sur le plan d'action de Vienne voir notamment, DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 161-164.

3 DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, pp. 1-95, sp. 25.

4 Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 198/1 du 12.08.2005.

5 Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, JO C 142/23 du 14.06.2002.

6 Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *Doc.* 10019/02.

7 Plan de l'UE concernant les meilleures pratiques, normes et procédures pour prévenir et combattre la traite des êtres humains, JO C 311/1 du 09.12.2005.

8 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne » COM(2002) 233 final du 07.05.2002.

extérieures des Etats membres de l'Union européenne »¹. La proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine mentionnait également en son point six une communication de la Commission publiée quelques mois plus tôt² dont elle reprenait fidèlement les développements. Alors qu'il n'était nullement tenu par les communications de la Commission, le Conseil a validé les orientations de l'exécutif communautaire. Cette interconnexion témoignait de l'existence d'un accord de fond entre les deux institutions quant à la politique à mener³ y compris dans un domaine *a priori* fortement marqué par l'empreinte des Etats membres.

De manière générale, la publication de plans d'action par le Conseil dans un domaine initialement dépourvu de lisibilité démontre la volonté d'aboutir dans des délais déterminés à la mise en œuvre de la politique et encadre par conséquent la prise de décision dans la mesure où le Conseil entend respecter un programme qu'il a accepté de rendre public.

Ainsi, le domaine de la politique migratoire a bénéficié d'un encadrement important de la part des Etats membres par l'intermédiaire du Conseil européen ou du Conseil. Cette détermination des actions à mettre en œuvre, effectuée en amont de la prise de décision, est corroborée d'un encadrement de la prise de décision exercé par la Commission et le Parlement européen.

II. LE SUIVI DE LA DÉCISION PAR LA COMMISSION ET LE PARLEMENT EUROPÉEN

L'intervention de la Commission européenne dans la conception de la politique est accompagnée d'un suivi de la mise en œuvre effective de la politique. Ce suivi, initialement institué sous la forme de tableaux de bord semestriels, s'est transformé au fur et à mesure de la mise en œuvre de la politique pour prendre la forme de véritables rapports bénéficiant d'une autorité croissante (A). De son côté, le Parlement européen, ayant eu en premier lieu une position limitée dans le processus de décision compte tenu de la procédure de consultation, a également mis en œuvre un processus de suivi de la prise de décision. Ce dernier s'est progressivement étoffé, en raison de la procédure de codécision mais également de manière informelle par l'association des parlements nationaux (B).

1 Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *Doc.* 10019/02.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine COM(2001) 672 final du 15.11.2001.

3 Si la Commission avait initialement investi le domaine de l'immigration légale, elle avait par la suite adopté une approche plus pragmatique et « sympathique » vis-à-vis des Etats membres et du Conseil. Sur ce point voir en particulier PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 241.

A. Le suivi exercé par la Commission

Le Conseil européen de Tampere a placé l'espace de liberté, de sécurité et de justice en tête de l'agenda européen. Ce faisant, il a invité la Commission à présenter une proposition de tableau de bord afin d'examiner régulièrement les progrès réalisés dans ce domaine¹. Après une phase de consultation extensive avec le Conseil, les Etats membres et le Parlement européen, la Commission a publié le premier tableau de bord en mars 2000². Il a été présenté par le Commissaire VITORINO lors du Conseil JAI du 29 mars 2000 qui a validé l'instrument et indiqué qu'il devait être mis à jour deux fois par an³, conformément à la proposition de la Commission de présenter une version à jour du tableau de bord une fois par présidence⁴.

1 « Il [le Conseil européen] examinera régulièrement les progrès réalisés dans la mise en œuvre des mesures nécessaires et le respect des échéances fixées par le traité d'Amsterdam et le Plan d'action de Vienne et les présentes conclusions. La Commission est invitée à présenter une proposition de tableau de bord à cette fin », Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, Bull-UE n° 10/1999, pp. 7-15, sp. 8.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne, COM(2000) 167 final du 24.03.2000.

3 Conseil justice et affaires intérieures du 29 mai 2000, *Doc. 8832/00*.

4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne, COM(2000)167 final du 13.04.2000 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (II semestre 2000), COM(2000) 782 final du 30.11.2000 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne – (I semestre 2001), COM(2001) 278 final du 23.05.2001 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union Européenne (second semestre 2001), COM(2001) 628 final du 30.10.2001 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (deuxième semestre 2002), COM(2002) 738 final du 16.12.2002 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (premier semestre 2002), COM(2002) 261 final du 30.05.2002 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (deuxième semestre 2002), COM(2002) 738 final du 16.12.2002 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (Premier semestre 2003), COM(2003) 291 final du 22.05.2003 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (deuxième semestre 2003), COM(2003) 812 final du 30.12.2003 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations, COM(2004) 401 final du 02.06.2004.

Le tableau de bord de la Commission a pour but, sur la base des orientations fixées par le traité, le plan d'action de Vienne et les conclusions de Tampere, de « définir à la fois le chemin qui reste à parcourir et la distance qui a déjà été couverte, et ne pas hésiter à mettre en évidence à la fois des secteurs où des progrès sont en cours de réalisation, mais aussi ceux où les échéances fixées n'ont pas été respectées »¹. En pratique, le document était présenté sous la forme d'un tableau synoptique comprenant des colonnes dans lesquelles figuraient les objectifs à atteindre, la forme des actions à entreprendre, l'institution compétente pour prendre les initiatives, les échéances à tenir lorsqu'elles existaient et enfin l'état d'avancement de la situation.

Si le tableau de bord a démontré la volonté de situer le domaine dans une dynamique d'intégration, il a également eu pour effet de « responsabiliser tous les acteurs »² dans la mesure où il identifiait les acteurs auxquels les retards devaient être imputés, y compris lorsque les retards relevaient de la responsabilité des Etats membres³. En réalité, le tableau de bord n'a pas simplement constitué un « instrument destiné à faciliter le contrôle interne »⁴, il est devenu un véritable « outil politique »⁵ destiné à mettre les différents acteurs de la politique face à leur implication et au besoin à les mettre sous pression. Davantage qu'un complément aux engagements souscrits par les Etats membres au travers des différents Conseils européens, plans d'action et autres documents programmatiques, le tableau de bord portait un éclairage sur la politique en construction traduisant parfois « l'embarras des institutions à concrétiser les engagements d'Amsterdam »⁶. Ainsi, la publication régulière de tableaux de bord

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne, COM(2000) 167 final du 24.03.2000, sp. 5.

2 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 173-174.

3 BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 146-147.

4 Pour un aperçu, voir en particulier, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union Européenne (second semestre 2001), COM(2001) 628 final du 30.10.2001, sp. 6-7 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » Dans l'Union européenne (deuxième semestre 2002), COM(2002) 738 final du 16.12.2002, sp. 4 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (Premier semestre 2003), COM(2003) 291 final du 22.05.2003, sp. 4 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (deuxième semestre 2003), COM(2003) 812 final du 30.12.2003, sp. 4. Voir également BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter LANG, Bruxelles 2003, 324 p., sp. 146.

5 DE LOBKOWICZ W. « L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étape », Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 2001, 246 p., sp. 173.

6 LABAYLE H. « L'union européenne et l'immigration. Une véritable politique commune ? » *in* « Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Dalloz, Paris, 2004, 1264 p., pp. 1217-1233, sp. 1231.

semestriels par la Commission au cours de la première phase de mise en œuvre de la politique migratoire a exercé une influence réelle sur la prise de décision.

Cette technique a été perpétuée à l'occasion de la seconde phase de mise en œuvre de la politique. Sur une base annuelle, la Commission a publié des rapports sur la mise en œuvre du programme de La Haye¹. Le suivi réalisé par ces rapports concerne les mesures qui doivent être adoptées conformément au programme de La Haye mais également la transposition des règles communautaires par les Etats membres. Un rapport adopté en juin 2009 réalise une évaluation synthétique de la mise en œuvre du programme de La Haye². Ce document met en exergue les principales réalisations et envisage la manière dont l'Union européenne devrait relever les défis à venir. Se contentant de rappeler les actions accomplies, la communication note diplomatiquement que « malgré des progrès inégaux, des résultats tangibles ont été obtenus »³. Sur les actions à entreprendre, la dimension opérationnelle, l'évaluation de la mise en œuvre de la politique et l'action extérieure forment les orientations futures qui devraient selon la Commission guider les travaux futurs⁴.

Ce suivi doit être renforcé pour la troisième phase de mise en œuvre de la politique migratoire. La Commission a présenté, sur demande du Conseil européen, une communication établissant une méthode de suivi pour le contrôle de la mise en œuvre du Pacte européen sur l'immigration et l'asile et le programme de Stockholm⁵. La méthode prévoit la réalisation d'un rapport annuel par la Commission, sur base d'informations transmises par les Etats membres et d'informations émanant de différentes sources, sur la mise en œuvre du pacte européen et du programme de Stockholm. Ce rapport doit ensuite être adressé au Conseil européen afin d'organiser un débat annuel sur les politiques d'immigration et d'asile.

Initialement développé sur la base de tableaux de bord, le suivi de la Commission sur la mise en œuvre de la politique migratoire constitue désormais un élément majeur

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2005, COM(2006) 333 final du 28.06.2006 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2006, COM(2007) 373 final du 03.07.2007 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2007, COM(2008) 373 final du 02.07.2008.

2 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Justice, liberté, et sécurité en Europe depuis 2005 : évaluation du programme et du Plan d'action de La Haye », COM(2009) 263 final du 10.06.2009.

3 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Justice, liberté, et sécurité en Europe depuis 2005 : évaluation du programme et du Plan d'action de La Haye », COM(2009) 263 final du 10.06.2009, sp. 3.

4 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Justice, liberté, et sécurité en Europe depuis 2005 : évaluation du programme et du Plan d'action de La Haye », COM(2009) 263 final du 10.06.2009, sp. 16-18.

5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Méthode de suivi pour le contrôle de la mise en œuvre du Pacte européen sur l'immigration et l'asile », COM(2009) 266 final du 10.06.2009.

de la politique et de son évaluation, bénéficiant d'une autorité reconnue puisque discuté annuellement par les chefs d'Etats et de gouvernement.

Enfin, ce suivi de la politique est accompagné d'un suivi plus technique portant sur la mise en œuvre des directives par les Etats membres. Cette action, actuellement limitée aux actes adoptés lors de la première phase¹, doit permettre d'évaluer, voire de sanctionner, l'action des Etats membres dans leur obligation de transposition des directives. La Commission agit ici dans son rôle de « gardienne des traités ». Ce contrôle lui permet toutefois de disposer d'une vue d'ensemble et d'informations importantes sur les politiques nationales qui constituent autant d'éléments nécessaires à la préparation des propositions futures².

B. Le suivi exercé par le Parlement européen

Le suivi exercé par le Parlement européen sur la prise de décision dépend en premier lieu des leviers institutionnels dont il dispose. Ainsi, du pouvoir de consultation au rôle de colégislateur, le suivi exercé par le Parlement européen a connu de profondes modifications (1). Au-delà des aspects institutionnels, le Parlement européen a développé plusieurs moyens lui permettant de suivre et d'encadrer la prise de décision notamment par l'association des parlements nationaux (2).

1. Le suivi institutionnalisé

La problématique du suivi par le Parlement européen de la mise en œuvre de la politique dépend tout d'abord de son rôle dans le processus décisionnel. Lors de la première phase de mise en œuvre de la politique, le Parlement européen n'avait qu'un pouvoir de consultation³. Ainsi, son influence était réduite, dans la mesure où le Conseil n'était pas lié par les avis⁴ du Parlement européen. Une comparaison des

1 Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2007) 745 final du 26.11.2007 ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008.

2 Comme l'indique la Commission dans le rapport sur l'application de la directive regroupement familial, « Conformément à sa communication du 17 juin 2008 et au futur pacte européen sur l'immigration, qui voient dans le regroupement familial la clé d'une immigration réussie et un domaine dans lequel l'Union européenne doit continuer à développer ses politiques, la Commission a l'intention de lancer une consultation plus large, sous la forme d'un livre vert, sur l'avenir du régime de regroupement familial », Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 15.

3 Article 67 du traité CE « Pendant une période transitoire de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'un Etat membre et après consultation du Parlement européen ».

4 Cette procédure de consultation « permet au Parlement européen de donner son avis sur une proposition législative de la Commission avant que le Conseil statue définitivement », BIEBER R. et HAAG M. « Parlement européen », *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 211.

rapports parlementaires avec les textes définitivement adoptés par le Conseil démontre que ce dernier n'a que très rarement pris en considération l'avis du Parlement européen. Cette situation s'explique en partie par l'attitude très libérale adoptée par le Parlement qui ne pouvait recevoir d'écho favorable auprès des membres du Conseil. En revanche, le Conseil est parfois parvenu à un accord politique avant même que le Parlement européen ait publié son avis¹. Juridiquement, le Parlement européen aurait pu introduire un recours en annulation pour violation des formes substantielles², en application de la jurisprudence de la Cour de justice³, mais ne l'a pas fait, préférant situer le débat sur le terrain politique⁴ compte tenu aussi de la faiblesse des mécanismes juridiques lui étant ouverts, en dehors de la procédure de reconsultation⁵.

- 1 Sur ce point, voir PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 254.
- 2 Article 230, alinéa 2, du traité CE « (...), la Cour est compétente pour se prononcer sur le recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, (...) ».
- 3 La jurisprudence constante indique que « la consultation (...) est le moyen qui permet au Parlement de participer effectivement au processus législatif de la Communauté. Cette compétence représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité. Elle est le reflet bien que limité, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative. La consultation régulière du Parlement dans les cas prévus par le traité constitue dès lors une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de l'acte concerné », CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. 138/79, Rec. 3333, point 33.
- 4 Notons toutefois qu'à deux reprises, le Parlement européen a tenté de mettre en échec l'adoption de deux initiatives étatiques (Directive concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers et décision relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement) en ne rendant pas son avis dans les délais requis, c'est-à-dire avant le 1^{er} mai 2004 (voir notamment à ce sujet Europolitique n° 2864 du 28.04.2004, sp. 11 qui indique « L'adoption de ces initiatives, comme *points A* (points approuvés sans débat), au Conseil, risque de déplaire au Parlement européen vu que celui-ci s'est abstenu délibérément de rendre avis pour faire tomber ces initiatives »). Seulement cette attitude n'aurait pu être contestée devant le juge communautaire lequel considère de manière constante « Dans ces conditions, le Parlement ne saurait valablement faire grief au Conseil de ne pas avoir attendu son avis pour adopter le règlement litigieux le 21 décembre 1992. La méconnaissance de la formalité substantielle que constitue la consultation du Parlement trouve, en effet, sa cause dans le manquement de cette institution à son devoir de coopération loyale vis-à-vis du Conseil », CJCE 30 mars 1995, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-65/93, Rec. I-643, point 28.
- 5 « Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que l'exigence de consulter le Parlement européen au cours de la procédure législative, dans les cas prévus par le traité, implique l'exigence d'une nouvelle consultation à chaque fois que le texte initialement adopté, considéré dans son ensemble, s'écarte de la substance même de celui sur lequel le Parlement a déjà été consulté, à l'exception des cas où les amendements correspondent, pour l'essentiel, au souhait exprimé par le Parlement lui-même », CJCE, 1^{er} juin 1994, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-388/92, Rec. I-2067, point 10. En pratique, le Conseil JAI du 29 avril 2004 a reconnu que les modifications apportées à la proposition de directive relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié imposent une nouvelle consultation du Parlement européen, voir Conseil justice et affaires intérieures du 29 avril 2004, *Doc. 8694/04*.

La situation est désormais différente dans la mesure où, à part le domaine de l'immigration légale, le « partenaire ignoré »¹ est devenu par la modification de la procédure décisionnelle colégislateur. Ainsi, il participe à toutes les étapes de la procédure décisionnelle et assure en fait et en droit un suivi de la décision. Cette nouvelle compétence oblige le Parlement européen à quitter le ministère de la parole pour endosser la coresponsabilité de l'action législative. De ce point de vue, la position du Parlement européen lors de l'adoption de la directive relative aux normes et procédure pour le retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière s'est révélée moins libérale².

2. *Le suivi informel élargi*

La communautarisation de la politique migratoire a incité le Parlement européen à renforcer la position de la Commission du Parlement européen en charge de ces affaires et à la doter d'un professionnalisme renforcé. La réorganisation interne et l'augmentation des dotations au plan financier, humain et matériel ont été accompagnées d'un développement de l'action et de la réflexion dans un domaine déterminant pour l'institution parlementaire. Dans ce cadre, le Parlement européen a publié de nombreux rapports et résolutions, préparé des documents de travail, développé un site internet contenant un tableau de bord³, organisé des réunions publiques et un débat portant sur les développements de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le Parlement européen est également intervenu dans le dialogue public en posant des questions écrites ou orales à la Commission et au Conseil⁴. Ces actions et moyens d'informations ont permis au Parlement européen de porter ses opinions à la connaissance du public en même temps qu'elles ont assuré un suivi important de l'action communautaire dans le domaine.

Plus récemment, le Parlement européen a développé une nouvelle approche tendant à développer une forme de « diplomatie interparlementaire »⁵. Cette approche consiste à utiliser les moyens disponibles, tels que la COSAC⁶ ou la plateforme

1 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 249.

2 Voir toutefois l'opinion minoritaire figurant dans le rapport de Manfred WEBER, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, A6-0339/07, sp. 35.

3 Le Parlement européen s'est ensuite inspiré du tableau de bord de la Commission, dont il a repris le nom, pour publier un outil électronique complet permettant de disposer d'une vision synthétique de l'ensemble des matières traitées et assurant un suivi constant de l'état d'avancement des travaux, texte par texte, aux moyens de liens hypertextes.

4 Voir notamment, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 251-252.

5 DE CAPITANI E. « Le Parlement européen et les Parlements nationaux face à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », R.F.A.P., 2009, n° 129, pp. 35-43, sp. 40.

6 Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires et européennes des parlements de l'Union européenne (COSAC). La COSAC est un organe de coopération réunissant les commissions des parlements nationaux spécialisées dans les affaires européennes et les représentants du Parlement

internet IPEX¹, et à développer de nouvelles dynamiques pour associer les parlements nationaux et le Parlement européen dans leur action de suivi et de contrôle des politiques communautaires². Compte tenu de l'importance que revêtent les politiques de sécurité intérieures, et partant les politiques migratoires, pour les institutions parlementaires, les questions relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice constituent un domaine privilégié de cette initiative. Ainsi, l'action de suivi du Parlement européen est enrichie de celle des parlements nationaux, ce qui constitue un élément de démocratie supplémentaire et nécessaire dans des domaines aussi sensibles. Ce mouvement « informel » tendant à l'association renforcée des parlements nationaux dans le fonctionnement de l'Union européenne est désormais consacré par le traité de Lisbonne. Ainsi l'article 12 du traité sur l'Union européenne détermine les cas dans lesquels les parlements nationaux disposent d'un droit à l'information et d'un pouvoir d'opposition³. Concernant plus précisément les domaines de la politique migratoire, l'article 70 du T.F.U.E. souligne que le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés des résultats de l'évaluation de la mise en œuvre de la politique⁴. Cette association aux résultats est importante dans la mesure où elle permettra aux institutions parlementaires de disposer d'éléments de suivi et de participer activement aux débats et actions à venir.

européen. Elle se réunit deux fois par an, généralement dans la capitale de l'Etat membre qui exerce la présidence de l'Union européenne.

- 1 Interparliamentary EU Information Exchange (IPEX). La base de données IPEX rassemble l'intégralité des documents publiés par la Commission européenne depuis 2006. Elle comporte également un calendrier de la coopération interparlementaire qui contient des informations sur toutes les réunions interparlementaires relatives à l'Union européenne.
- 2 Pour un exposé convaincant, voir DE CAPITANI E. « Le Parlement européen et les Parlements nationaux face à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », R.F.A.P., 2009, n° 129, pp. 35-43.
- 3 Article 12 T.U.E. « Les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union :
 - a) en étant informés par les institutions de l'Union et en recevant notification des projets d'actes législatifs de l'Union conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ;
 - b) en veillant au respect du principe de subsidiarité conformément aux procédures prévues par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ;
 - c) en participant, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans cet espace, conformément à l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et en étant associés au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust, conformément aux articles 88 et 85 dudit traité ;
 - d) en prenant part aux procédures de révision des traités, conformément à l'article 48 du présent traité ;
 - e) en étant informés des demandes d'adhésion à l'Union, conformément à l'article 49 du présent traité ;
 - f) en participant à la coopération interparlementaire entre parlements nationaux et avec le Parlement européen, conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ». Pour un bref commentaire, voir PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « La Constitution européenne. Textes et commentaires », La Documentation Française, Paris, 2005, 510 p., sp. 59-60.
- 4 Article 70 T.F.U.E. « Sans préjudice des articles 258, 259 et 260, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures établissant des modalités par lesquelles les États membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au présent titre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation ».

En définitive, la place occupée par les Etats membres dans la définition des objectifs et l'encadrement de la politique n'est plus aussi centrale que le laissent apparaître les conclusions des Conseils européens. La Commission européenne et le Parlement européen exercent une influence croissante sur les orientations de la politique notamment au travers d'une évaluation constamment renforcée.

Une fois la décision adoptée se pose la question de son exécution. Sur ce terrain également, les Etats membres ont cherché à conserver un rôle important.

SOUS-SECTION 3. L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION

L'exécution des mesures adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE soulève deux séries de commentaires. La première concerne l'exécution normative des actes communautaires et renvoie ainsi à la question de la détermination de l'institution compétente (I). Le second volet de la question est plus novateur et repose sur l'administration directe de la décision par la Communauté. En effet, la politique de gestion des frontières extérieures de l'Union européenne entraîne un phénomène d'intégration opérationnelle situant la politique migratoire dans un schéma inédit (II).

I. L'EXÉCUTION NORMATIVE

L'exécution normative des actes communautaires a connu une profonde mutation à partir de l'Acte unique européen¹ qui, en modifiant l'article 202 du traité CE², confère par principe ce pouvoir à la Commission³ afin de permettre « au Conseil de concentrer ses travaux sur sa fonction législative »⁴. Le domaine de la politique migratoire s'est toutefois écarté de ce principe puisque le Conseil a décidé de conserver le pouvoir

1 Pour un aperçu, voir JORDA J. « Le pouvoir exécutif de l'Union européenne », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001, 687 p., sp. 92-110.

2 Article 202, 3^{ème} tiret « En vue d'assurer la réalisation des objets fixés par le présent traité et dans les conditions prévues par celui-ci, le Conseil :

- confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution. (...) ».

3 A partir de cette date, « (...) le Conseil doit conférer à la Commission des compétences, mais il peut, dans des cas spécifiques, c'est-à-dire à titre exceptionnel, préférer conserver par-devers lui certains pouvoirs. Il y a d'un côté le droit commun : la délégation à la Commission ; de l'autre, l'exception : les pouvoirs réservés », BLUMANN C. « Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen », R.T.D.E. 1988, pp. 23-59, sp. 31.

4 JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2001, 663 p., sp. 390.

d'exécution dans certains domaines (A). Dans les autres domaines du titre IV du traité CE, la Commission dispose d'un pouvoir d'exécution classiquement encadré par les Etats membres (B). Au plan matériel, le développement de l'acquis de Schengen par les instruments communautaires a permis de clarifier le caractère législatif ou exécutif des dispositions de l'acquis et d'appliquer les procédures adéquates (C).

A. Le pouvoir d'exécution conservé par le Conseil

La conservation du pouvoir d'exécution par le Conseil constitue un aspect sensible des relations entre les deux institutions et elle a conduit la Commission à en contester le fondement devant la Cour de justice.

Par deux règlements du 24 avril 2001, le Conseil a décidé de conserver son pouvoir d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions des Instructions consulaires communes (ci-après ICC)¹ et du Manuel commun (ci-après MC)². Le Conseil a motivé ce choix par le rôle particulier des Etats membres dans ces politiques et la sensibilité des thèmes abordés notamment au plan international³. La Commission a rejeté cette argumentation et introduit un recours en annulation devant la Cour de justice⁴. Selon l'exécutif communautaire, qui se fonde notamment sur l'article 1^{er} de la décision « Comitologie »⁵, le Conseil a formulé dans les deux règlements une motivation générique qui ne démontre pas le caractère spécifique des règles justifiant l'exercice de la compétence d'exécution et méconnaît ce faisant l'obligation de motivation. En outre, la Commission a estimé que la décision relative aux Instructions consulaires communes était abusive⁶ en ce que des compétences d'exécution ont déjà été attribuées à la Commission dans le domaine des visas, au titre du règlement n° 1683/95 établissant

1 Règlement (CE) n° 789/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil les pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, JO L 116/2 du 26.04.2001.

2 Règlement (CE) n° 790/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil les pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières, JO L 116/5 du 26.04.2001.

3 Comme l'exprime le 5^{ème} point du préambule du règlement (CE) n° 790/2001 « Du fait que les Etats membres ont un rôle renforcé en matière de développement de la politique des frontières, qui témoigne de la sensibilité de ce domaine, en particulier en ce qui concerne les relations politiques avec les pays tiers, (...) ».

4 Affaire C-257/01, *Commission des Communautés européennes, soutenue par le Royaume des Pays-Bas c/ Conseil de l'Union européenne soutenu par le Royaume d'Espagne*, JO C 245/12 du 01.09.2001.

5 « Les compétences d'exécution, à l'exception des cas spécifiques et motivés où l'acte de base réserve au Conseil le droit d'exercer directement certaines d'entre elles, sont conférées à la Commission conformément aux dispositions prévues à cet effet dans l'acte de base. Ces dispositions précisent les éléments essentiels des compétences ainsi conférées », Décision du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités d'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, JO L 184/23 du 17.07.1999.

6 Le neuvième considérant du règlement (CE) n° 789/2001 énonce « Certaines de ces dispositions et modalités requièrent un traitement confidentiel afin d'éviter les risques d'abus ».

un modèle type de visa¹, domaine dans lequel les compétences d'exécution nécessitent un secret absolu². Enfin, la Commission a soutenu que la procédure de modification des instructions consulaires communes et du Manuel commun confiée aux Etats membres est contraire à l'article 202 du traité CE.

Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2005 la Cour a rejeté le pourvoi introduit par la Commission³. La Cour a tout d'abord rejeté le premier moyen estimant qu'il ressortait « à suffisance des considérants des règlements attaqués et du contexte dans lequel ils s'insèrent (...) que le Conseil a pu raisonnablement estimer qu'il se trouvait dans un cas spécifique et a dûment motivé (...) la compétence d'exécuter un ensemble de dispositions limitativement énumérées »⁴. Pour justifier ce raisonnement, la Cour a pris en considération le caractère antérieurement intergouvernemental de la matière, les spécificités institutionnelles organisées par les articles 67 et 68 du traité CE, le fait que les mesures visées par les règlements litigieux n'épuisaient pas la matière et enfin le caractère transitoire de la compétence réservée. Ainsi, le fait que le traité prévoit une période transitoire et qu'à l'issue de cette dernière la Commission recouvre son pouvoir d'exécution constitue un élément justifiant le maintien de la compétence au Conseil⁵.

Le second moyen, portant sur l'articulation des compétences entre la Communauté et les Etats membres en ce que les règlements contestés permettent aux Etats de modifier les instruments par l'intermédiaire d'informations factuelles, est également rejeté. La Cour, s'appuyant de nouveau sur le caractère particulier et transitoire du domaine, a souligné que la Commission n'a pas démontré que les informations transmises par les Etats membres devaient répondre d'une procédure uniforme afin d'assurer l'application efficace et correcte des Instructions consulaires communes et du Manuel commun. Ce faisant, et dans l'attente des développements de l'acquis de Schengen, « il ne saurait être reproché au Conseil d'avoir établi une procédure de transmission par les États membres des modifications qu'ils sont autorisés à apporter, unilatéralement ou en concertation avec les autres États membres, à certaines dispositions des ICC ou du MC dont le contenu dépend exclusivement d'informations qu'ils sont les seuls à détenir »⁶. Dans cette circonstance, le dispositif de l'article 202 ne peut jouer dans la mesure où il « ne concerne pas la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres »⁷.

1 Règlement (CE) n° 1683/95 du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa, JO L 164/1 du 14.07.1995.

2 En effet, l'article 2 du règlement (CE) n° 1683/95 renvoyait à la Commission le soin d'adopter « Des spécifications techniques complémentaires empêchant la contrefaçon ou la falsification du visa ».

3 CJCE 18 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-257/01, Rec. I-345.

4 CJCE, 18 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-257/01, Rec. I-345, point 59.

5 Voir notamment, BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuels Juris-Classeur, LITEC, 2007, 494 p., sp. 279.

6 CJCE, 18 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-257/01, Rec. I-345, point 70.

7 CJCE, 18 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-257/01, Rec. I-345, point 66.

Si le raisonnement de la Cour n'a pas toujours emporté la conviction¹, cette affaire témoigne des difficultés d'articulation suite à l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne à la fois au niveau communautaire mais également au plan vertical entre la Communauté et les Etats membres. Le caractère transitoire des questions abordées, justifiant la solution jurisprudentielle, doit progressivement s'estomper afin de permettre à la Commission de recouvrer sa fonction exécutive, ce qui fut le cas en matière de franchissement des frontières de l'Union européenne dans la mesure où le Code frontières Schengen² abroge le règlement n° 790/2001 en cause dans l'affaire au principal.

La conservation du pouvoir d'exécution par le Conseil n'a concerné que ces deux domaines de la politique migratoire. L'exercice par la Commission du pouvoir d'exécution dans les autres domaines s'exerce toutefois dans les limites fixées par le Conseil.

B. Le pouvoir d'exécution délégué à la Commission

L'analyse de la mise en œuvre d'une politique migratoire de l'Union européenne démontre la nécessité pour le Conseil et les Etats membres de s'adjoindre les services de la Commission en matière d'exécution (1). Cette délégation se réalise toutefois dans un souci de surveillance de la part des Etats membres qui se traduit par un contrôle « comitologique » important (2).

1. La délégation appliquée au titre IV du traité CE

La dimension technique de certains domaines couverts par la politique migratoire nécessite l'adoption de mesures d'exécution. Plusieurs textes ont donc organisé une délégation de compétence dans le chef de la Commission. Il en est ainsi, en premier lieu, pour la gestion de certains aspects des systèmes informatisés mis en place au titre de la politique migratoire. Les actes relatifs à l'établissement du système « Eurodac »³, bien que le Conseil ait lui même adopté certaines modalités d'application⁴, du Système

1 Voir en particulier, RANDAZZO V., C.M.L.R. 2005, pp. 1337-1350. Voir également en ce qui concerne l'obligation de motivation, KAUFF-GAZIN F., « De la particularité du domaine JAI ou quand les raisons politiques prennent le pas sur les principes juridiques », Europe, mars 2005, comm. 68.

2 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.

3 Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316/1 du 15.12.2000.

4 Règlement (CE) n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 62/1 du 05.03.2002.

information Schengen de deuxième génération¹, du système d'information sur les visas² ou encore du manuel Sirene³ habilitent la Commission à adopter des règles d'exécution. En second lieu, plusieurs mesures législatives à vocation opérationnelle ont renvoyé à la Commission le soin de procéder à certaines mises à jour nécessaires à l'accomplissement des objectifs du texte⁴. Enfin, le règlement « Dublin II »⁵ a confié à la Commission le pouvoir d'adopter de nombreuses mesures d'exécution. C'est d'ailleurs sur ce fondement que la Commission a adopté un règlement portant modalités d'application du règlement de base⁶.

La matière migratoire n'a donc pas été tenue à l'écart du principe de la délégation dont l'encadrement par le Conseil est toutefois assuré par le biais de la « comitologie ».

2. *L'encadrement de la délégation : la comitologie*

Normalement, l'exécution du droit communautaire est confiée aux Etats membres⁷. Seulement, ce principe ne peut recevoir une consécration absolue en raison du développement de politiques communautaires nécessitant une réglementation complémentaire. Ainsi, la Communauté, et en particulier la Commission, est progressivement appelée à intervenir dans des domaines relevant par principe de la compétence des Etats membres imposant ainsi une « étroite collaboration entre ceux-ci et la Communauté »⁸. C'est dans le cadre de l'exercice par la Commission de compétences normalement dévolues aux autorités nationales que la « comitologie » s'est développée⁹. Ainsi, lorsque la Commission adopte un acte d'exécution, elle est

1 Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 328/4 du 13.12.2001 ; Décision du Conseil du 6 décembre 2001 relative au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 328/1 du 13.12.2001.

2 Décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS), JO L 213/5 du 15.06.2004.

3 Règlement (CE) n° 378/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif aux procédures de modification du manuel Sirene, JO L 64/5 du 03.03.2004.

4 Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO L 321/26 du 06.12.2003.

5 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50/1 du 25.02.2003.

6 Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) no 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 222/3 du 05.09.2003.

7 La Cour de justice a établi que « (...), il appartient aux Etats membres en vertu de l'article 5 du traité d'assurer, sur leurs territoires, l'exécution des réglementations communautaires, (...) », CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH et autres c. République fédérale d'Allemagne*, aff. 205 à 215/82, Rec. p. 2633, point 17.

8 JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2001, 663 p., sp. 389.

9 Ou comme le souligne le Professeur BLUMANN « La comitologie n'est que la résultante du système d'administration indirecte. C'est parce qu'il incombera aux Etats membres eux-mêmes d'assurer la bonne exécution du droit et des politiques communautaires qu'il s'avère nécessaire et même indispensable

assistée d'un comité composé de représentants des Etats membres. Une décision « comitologie » de 1999, modifiée en 2006 pour tenir compte de la nécessité d'associer le Parlement européen à l'exécution des actes adoptés en codécision¹, établit quatre types de procédures assurant le contrôle des Etats membres² et du Parlement européen : une procédure consultative, une procédure de gestion, une procédure de réglementation et une procédure de réglementation avec contrôle. La première procédure n'affecte pas lourdement les pouvoirs de la Commission, laquelle « tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité ». En revanche, les procédures dites de gestion, de réglementation et de réglementation avec contrôle attribuent aux représentants des Etats membres ou au Parlement européen des prérogatives plus contraignantes pour la Commission qui doit tenir compte, à des degrés divers, de la position des Etats membres ou du Parlement européen en modifiant au besoin les mesures proposées.

Les textes adoptés sur le fondement du titre IV démontrent que la technique la plus largement utilisée relève du comité de réglementation ou de réglementation avec contrôle³, autrement dit le mode d'organisation du pouvoir d'exécution le plus contraignant pour la Commission. Plusieurs textes établissent des comités de gestion alors qu'un seul texte fait référence à la procédure du comité de consultation⁴. Dans ce dernier cas, il s'agit d'accorder à la Commission la gestion du Fonds européen pour les réfugiés que le Conseil ne peut suivre au quotidien en raison de l'absence de structures nécessaires à cette fin. Cela dit, cette solution tient lieu d'exception dans la mesure où les derniers instruments financiers adoptés dans le cadre de la politique migratoire renvoient à la procédure de gestion⁵.

d'associer les Etats en amont au stade de « l'exécution normative » à la fixation du cadre juridique auquel ils devront se plier. La comitologie n'a d'autre raison que ce rôle d'intermédiaire ou d'interface entre le niveau de prise de décision communautaire et le niveau d'exécution concrète qui est le niveau étatique », BLUMANN C. « Le Parlement européen et la comitologie : une complication pour la conférence intergouvernementale de 1996 », R.T.D.E. 1996, pp. 1-24, sp. 10-11.

- 1 Décision 2006/512/CE du Conseil du 17 juillet 2006 modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, JO L 200/11 du 22.07.2006.
- 2 Décision du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, JO L 184/23 du 17.07.2002.
- 3 Règlement n° 296/2008 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, JO L 97/60 du 09.04.2008.
- 4 Article 21, paragraphe 2, de la décision 2000/596/CE du Conseil du 28 septembre 2000 portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés, JO L 252/12 du 06.10.2000.
- 5 Décision n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JO L 144/1 du 06.06.2007 ; Décision n° 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général Solidarité et gestion des flux migratoires, JO L 144/2 du 06.06.2007 ; Décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L 144/45 du 06.06.2007 ; Décision 2007/435/CE du Conseil du 25 juin 2007 portant création du Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la

De manière générale, le pouvoir d'exécution de la Commission en matière migratoire s'exerce dans des limites importantes démontrant l'attachement des États membres à conserver la maîtrise de la matière.

C. Le domaine de l'exécution rationalisé : le développement de l'acquis de Schengen

Si au plan politique l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne a constitué un mouvement majeur, sa traduction en termes juridiques s'est avérée plus délicate à opérer, en raison notamment de l'ambiguïté tenant à la nature du droit « schengénien » au regard du droit communautaire (1). Une fois acquise l'idée que l'acquis de Schengen ne serait du droit communautaire qu'après conversion en acte de droit communautaire, la délimitation des dispositions législatives et exécutives s'impose afin de respecter les procédures d'adoption des règles (2).

1. La nature juridique ambiguë du droit de Schengen

L'opération de communautarisation réalisée par le traité d'Amsterdam est singulière en raison de l'absorption d'un corps de règles originellement extérieures au système communautaire et qui pose nombre d'interrogations relatives à la nature de ces règles¹. En premier lieu, le droit « Schengénien » présente deux caractéristiques qui rendent délicate son assimilation au droit communautaire. D'une part, ces mesures ont été adoptées dans un cadre intergouvernemental sans intervention des institutions communautaires². D'autre part, l'absence d'identification du droit de Schengen aux actes communautaires classiques induit des ambiguïtés quant à la valeur et au régime juridique de ces dispositions.

En résumé, la communautarisation de l'acquis de Schengen n'épuise pas la question de la nature des règles intégrées. Deviennent-elles des actes de droit communautaire *de facto* ? Ou bien nécessitent-elles une action d'intégration formelle dans le dispositif commun pour acquérir le statut d'acte de droit communautaire ? Finalement, c'est à la seconde position que se sont ralliées la Commission³ et une partie de la doctrine qui

période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L 168/18 du 28.06.2007.

- 1 Il ne s'agit pas de prendre en considération le versant de l'acquis de Schengen intégré au troisième pilier de l'Union européenne. Dans ce cas de figure, la convention d'application est considérée comme une convention du troisième pilier et est régie par le régime juridique adéquat. Voir sur ce point, CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales c. Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jtes C-187/01 et C-385/01, Rec. I-1345.
- 2 Sur ces points, voir proposition de règlement du Conseil établissant le code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, COM(2004) 391 final du 26.05.2004.
- 3 « La Commission continue de réfléchir à un calendrier approprié pour une telle action et tend à penser que le degré de priorité de la conversion des dispositions de Schengen en instruments d'Amsterdam dépendra davantage de l'évolution de la situation que d'une exigence absolue de les convertir par principe », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Tableau de bord

ont considéré que la conversion en acte de droit communautaire des mesures Schengen n'est véritablement acquise « qu'après son développement sous les formes et selon les procédures prévues par les dispositions du traité »¹.

Cette assertion est importante puisqu'elle implique que l'on détermine, dans un second temps, le caractère législatif ou exécutif des règles à transformer afin de déterminer la procédure applicable.

2. La délimitation du caractère législatif ou exécutif du droit de Schengen

Identifier le caractère législatif ou exécutif du droit « Schengenien » revient à hiérarchiser les règles constituant l'acquis de Schengen. S'agissant de l'accord de 1985 et de la convention d'application de 1990, la difficulté est mineure étant entendu que le caractère législatif de ces dispositions s'impose. Ainsi, le développement des dispositions de la convention d'application en droit communautaire s'est essentiellement réalisé sur le fondement des procédures législatives organisées par le traité. Il suffit pour s'en convaincre de prendre en considération les règles ayant eu pour objet de développer ou de modifier les dispositions de la convention d'application de l'Accord de Schengen de 1990. De la politique des visas², en passant par la lutte contre l'immigration clandestine³ jusqu'à la politique d'asile⁴, l'intégration des dispositions de la convention de Schengen s'est effectuée par la voie législative.

La question s'avère en revanche plus délicate concernant les actes adoptés par le comité exécutif Schengen. D'un point de vue sémantique, la dénomination du comité plaide pour le caractère exécutif des règles adoptées par cet organe. Or, rien ne permet de l'affirmer *a priori* d'autant que la décision du Conseil déterminant la base juridique de l'acquis de Schengen n'autorise pas à tirer de telles conclusions⁵. En effet, aucun renvoi à l'article 202 du traité CE ne figure au titre des bases juridiques de l'ensemble de l'acquis de Schengen. En second lieu, s'il est revenu au Comité exécutif d'adopter et de modifier la liste des pays

pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne, COM(2000) 167 final du 24.03.2000, p. 6.

- 1 PIÇARRA N. « La mise en œuvre du protocole d'intégration l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne : règles et procédures » in DEN BOER M. « Schengen's Final Days ? The incorporation of Schengen into the New TEU, External Borders and Information Systems », I.E.A.P., Maastricht, 1998, 174 p., pp. 25-58, sp. 46.
- 2 Pour un exemple caractéristique, voir en particulier le règlement (CE) n° 1091/2001 lequel prévoit en son article premier « L'article 18 de la convention d'application des accords de Schengen est remplacé par le titre suivant », règlement (CE) n° 1091/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, JO L 150/4 du 06.06.2001.
- 3 Voir de manière tout à fait significative, directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187/45 du 10.07.2001.
- 4 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOUE L 50 du 25 février 2003.
- 5 Décision du Conseil 1999/436/CE, du 20 mai 1999, déterminant ; conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen, JO L 176/17 du 10.07.1999.

tiers soumis à l'obligation de visa¹, l'établissement de cette liste relève de l'article 62, point 2), b), i), du traité CE et par conséquent de la procédure législative communautaire². Cette compétence législative valant également pour les modifications apportées à la liste³. Il n'existe donc aucune automaticité entre le schéma établi par la coopération Schengen et le cadre procédural communautaire⁴. Au fond, la communautarisation de l'acquis de Schengen impose à la Communauté de déterminer au moment de la transformation, et au cas par cas, la dimension législative ou exécutive des règles en présence. La communautarisation des règles relatives au franchissement des frontières de l'Union européenne a présenté de ce point de vue un exemple caractéristique.

La gestion intégrée des frontières extérieures de l'Union européenne a constitué une priorité⁵ tant pour la Commission⁶ que pour le Conseil⁷. Or, la transformation

-
- 1 Voir notamment, Décision du comité exécutif du 15 décembre 1997 concernant l'harmonisation de la politique en matière de visas [SCH/Com-ex (97) 32] ; Décision du comité exécutif du 16 décembre 1998 concernant la suppression de la liste des Etats dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour certains Etats Schengen [SCH/Com-ex (98) 53, rév. 2].
 - 2 Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation JO L 81/1 du 21.03.2001.
 - 3 Règlement (CE) n° 2414/2001 du Conseil du 7 décembre 2001 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation JO L 327/1 du 12.12.2001 ; Règlement (CE) n° 453/2003 du Conseil du 6 mars 2003 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 69/10 du 13.03.2003.
 - 4 Pour un autre exemple, voir notamment la question de la délivrance des visas aux marins en transit réglée sous Schengen par le comité exécutif (Décision du Comité exécutif du 19 décembre 1996 concernant la délivrance à la frontière de visas aux marins en transit [SCH/Com-ex (96) 27]) et par le Conseil dans le cadre communautaire (Règlement (CE) n° 415/2003 du Conseil du 27 février 2003 relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit, JOCE L 64/1 du 7.03.2003).
 - 5 « Le titre IV et notamment les articles 62 et 66 du TCE, offrent de riches potentialités juridiques pour structurer la stratégie ainsi que pour créer et faire fonctionner l'ensemble des composantes de la politique commune de gestion intégrée des frontières extérieures.
La Commission préconise quatre mesures relatives au franchissement des frontières extérieures, qui peuvent être réalisées **à court terme** :
 - Procéder à une refonte du *Manuel Commun des frontières extérieures* dans le but de clarifier la nature juridique de ses différentes dispositions et d'en faire une source de droit, en complément à d'autres instruments juridiques en place, comme ceux réglant la libre circulation des citoyens de l'Union, ceux visant à développer l'acquis de Schengen, ou encore des conventions de droit international public qui sont pertinentes pour les contrôles des frontières ; à ce sujet la Commission entend prendre une initiative législative.
 - Introduire dans le Manuel Commun certaines « *bonnes pratiques* », en s'inspirant du Catalogue des Bonnes Pratiques Schengen et les rendre ainsi obligatoires (...) »,
 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, COM(2002) 233 final du 07.05.2002, paragraphes 22 et 23.
 - 6 Communication de la Commission « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2004) 233 final du 07.05.2002.
 - 7 Plan pour la gestion des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *Doc.* 10019/02 du 14.06.2002.

en acte de droit communautaire des règles adoptées par la coopération de Schengen et relatives au franchissement des frontières intérieures¹ et extérieures² a réclamé une clarification. Sur demande expresse du Conseil européen³, la Commission a présenté une proposition de règlement du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes⁴. Procédant à la rationalisation des dispositions existantes⁵, la proposition de la Commission comportait une partie législative⁶, dont l'adoption et la modification relèvent de la procédure législative, et des annexes, dont la modification relève, conformément à l'article 29 de la proposition, de la compétence de la Commission au titre de son pouvoir d'exécution⁷.

La solution retenue par la Commission a toutefois soulevé une difficulté. Si la proposition encadrait cette délégation d'un comité de réglementation⁸, la Commission était en réalité habilitée à modifier les annexes du règlement. Or, en ce faisant, elle était autorisée à intervenir directement sur une règle législative puisque les annexes constituent un élément de l'acte législatif de base et « dans ce cas, on accorde, au pouvoir chargé de l'exécution, le droit de modifier un acte adopté par le législateur »⁹, ce que la jurisprudence de la Cour n'autorise pas notamment au regard des formes substantielles qui requièrent la consultation du Parlement européen¹⁰ ou sa participation dans le cadre de la procédure de codécision. Si cette technique consistant à adopter un acte de base et des annexes est « couramment utilisée »¹¹ en droit communautaire, une solution pour sortir de l'impasse juridique a été proposée par le juge LENAERTS lors des auditions de la convention sur l'avenir de l'Europe. Il a proposé d'instituer dans ces cas une procédure de « comitologie lourde » impliquant un comité de réglementation ou de gestion assorti d'un contrôle strict du Parlement européen lequel peut éventuellement

1 Article 62, point 1) du traité CE.

2 Article 62, point 2) du traité CE.

3 « Le Conseil européen invite la Commission à présenter, le plus rapidement possible, des propositions sur la refonte du manuel commun, y compris l'apposition des cachets sur les documents de voyage des ressortissants de pays tiers », Conseil européen de Thessalonique, conclusions de la présidence, Bull-UE n° 6/2003, pp. 9-24, point 16.

4 Proposition de règlement du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, COM(2004) 391 final du 26.05.2004.

5 La proposition clarifie le dispositif juridique en identifiant dans un document unique les dispositions que l'on retrouve initialement, soit dans la convention de Schengen, soit dans le Manuel commun adopté par le comité exécutif Schengen, soit dans la législation communautaire.

6 L'exposé des motifs de la proposition est sur ce point clair puisqu'il énonce que cette initiative s'inscrit dans la « consolidation et [le] développement du « volet législatif » de la politique intégrée des frontières », COM(2004) 391 final, p. 5.

7 « (...) la Commission considère que ces modalités pratiques sont de véritables mesures d'application des principes énoncés au Titre II du présent règlement et que, par conséquent, elles devront être modifiées, à l'avenir, selon une procédure de comitologie », COM(2004) 391 final du 26.05.2004, p. 9.

8 Article 30 de la proposition, COM(2004) 391 final du 26.05.2004.

9 JACQUE J.-P. « L'éternel retour. Réflexion sur la comitologie » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor LOUIS*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles », 2003, Volume I, 659 p., pp. 211-224, sp. 219.

10 CJCE, 27 octobre 1992, aff. C-240/90, *République fédérale d'Allemagne c/ Commission des Communautés européennes*, Rec. I-5423, point 37.

11 JACQUE J.-P. « L'éternel retour. Réflexion sur la comitologie » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor LOUIS*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles », 2003, Volume I, 659 p., pp. 211-224, sp. 219.

comprendre un « droit d'évocation par le législateur dans certains cas »¹. Cela revient au fond à reconnaître l'existence d'actes bivalents et à consacrer une quatrième forme de comitologie. Une décision du Conseil modifiant la décision « Comitologie » de 1999 a consacré cette proposition en créant un nouveau type de comitologie, la « procédure de réglementation avec contrôle »². Applicable à l'exécution des actes adoptés sur le fondement de la procédure de codécision, cette nouvelle procédure a pour objet d'assurer une meilleure information et participation du Parlement européen à la procédure d'exécution du droit communautaire par la Commission.

Malgré la difficulté technique que pose la modification des dispositions d'un règlement ou de ses annexes par la Commission, le règlement du Conseil et du Parlement européen établissant le Code frontières Schengen a consacré le choix opéré par la proposition de la Commission et contient une partie législative et plusieurs annexes³. Il prévoit notamment que des dispositions supplémentaires du règlement peuvent être adoptées⁴ et certaines annexes du règlement modifiées conformément aux dispositions classiques de la comitologie⁵. Un règlement adopté en mars 2008 modifie le Code frontière Schengen et rend la « procédure de réglementation avec contrôle » applicable aux mesures d'exécution adoptées par la Commission afin de permettre au Parlement européen de contrôler la mise en œuvre du règlement adopté selon la procédure de codécision⁶.

En définitive, l'exécution en droit communautaire constitue une procédure complexe et sensible au plan institutionnel en ce qu'elle doit impérativement respecter les équilibres établis par le traité. Ces questions connaissent ainsi des adaptations au fur et à mesure du développement du droit communautaire, de l'intervention de nouveaux acteurs, de l'introduction des nouvelles matières et de la modification des procédures législatives. Si le domaine de la politique migratoire constitue un exemple

- 1 LENAERTS K. « Comment simplifier les instruments d'action de l'Union ? », Working Group IX, Working document 07, sp. p. 4.
- 2 Décision 2006/512/CE du Conseil du 17 juillet 2006 modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, JO L 200/11 du 22.07.2006.
- 3 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.
- 4 Article 12, paragraphe 5 du règlement (CE) n° 562/2006 « Des modalités supplémentaires concernant la surveillance peuvent être arrêtées conformément à la procédure visée à l'article 33, paragraphe 2 ».
- 5 « Il convient de prévoir une procédure permettant à la Commission d'adapter certaines modalités pratiques du contrôle aux frontières. Dans ces cas, il y a lieu d'arrêter les mesures nécessaires pour la mise en œuvre du présent règlement en conformité avec la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission », point 17 du préambule du Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.
- 6 Règlement (CE) n° 296/2008 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, JO L 97/60 du 09.04.2008.

de ces difficultés et adaptations, il introduit en revanche une modification inédite de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres au niveau de l'exécution opérationnelle.

II. L'EXÉCUTION OPÉRATIONNELLE

L'attribution de pouvoirs d'exécution opérationnelle à la Communauté constitue le phénomène le plus marquant de la politique migratoire de l'Union européenne. En attribuant progressivement des compétences d'exécution à la Communauté, la politique migratoire a procédé à un renversement du principe de l'administration indirecte selon lequel il appartient aux Etats membres d'assurer l'exécution et la mise en œuvre du droit communautaire¹. Ce mouvement d'intégration verticale s'est tout d'abord initié au travers de compétences de coordination des mesures nationales d'exécution opérationnelle du droit communautaire (A) avant de glisser vers une véritable communautarisation de l'exécution opérationnelle (B). Ce phénomène a principalement concerné le domaine de la gestion des frontières extérieures qui a atteint un degré d'intégration inédit ouvrant la voie à l'établissement d'une véritable politique commune que la Commission appelait de ses vœux².

A. La coordination de l'exécution opérationnelle

L'action de coordination ne constitue pas à proprement parler un renversement du principe d'administration indirecte dans la mesure où les Etats membres demeurent les acteurs principaux de l'exécution opérationnelle. Néanmoins, la coordination identifie la première étape de ce mouvement étant entendu qu'elle vise à situer les mesures d'exécution nationales dans un cadre et une logique d'intégration communautaire. Si ce phénomène a connu un développement marqué en matière de gestion des frontières extérieures (1), il se développe également dans le domaine de l'asile (2) et dans le domaine de la politique des visas (3).

1 Comme le démontre Jean-Paul JACQUE, « L'exécution matérielle des actes normatifs communautaires relève dans la quasi-totalité des cas des Etats membres. C'est le principe de l'administration indirecte selon laquelle l'application du droit communautaire s'effectue par l'intermédiaire des administrations nationales puisque la Communauté n'est dotée ni des compétences administratives, ni de l'appareil répressif pour la mise en œuvre du droit communautaire, même s'il appartient à la Commission, en sa qualité de gardienne des traités, de veiller à ce que, dans le cadre de leur activité, les Etats membres assurent bien le respect du droit communautaire », JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2001, 663 p., sp. 226.

2 « Les frontières extérieures de l'Union européenne sont aussi un lieu où s'affirme une identité commune de sécurité intérieure. L'absence d'une vision et d'une politique communes clairement affirmées en matière de frontières extérieures comporteraient des risques politiques et stratégiques majeurs », Communication de la Commission au parlement européen et au Conseil « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 5.

1. La coordination en matière de gestion des frontières extérieures

Le domaine du contrôle des frontières extérieures a constitué un terrain idéal pour une approche opérationnelle. En effet, l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne a doté la Communauté d'un dispositif juridique important dont l'approfondissement réclame principalement une intensification de la coordination opérationnelle¹. Dès le mois d'octobre 2001, la présidence belge proposait de créer « un comité stratégique composé des responsables des services chargés du contrôle des frontières dans les différents Etats membres »² afin de coordonner et d'assurer la continuité des initiatives déjà entreprises dans le domaine. Reprise par la Commission³ et le Conseil⁴ cette idée aboutissait à la création de l'Instance commune des praticiens des frontières extérieures se réunissant au sein du CSIFA. Cependant, l'action de cette structure qui avait pour principale tâche de coordonner les actions opérationnelles de terrain déployées par les Etats membres s'est rapidement avérée insuffisante et a imposé la création d'une nouvelle structure plus opérationnelle⁵. L'intensification de la coordination opérationnelle a donc été assurée par la création de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne⁶. L'Agence européenne a pour mission de

- 1 Comme le souligne la Commission « L'Union européenne possède déjà un acquis communautaire précis dans le domaine des frontières extérieures, mais la principale difficulté actuelle est de pouvoir organiser entre les Etats membres toutes les synergies opérationnelles qui permettraient d'avoir des actions mieux coordonnées et donc un niveau de sécurité plus homogène aux frontières extérieures », Communication de la Commission au parlement européen et au Conseil « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 4.
- 2 European Management Concept on Border Control, *Doc. 13147/01* du 23 octobre 2001, sp. 3.
- 3 Communication de la Commission au parlement européen et au Conseil « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002.
- 4 Plan pour la gestion des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *Doc. 10019/02* du 14 juin 2002.
- 5 « L'unité commune de praticiens des frontières extérieures se réunit au sein du Conseil sous l'égide du groupe de travail CSIFA (Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile), réuni en formation dite CSIFA+. Ce statut institutionnel pose des problèmes d'efficacité lorsque le CSIFA+ est amené à exécuter certaines des tâches importantes assignées à l'unité commune. Ses tâches stratégiques et opérationnelles sont essentielles pour la politique commune de gestion des frontières extérieures. Elles supposent la réalisation d'une évaluation des risques commune et intégrée, la coordination d'actions dans le cadre d'opérations conjointes, une gestion stratégique garantissant la convergence des politiques nationales en matière de ressources humaines et d'équipement et la réalisation d'inspections destinées à évaluer les risques dans des cas critiques aux frontières extérieures. La gestion quotidienne et opérationnelle de ces actions, qui nécessite une activité permanente et systématique, devrait être confiée à une instance ayant un caractère nettement plus opérationnel. Bien qu'il ait accompli un travail satisfaisant en approuvant ces projets et opérations, le CSIFA+ a montré les limites de son action en tant que groupe de travail du Conseil lorsqu'il lui a fallu coordonner et gérer les opérations conjointes et les projets pilotes, ce qui démontre qu'il faut impérativement trouver d'autres solutions institutionnelles », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003)323 final du 03.06.2003, sp. 7-8.
- 6 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 Etats membres de l'Union européenne, JO L 349/1 du 25.11.2004.

rendre plus facile et efficace l'application des règles communautaires en assurant la coordination des actions des Etats membres¹. Dans ce cadre, elle « évalue, approuve et coordonne les propositions d'opérations conjointes et de projets pilotes faites par les États membres »². En réalité, l'Agence n'est pas investie d'une simple tâche de coordination des opérations nationales, elle est également dotée du pouvoir d'évaluer et d'approuver des opérations engagées par les Etats membres. Autrement dit, si la responsabilité des contrôles frontaliers incombe toujours aux Etats, l'acceptation et la coordination d'actions nationales conjointes relèvent de la responsabilité de l'Agence. Ce mécanisme constitue une étape importante et témoigne d'un mouvement de fond visant à attribuer à une Agence communautaire le pouvoir d'encadrer les mesures d'exécution nationales.

2. *La coordination en matière d'asile*

Le dispositif normatif adopté dans le domaine de l'asile lors de la première phase de mise en œuvre de la politique n'est pas parvenu à réduire les divergences, parfois importantes, entre les législations et pratiques nationales³. Dans ce contexte, des solutions alternatives doivent être développées pour assurer une convergence des législations et systèmes nationaux et réaliser progressivement un système d'asile européen commun. Dans une communication de février 2006, la Commission propose de renforcer la coopération pratique entre les autorités nationales⁴. Cette dernière doit permettre d'instituer des relations de travail entre les services nationaux responsables de l'asile afin qu'ils puissent se familiariser avec les régimes et pratiques de leurs homologues et améliorer ainsi « la convergence des décisions prises par les États membres dans le cadre des règles fixées par la législation communautaire en matière d'asile »⁵. L'idée émerge rapidement⁶ de créer un bureau d'appui européen en matière d'asile chargé

1 Article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 2007/2004 « Étant entendu que la responsabilité du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures incombe aux États membres, l'Agence rend néanmoins plus facile et plus efficace l'application des dispositions communautaires existantes et futures en matière de gestion des frontières extérieures en assurant la coordination des actions des États membres lors de la mise en œuvre de ces dispositions, contribuant ainsi à l'efficacité, à la qualité et à l'uniformité du contrôle des personnes et de la surveillance des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne ».

2 Article 3 du règlement (CE) n° 2007/2004.

3 Sur ce point voir, Partie 2, Chapitre 2.

4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de la coopération pratique. Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun », COM(2006) 67 final du 17.02.2006.

5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de la coopération pratique. Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun », COM(2006) 67 final du 17.02.2006, sp. 2.

6 « (...), le bureau pourrait prendre en charge et systématiquement coordonner toutes les activités de coopération pratique existantes. De plus, il pourrait se doter d'un mécanisme de formation pour tous les acteurs concernés par la procédure d'asile et fournir un soutien structurel pour toutes les activités de traitement que les États membres seraient susceptibles de mener conjointement à l'avenir. Ce bureau pourrait en outre appuyer les efforts déployés conjointement par les États membres en vue de répondre à certaines pressions spécifiques exercées sur leurs systèmes d'asile et leurs capacités d'accueil et dues à des

d'offrir une assistance pratique aux Etats membres pour statuer sur les demandes d'asile¹. Cette orientation est consacrée par le Pacte européen sur l'immigration et l'asile² et mise en œuvre par une proposition de la Commission portant sur la création du bureau européen d'appui³. Si cette structure communautaire ne doit pas disposer de pouvoir de décision⁴, elle devrait avoir pour tâche principale d'apporter son appui à la coopération pratique, de favoriser l'échange d'informations entre les Etats membres de préparer des rapports sur la situation de l'asile dans les Etats membres et la mise en œuvre des instruments communautaires.

En réalité, une partie des missions du bureau d'appui s'exerce au niveau de la mise en œuvre opérationnelle des règles communautaires avec pour objectif de coordonner l'exécution opérationnelle⁵. Ce mouvement confirme la nécessité de doter la politique d'asile d'instruments nouveaux de dimension opérationnelle dont les effets tendent à attribuer à une institution ou un organe communautaire une mission de coordination des mesures nationales d'exécution.

facteurs tels que la situation géographique. Il pourrait mettre sur pied et encadrer des équipes d'experts dans le domaine de l'asile qui seraient envoyés dans les États membres soumis à des pressions particulières. Il pourrait également jouer un rôle dans la mise en œuvre des programmes de protection régionaux et dans la coordination des futures initiatives politiques, par exemple en ce qui concerne la réinstallation au niveau européen. Pour terminer, ce bureau pourrait être chargé du contrôle de l'application des règles concernant l'accueil des demandeurs d'asile », Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007) 301 final du 06.06.2007, sp. 11.

- 1 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 6-7.
- 2 Le Pacte européen sur l'immigration et l'asile prévoit en effet « de mettre en place en 2009 un bureau d'appui européen qui aura pour mission de faciliter les échanges d'informations, d'analyses et d'expériences entre Etats membres et de développer des coopérations concrètes entre les administrations chargées de l'examen des demandes d'asile. Ce bureau, (...), favorisera, sur le fondement d'une connaissance partagée des pays d'origine, la mise en cohérence des pratiques, des procédures et, par voie de conséquence, des décisions nationales », Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 11.
- 3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, COM(2009) 66 final du 18.02.2009.
- 4 Point 11 du préambule de la proposition « Le bureau ne devrait disposer d'aucun pouvoir direct ou indirect dans la prise des décisions, par les autorités des Etats membres, relatives aux demandes individuelles de protection internationale », Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, COM(2009) 66 final du 18.02.2009.
- 5 Point 10 du préambule de la proposition de règlement « Le Bureau devrait être un centre européen d'expertise en matière d'asile et être chargé de faciliter, coordonner et renforcer la coopération pratique en matière d'asile entre les Etats membres, sous ses multiples aspects », Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, COM(2009) 66 final du 18.02.2009.

3. *Les centres communs de traitement des demandes de visa*

Le développement de règles communes ainsi que la perspective de mise en œuvre du système d'information sur les visas (VIS) oblige les Etats membres à appliquer et respecter des règles communes relatives à la délivrance des visas contenues dans les instructions consulaires communes et à se doter parallèlement d'équipements techniques compatibles avec les obligations du VIS. Cette situation peut ainsi conduire certains Etats membres à souhaiter regrouper dans un lieu commun les personnels de leurs représentations consulaires et diplomatiques afin notamment de partager les équipements. Solution envisagée dans le programme de La Haye¹, et proposée par la Commission², elle est désormais juridiquement encadrée par un règlement n° 390/2009 modifiant les instructions consulaires communes³ et reprise dans le Code communautaire des visas⁴. Le règlement propose deux formes de coopération entre les services consulaires, la colocalisation et la création d'un « centre commun de dépôt des demandes ». La colocalisation signifie que le personnel des représentations diplomatiques ou consulaires d'un ou de plusieurs Etats membres traite les demandes qui lui parviennent dans les locaux de la représentation diplomatique ou consulaire d'un autre Etat membre dont il partage l'équipement. La création d'un « centre commun de dépôt de demande » implique que le personnel des représentations diplomatiques ou consulaires de deux ou plusieurs Etats membres soit regroupé dans un bâtiment afin de recevoir les demandes qui lui sont adressées.

Si le règlement rappelle que « chaque Etat membre est responsable de l'organisation, de la réception et du traitement de la demande de visa »⁵, la possibilité pour plusieurs Etats membres de créer sur une base volontaire un centre commun de traitement des visas s'inscrit dans un cadre permettant le développement d'une coopération opérationnelle entre les autorités nationales et par conséquent une coordination de l'exécution des normes communes. En effet, qu'il s'agisse des modalités du prélèvement

1 « Compte tenu des discussions relatives à l'établissement d'un service européen d'action extérieure, des bureaux communs chargés de la délivrance des visas devraient être créés à long terme », Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. point 1.7.3.

2 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'éléments d'identification biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, COM(2006) 269 final du 31.05.2006.

3 Règlement (CE) n° 390/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'identifiants biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, JO L 131/1 di 28.05.2009.

4 Voir notamment l'article 41 du règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

5 Règlement (CE) n° 390/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'identifiants biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, JO L 131/1 di 28.05.2009, sp. 5.

des éléments d'identification biométriques ou encore des décisions adoptées par les autorités nationales sur les demandes de visa, le dispositif contribue à une convergence des conditions de mise en œuvre du droit communautaire. Dans ce contexte, la création de centres communs de traitement des demandes de visa ou la colocalisation peuvent être considérées comme constituant « une première étape, encore bien timide, vers la création de consulats européens communs »¹, autrement dit vers une forme de communautarisation de l'exécution opérationnelle.

Sans remettre en cause le principe d'administration indirecte du droit communautaire, la coordination des actions opérationnelles contribue à encadrer la mise en œuvre du droit communautaire par les autorités nationales. Elle permet ce faisant de progresser sur la voie de la communautarisation de l'exécution opérationnelle.

B. Vers une communautarisation de l'exécution opérationnelle ?

Le débat sur la communautarisation de l'exécution opérationnelle n'a jamais vraiment été abordé. Si ce n'est une référence désormais lointaine à la création d'un corps européen de gardes-frontières², la récurrence des références à la compétence des Etats membres pour mettre en œuvre au plan opérationnel les règles communautaires, qu'il s'agisse de la gestion des frontières extérieures ou de la politique des visas, a suffi à sauvegarder la souveraineté des Etats membres et à écarter la question. Seulement, le développement de la politique de gestion des frontières extérieures invite à reconsidérer la thématique. Plus précisément, en créant des équipes d'intervention rapide aux frontières extérieures³, la Communauté a franchi un pas supplémentaire dans l'organisation de la coopération opérationnelle qui pose clairement la question d'une communautarisation « rampante » de l'exécution opérationnelle.

Ce dispositif prévoit la création d'une réserve d'intervention rapide, composée de gardes-frontières nationaux, dont le déploiement est déclenché par l'Agence Frontex à la demande d'un Etat membre conforté à un afflux massif de ressortissants de pays tiers tentant d'entrer clandestinement sur son territoire. Le texte définit les tâches et les compétences des membres des équipes. Ainsi, les experts nationaux membres des équipes d'intervention rapide sont habilités, sous la responsabilité de l'Etat membre qui accueille l'intervention, à « accomplir toutes les tâches et (...) exercer toutes les compétences en vue de la vérification aux frontières ou de la surveillance des frontières »

1 MARIANI T., Rapport d'information « Politique européenne des visas : vers des consulats européens ? », Assemblée nationale, Rapport n° 3764, 21 février 2007, 65 p., sp. 52.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, COM(2002) 233 final du 07.05.2002., sp. 22-24.

3 Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement Européen 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, JO L 199/30 du 31.07.2007.

conformément au Code frontières Schengen¹. Le règlement ajoute qu'ils peuvent à ce titre, et dans les conditions fixées par l'Etat membre hôte ou d'origine, utiliser la force, y compris les armes de service, les munitions et les équipements². En résumé, des agents nationaux détachés sur le territoire d'un autre Etat membre sont habilités à mener des actions opérationnelles de contrôle et de surveillance y compris par la mise en œuvre de prérogatives normalement assumées par les seuls agents nationaux.

En clair, le droit communautaire autorise les agents des équipes à exercer sur le territoire d'un autre Etat membre des actes de coercition, autrement dit des prérogatives de puissance publique. Si ces dernières ne peuvent être exécutées qu'avec le consentement de l'Etat membre hôte de l'opération, afin de préserver la souveraineté des Etats et les exigences constitutionnelles³, cette réserve ne peut cacher un phénomène de communautarisation de l'exécution opérationnelle. En réalité, la nécessité de répondre aux défis de la sécurité intérieure impose de dépasser, implicitement⁴ ou explicitement, les débats anciens sur la souveraineté nationale et d'accorder à la Communauté les moyens juridiques de mettre en œuvre et d'encadrer l'action opérationnelle de gestion des frontières extérieures, qu'elle soit exercée aujourd'hui par des agents nationaux appliquant les règles communes pour le compte de tous les Etats ou demain par des agents communautaires⁵ dans le cadre d'un « système européen de gardes-frontières »⁶.

1 Article 6, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 863/2007.

2 Article 6 paragraphe 6, du règlement (CE) n° 863/2007 « Lorsqu'ils accomplissent leurs tâches et exercent leurs compétences, les membres des équipes sont autorisés à utiliser la force, y compris les armes de service, les munitions et les équipements, avec le consentement de l'Etat membre d'origine et de l'Etat membre hôte, en présence des gardes-frontières de l'Etat membre hôte et dans le respect de sa législation nationale ».

3 « Il convient par conséquent d'encadrer strictement les compétences d'exécution pouvant être confiées aux gardes-frontières d'un autre Etat membre sur notre territoire, en particulier en ce qui concerne le recours à la force afin de répondre à nos exigences constitutionnelles. Les modifications apportées au texte sur ce point ont été jugées satisfaisantes par le Gouvernement français, qui estime qu'il n'existe plus de risque constitutionnel à ce sujet. Le recours à la force par les membres des équipes d'intervention ne sera en effet possible qu'avec l'autorisation de l'Etat hôte et en présence de ses gardes-frontières, conformément au droit national. Des dispositions relatives à la proportionnalité des mesures prises et au respect des droits fondamentaux (non discrimination, respect de la dignité humaine, etc.) ont aussi été ajoutées », LEQUILLER P., Rapport d'information, Textes européens examinés en mars 2007, Assemblée nationale, Rapport n° 3785, 218 p., sp. 90.

4 « Dans sa décision du 9 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le Conseil constitutionnel a implicitement autorisé des agents étrangers à exercer des actes, notamment de coercition, sur le territoire français, s'ils sont placés pendant la durée de leur mission sur le territoire national sous l'autorité des services français compétents », SCHNEIDER A. Rapport autorisant la ratification du traité relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, Assemblée nationale, Rapport n° 77, 17 juillet 2007, 20 p., sp. 12.

5 La Commission à l'occasion d'un rapport d'évaluation de l'action engagée par l'Agence FRONTEX a indiqué qu'elle entendait « revenir sur la question de la constitution d'un corps européen de gardes-frontières à part entière, lorsque l'on aura tiré les enseignements du fonctionnement de ces équipes », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Rapport sur l'évaluation et le développement futur de l'Agence FRONTEX, COM(2008) 67 final du 13.02.2008, sp. 11.

6 Respectivement, Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. point 1.7.1. ; Pacte européen sur l'immigration et l'asile,

De ce point de vue, il existe donc bien un mouvement vers une communautarisation de l'exécution opérationnelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Si les dispositions du traité d'Amsterdam témoignent du souci des Etats membres de conserver la maîtrise de la prise de décision, qu'il s'agisse de l'initiative partagée ou encore de la procédure de vote à l'unanimité, la pratique démontre que ce versant de la mise en œuvre de la compétence communautaire ne s'est pas fondamentalement écarté des méthodes ayant cours dans le cadre communautaire classique. Ainsi, une coopération s'est *de facto* instituée entre la Commission et les Etats membres en matière d'initiative partagée pendant que les évolutions successives du traité ont progressivement soumis la politique migratoire au cadre institutionnel « orthodoxe », notamment depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui étend la procédure de codécision à l'ensemble de la politique migratoire. En revanche, la pratique met en relief deux mouvements, que le traité d'Amsterdam n'a pas exprimé, qui marquent durablement la mise en œuvre de la politique migratoire. Tout d'abord, les Etats membres demeurent au travers du Conseil européen maîtres des orientations de la politique et assurent ainsi un encadrement important de la prise de décision. Même si la Commission et le Parlement européen ont acquis un rôle croissant dans le suivi et l'évaluation de la mise en œuvre de la politique, ce qui contribue à exercer une forme de contrôle de la prise de décision, les orientations demeurent fixées par le Conseil européen. Ensuite, le développement de la politique migratoire témoigne d'une emprise grandissante de la Communauté à l'instant de l'exécution. Si ce mouvement poursuit la mise en œuvre d'une politique commune, en particulier dans le domaine de la gestion des frontières extérieures, il procède également à un approfondissement de l'action communautaire sur le terrain de l'exécution opérationnelle, justifiant la mention consacrée par le traité de Lisbonne de « gestion intégrée ». L'évolution constante de la politique migratoire de l'Union européenne implique une adaptation régulière des procédures et cadres d'action, comme le démontre le traité de Lisbonne pour ce qui concerne l'extension de la procédure de codécision au domaine de l'immigration légale.

Reste à déterminer si une conclusion similaire peut ressortir de l'examen des modalités de contrôle juridictionnel de la compétence.

Chapitre 2

Le contrôle juridictionnel de la compétence communautaire

La volonté des Etats membres de sauvegarder leur souveraineté face au phénomène de communautarisation de la politique d'asile et d'immigration les a conduits à porter une atteinte inédite à la compétence juridictionnelle de la Cour de justice. La dérogation a porté tout d'abord sur la préservation totale de leurs compétences en matière de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures pour des raisons d'ordre public. Ici, le traité crée une « brèche dans la Communauté de droit »¹ dans la mesure où il exclut toute possibilité pour la Cour de justice de statuer. Ensuite, et de manière plus préoccupante, le traité a limité pour la première fois la compétence préjudicielle de la Cour de justice. Créant une rupture dans le dialogue entre le juge national et le juge communautaire, cette limitation produit des effets inquiétants. Tout d'abord, sur la protection juridictionnelle des particuliers qu'une Communauté de droit² doit assurer, à plus forte raison dans un espace de liberté, de sécurité et de justice. Ensuite, sur l'application uniforme du droit communautaire que le juge de Luxembourg a contribué à garantir grâce au renvoi préjudiciel. Si les autres voies de droit demeurent applicables dans le domaine de la politique migratoire, elles ne parviennent pas à contrebalancer ce déséquilibre (Section 1). En outre, cette dérogation au système classique de la procédure préjudicielle produit des effets « collatéraux » dans la mesure où la limitation de l'office du juge communautaire est normalement comblée par le juge national et le juge européen dès lors que les droits fondamentaux sont en

1 BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25.

2 Comme souligné par l'Avocat général M. DARMON « la Communauté est nécessairement une Communauté de droit », Conclusions de l'Avocat général DARMON, CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. p. 1651, sp. 1656.

cause (Section 2). C'est donc dans un contexte nouveau que le contrôle juridictionnel de la politique migratoire s'est développé. Si l'option arrêtée par les Etats membres est alarmante, les craintes qu'un tel système a suscitées au moment de l'adoption du traité d'Amsterdam ont été en pratique minimisées, principalement en raison du processus législatif et de la nature des règles adoptées, de l'adaptation du système ainsi que des évolutions jurisprudentielles.

SECTION 1. LA COMPÉTENCE DE LA COUR DE JUSTICE

La coopération intergouvernementale du troisième pilier initiée par le traité de Maastricht avait accordé une place très réduite au juge communautaire¹. La communautarisation des politiques migratoires impose en revanche sa présence afin de contrôler la mise en œuvre de la compétence communautaire². Toutefois la compétence de la Cour de justice dans le domaine du titre IV souffre de plusieurs dérogations. Tout d'abord, l'article 68, paragraphe 2, du traité CE exclut la compétence de la Cour de justice³ pour statuer sur les mesures et décisions portant sur le contrôle aux frontières

- 1 D'une part, elle ne concernait que les conventions conclues par les Etats, excluant les autres actes issus du droit de l'Union de tout contrôle juridictionnel. D'autre part, la reconnaissance de la compétence de la Cour était contingente puisqu'elle dépendait d'une faculté ouverte aux Etats membres et aux modalités librement déterminées. Article K.3 du traité UE « Ces conventions peuvent prévoir que la Cour de justice est compétente pour interpréter leurs dispositions et pour statuer sur tout différend concernant leur application, selon les modalités qu'elles peuvent préciser ».
- 2 Compte tenu de l'incidence réduite des actes adoptés sur le fondement du troisième pilier dans le domaine de la politique d'immigration et d'asile, dans la mesure où une seule décision-cadre a été adoptée visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier (Décision-cadre 2002/946/JAI, JO L 328/1 du 05.12.2002), les modalités d'intervention de la Cour de justice dans le troisième pilier ne seront pas abordées dans cette section. Voir notamment sur cette question BRAUM S. et WEYEMBERGH A. (Edité par) « Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2009, 348 p.
- 3 Cette disposition du traité a suscité un large débat relatif à l'étendue de l'exclusion de la compétence juridictionnelle de la Cour de justice. Deux thèses s'opposent. La première considérant que l'exclusion ne vaut que pour le renvoi préjudiciel. La seconde considérant que cette disposition organise une véritable immunité juridictionnelle. Au regard de argumentations avancées et des documents produits par les institutions communautaires, nous considérons que cette disposition exclut toute compétence juridictionnelle de la Cour de justice. En conséquence, les effets de cette disposition seront étudiés dans les développements portant sur l'intervention du juge national. Pour un exposé général des thèses en présence, voir GAUTIER M. « L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 705 p., sp. 562-563. Pour une argumentation relative à l'exclusion de la seule compétence préjudicielle, voir CHENEVIÈRE C. « L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris », C.D.E. 2004, pp. 567-589, sp. 579-580. Pour une démonstration portant sur l'immunité juridictionnelle, voir BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » in « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25, sp. 18-20 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des Régions et à la Cour de justice

intérieures pour des motifs d'ordre public et de sécurité intérieure. Ensuite, l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE introduit une limitation de la procédure préjudicielle. Ce dernier aménagement implique d'évaluer son incidence sur l'application du droit communautaire de l'asile et de l'immigration dans les Etats membres (Sous-section 1). Par ailleurs, si les autres voies de droit organisées par le traité jouent à plein, leur mise en œuvre est influencée par les conditions spécifiques d'adoption des règles communautaires dans le domaine du titre IV du traité CE (Sous-section 2).

Sous-section 1. LE RENVOI PRÉJUDICIEL

Le renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité établit une procédure de collaboration entre le juge national et le juge communautaire afin d'assurer l'interprétation et l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne¹. Si cette procédure a constitué un instrument décisif pour la structuration de l'ordre juridique communautaire², elle s'est également affirmée comme un véritable « instrument de protection des justiciables »³. La communautarisation des politiques migratoires implique donc que cette procédure soit également applicable aux dispositions du titre IV du traité CE. Or, le traité d'Amsterdam procède à une limitation inédite des conditions de mise en œuvre de la procédure préjudicielle dans le titre IV du traité CE (I). Parallèlement, des

des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006) 346 final du 28.06.2006, sp. 7.

- 1 Comme l'explique le Professeur SIMON « Dans la mesure où les traités ont confié aux juridictions nationales la mission d'assurer l'application du droit communautaire, il était à l'évidence nécessaire de prévoir un mécanisme susceptible d'assurer l'uniformité d'interprétation et d'application des règles communautaires sur l'ensemble du territoire de la Communauté. En l'absence de hiérarchie juridictionnelle organique entre le juge communautaire et les juges nationaux, qui excluait une régulation par la voie de la cassation, les traités ont donc établi un dispositif de coopération juridictionnelle fondé sur la technique du renvoi préjudiciel des tribunaux nationaux à la Cour de justice, destiné à garantir l'identité de la signification et de la portée des normes communautaires dans les ordres juridiques nationaux », SIMON D. « le système juridique communautaire », PUF, Paris, 1997, 578 p., sp. 487.
- 2 Comme le souligne justement un auteur, « On n'a, peut être, pas assez insisté sur le fait que tant la primauté du droit communautaire que son effet direct constituent, avant tout, des interpellations des juridictions nationales », BARAV A. « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire » *in* « L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS », Dalloz, Paris, 1991, pp. 1-20, sp. 1. Un autre ajoute « Si traités, règlements et mêmes directives reçoivent partout la même interprétation, c'est au succès de cette procédure qu'on le doit », LECOURT R. « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? » *in* « L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS », Dalloz, Paris, 1991, pp. 349-361, sp. 353.
- 3 BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 563. Voir également BARAV A. « Le juge et le justiciable » *in* Scritti in onore di GIUSEPPE FEDERICO MANCINI, Giuffrè, 1998, vol. II, 1033 p., pp. 1-74, sp. 31.

procédures nouvelles sont élaborées qui ne parviennent toutefois pas à compenser cette véritable « restriction du contrôle juridictionnel »¹ (II).

I. LA LIMITATION DE LA PROCÉDURE PRÉJUDICIELLE

La limitation de la procédure préjudicielle est précisément organisée par le traité d'Amsterdam qui en délimite le domaine (A). Cet aménagement inédit de la procédure peut en revanche avoir des répercussions importantes et négatives sur l'application uniforme du droit communautaire et la protection juridictionnelle des particuliers (B).

A. Le domaine de la limitation

La procédure du renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité des dispositions communautaires fait l'objet d'une limitation pour les domaines relevant du titre IV du traité CE. Le paragraphe premier de l'article 68 du traité CE énonce :

« L'article 234 est applicable au présent titre dans les circonstances et conditions suivantes : lorsqu'une question sur l'interprétation du présent titre ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté sur la base du présent titre est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demande à la Cour de justice de statuer sur cette question ».

Si cette disposition du traité CE reconnaît la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel, contrairement à l'exclusion de la compétence juridictionnelle organisée par l'article 68, paragraphe 2², elle introduit une limitation des conditions de saisine de la Cour au titre de cette procédure. En effet, seules les juridictions suprêmes sont habilitées à saisir la Cour par la voie préjudicielle³. Ce dispositif marque une rupture avec la procédure préjudicielle applicable à l'ensemble du droit communautaire qui reconnaît aux juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours

1 LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 813-881, sp. 861 et s.

2 « En tout état de cause, la Cour de justice n'est pas compétente pour statuer sur les mesures ou décisions prises en application de l'article 62, point 1, portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

3 Solution confirmée par la Cour de justice dans une ordonnance rendue dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, Ordonnance de la Cour, 10 juin 2004, *Magali Warbecq et Ryanair Ltd*, aff. C-555/03, Rec. I-6041.

juridictionnel la possibilité de saisir la Cour de justice d'une demande d'interprétation ou d'appréciation de validité des actes adoptés sur le fondement du traité CE¹.

L'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE établit une seconde différenciation avec la procédure classique. L'article 234, alinéa 3, du traité CE précise que lorsqu'une question d'interprétation ou d'appréciation de validité « est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice ». Concernant les domaines relevant du titre IV du traité CE, l'article 68 du traité CE indique que dans une telle situation la juridiction suprême « demande à la Cour de justice de statuer sur cette question ». Dans le premier cas de figure, la saisine de la Cour de Luxembourg est obligatoire alors que la question demeure ouverte dans le cas des matières relevant du titre IV du traité CE.

La justification avancée par les Etats membres pour motiver la modification de la procédure préjudicielle pour les matières relevant du titre IV du traité CE repose principalement sur le risque d'engorgement de la Cour de justice² et l'importance dans ces domaines sensibles de disposer de procédures rapides que la procédure préjudicielle aurait pour effet de retarder³. En effet, l'attribution de nouvelles compétences et la perspective d'un élargissement futur de l'Union européenne, qui plus est dans un contexte d'accroissement continu des affaires soumises à la Cour de justice depuis les années 90⁴, peuvent justifier la crainte d'un « déluge »⁵ d'affaires soumises à la Cour et un allongement consécutif des procédures préjudicielles. Cette justification semble toutefois limitée et les raisons de fond doivent principalement être recherchées dans la volonté récurrente des Etats membres de limiter autant que possible le rôle et la compétence de la Cour de justice⁶. Le maintien à l'issue de la période transitoire des

1 L'article 234, alinéa 2, du traité CE prévoit que lorsqu'une question portant sur l'interprétation du traité ou la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté « (...) est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question ».

2 Notamment, LABAYLE H. « La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35, sp. 32.

3 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des Régions et à la Cour de justice des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006) 346 final du 28.06.2006, sp. 9.

4 PEERS S. « The Future of the EU Judicial System and the EC Immigration and Asylum Law », E.J.M.L. 2005, pp. 263-274, sp. 265.

5 GUILD E. & PEERS S. « Deference or Defiance ? The Court of Justice's Jurisdiction over Immigration and Asylum » in GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Portland, 2001, 325 p., pp. 267-289., sp. 281.

6 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 258.

règles de saisine de la Cour de justice figurant dans le traité d'Amsterdam attestent de cette volonté, alors que l'article 67 du traité invitait le Conseil à les modifier¹.

Quoi qu'il en soit, la limitation de la compétence du juge communautaire produit d'importantes conséquences.

B. Les effets de la limitation

Comme la Cour de justice l'a souligné², cette nouvelle procédure peut produire des effets négatifs sur la protection juridictionnelle des particuliers (1) et l'application uniforme du droit communautaire³ (2).

1. Sur la protection juridictionnelle des particuliers

La première difficulté concerne la procédure d'interprétation préjudicielle. Les textes adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE ont souvent fait l'objet de négociations difficiles, attestant davantage d'un accord sur un compromis que de la volonté d'harmoniser les législations nationales, et laissent place par conséquent à de nombreuses ambiguïtés et imprécisions⁴, voire à des notions qui doivent nécessairement appeler clarification⁵. Dans ce contexte, l'impossibilité pour le juge national dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel de saisir la Cour de justice pour obtenir l'interprétation du droit dérivé constitue une limitation qui porte atteinte à la protection des particuliers et à la reconnaissance des droits qu'ils peuvent tirer du droit communautaire.

1 L'article 67, paragraphe 2, du traité CE prévoit qu'à l'issue de la période de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil prend une décision en vue « d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice ».

2 « Limiter la possibilité de saisir la Cour aurait pour effet de mettre en cause l'application et l'interprétation uniformes du droit communautaire dans l'ensemble de l'Union, et risquerait ainsi de priver les particuliers d'une protection juridictionnelle effective et de porter atteinte à l'unité de la jurisprudence. (...) Le système de renvoi préjudiciel constitue la véritable clé de voûte du fonctionnement du marché intérieur, puisqu'il est essentiel à la préservation du caractère communautaire du droit institué par les traités et qu'il a pour but d'assurer en toute circonstance à ce droit le même effet dans tous les États membres (...) L'une des missions essentielles de la Cour consiste précisément à assurer une telle interprétation uniforme et c'est en répondant aux questions posées par ces tribunaux nationaux qu'elle s'en acquitte », Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du TUE, Luxembourg, mai 1995, R.T.D.E. 1995, pp. 678-689, sp. 681.

3 Sur ces deux aspects de la fonction de la procédure préjudicielle, voir notamment BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 563.

4 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 259.

5 Voir pour quelques exemples DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 53.

La seconde difficulté concerne le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. On sait que l'accès limité des particuliers à la procédure du recours en annulation¹, et partant du contrôle de la légalité des actes communautaires, a été pondéré par le renvoi en appréciation de validité de l'article 234 du traité CE². Si ce recours permet aux particuliers, à l'occasion d'un litige, de contester la validité d'un acte de droit communautaire dérivé³, la jurisprudence constante de la Cour de justice indique que « les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires »⁴. Autrement dit, dans un souci d'assurer une application uniforme du droit communautaire et au nom de « la cohérence du système »⁵, la compétence exclusive pour annuler un acte d'une institution communautaire revient à la Cour de justice, soit par la voie de l'annulation soit par la voie de l'appréciation de validité. En pratique, une juridiction nationale saisie d'un litige à l'occasion duquel l'une des parties soulève l'invalidité d'un acte communautaire de droit dérivé doit, si elle estime l'argument fondé, s'adresser à la Cour de justice pour qu'elle apprécie la validité de l'acte en cause. Or, l'article 68 du traité CE rompt cet équilibre dans la mesure où seules les juridictions suprêmes sont habilitées à saisir la Cour de justice pour statuer sur la validité d'un acte. Ainsi, les juges de premier ressort sont tenus, en application du principe de primauté du droit communautaire, d'appliquer la règle communautaire quand bien même cette dernière présente des doutes sérieux quant à sa légalité. Au surplus, le juge national ne peut accorder une protection provisoire dans la mesure où elle n'est admise en application de la jurisprudence de la Cour de justice que lorsqu'elle est accompagnée d'un renvoi préjudiciel⁶. Cette solution porte potentiellement atteinte à la protection juridictionnelle des particuliers et à plus forte raison lorsque la mesure communautaire contestée soulève des questions de compatibilité avec les droits fondamentaux.

Certains auteurs ont toutefois cherché à minimiser la portée limitative de l'article 68 du traité CE. Ils ont souligné que de nombreux Etats membres ont limité les instances d'appel dans les domaines de l'asile et de l'immigration de sorte que l'accès à la Cour de justice peut être plus rapidement organisé. Ils ajoutent que dans plusieurs Etats membres, les recours sont organisés de telle sorte que la première juridiction à statuer est également la dernière. Ainsi, et en pratique, les juridictions de premières

-
- 1 Pour une illustration récente, CJCE, 1^{er} avril 2004, *Jégo Quéré et Cie SA*, aff. C-263/02 P, Rec. I-3425.
 - 2 SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 2001, 3^{ème} édition, 779 p., sp. 696.
 - 3 Ce dispositif a notamment permis à la Cour de justice de considérer que la combinaison des voies de droits ouvertes dans l'ordre juridique communautaire « a établi un système complet de voies de recours et de procédures destinées à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions », CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « les Verts » c/ Parlement européen*, aff. 294/83, Rec. p. 1339, point 23.
 - 4 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto – Frost et Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. p. 4225, point 20.
 - 5 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto – Frost et Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. p. 4225, point 18.
 - 6 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des Régions et à la Cour de justice des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006)346 final du 28.06.2006, sp. 4-5.

instances sont celles qui bénéficient de la faculté de saisir la Cour de justice au titre de l'article 68 du traité. Et les auteurs de conclure qu'en souhaitant restreindre l'accès à la Cour de justice, les ministres de l'Intérieur l'ont en fait augmenté¹. Reste que la démonstration ne convainc pas. D'une part, au regard du nombre limité d'Etats membres pris en exemple par les auteurs². D'autre part, en raison de la compétence des Etats membres pour organiser et modifier les procédures internes. Ainsi, un Etat membre peut toujours créer une juridiction interne et reporter de fait la saisine de la Cour de justice. Enfin, cette démonstration ne prend pas en compte l'existence d'autorités administratives qui ne rentrent pas dans la définition de juridiction au sens de la jurisprudence de la Cour³ et qui peuvent être amenées à statuer en matière migratoire.

Si la question ne se présente pas de la même manière dans le troisième pilier de l'Union européenne, dans la mesure où la compétence préjudicielle de la Cour de justice est conditionnée par une déclaration d'acceptation faite par les Etats membres, elle est en réalité paradoxale étant donné que la compétence préjudicielle est mieux assurée dans le pilier intergouvernemental que dans le pilier communautaire. L'article 35 du traité UE permet aux Etats membres d'accepter, par déclaration, la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres et des décisions et sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application. Cette disposition prévoit également que lorsque l'Etat membre accepte la compétence préjudicielle de la Cour de justice, il indique dans la déclaration les juridictions habilitées à saisir la Cour de justice par la voie préjudicielle. Ainsi, les Etats membres peuvent opter pour une approche restrictive, ne reconnaissant cette faculté qu'aux juridictions suprêmes, ou une approche plus libérale reconnaissant cette faculté à toute juridiction. L'état des déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour de justice, publié en mars 2008⁴, démontre que dix-sept Etats membres de l'Union européenne ont accepté la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le troisième pilier. Un seul d'entre eux, le Royaume d'Espagne, a limité la saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. Les autres Etats membres ont ouvert cette possibilité à toute juridiction⁵. Par ailleurs, dix Etats membres ont indiqué qu'ils se sont réservés le droit de prévoir dans leur législation interne l'obligation pour les juridictions suprêmes de saisir la Cour de justice lorsqu'une question d'interprétation

1 Sur cette démonstration, voir GUILD E. & PEERS S. « Deference or Defiance ? The Court of Justice's Jurisdiction over Immigration and Asylum » in GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Portland, 2001, 325 p., pp. 267-289., sp. 282.

2 Un seul Etat est cité en exemple, les Pays-Bas.

3 CJCE, 30 juin 1966, *Veuve G. Vaasen – Göbbels c/ Direction du Beambtenfonds voor het mijnbedrijf*, aff. 61-65, Rec. p. 377.

4 JO L 70/23 du 14.03.2008.

5 Le Royaume de Belgique, la République tchèque, la République fédérale d'Allemagne, la République hellénique, la République française, la République italienne, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand-duché de Luxembourg, la République de Hongrie, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République portugaise, la République de Slovaquie, la République de Finlande et le Royaume de Suède.

ou d'appréciation de validité portant sur les dispositions adoptées sur le fondement du titre VI du traité UE est soulevée dans une affaire pendante¹. Ainsi, la grande majorité des Etats membres a démontré une volonté d'accepter le jeu de cette procédure dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. En conséquence, la protection juridictionnelle est plus effective dans le troisième pilier que dans le premier. Parallèlement, la problématique tenant à l'application uniforme du droit communautaire est minimisée.

2. *Sur l'application uniforme du droit communautaire*

Contrairement aux objectifs poursuivis par la procédure préjudicielle², la procédure prévue par l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE porte atteinte à l'application uniforme du droit communautaire dans les Etats membres.

Cela résulte tout d'abord de la limitation réservant la saisine de la Cour de justice aux juridictions suprêmes. Lorsqu'une question portant sur l'interprétation du droit communautaire est soulevée devant une juridiction nationale dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel, cette juridiction ne peut saisir la Cour de justice et elle est donc obligée d'interpréter le droit communautaire. Ainsi, le traité crée les conditions d'une autonomisation des interprétations par les juges nationaux ce « qui pourrait faire naître (...) autant de droits communautaires qu'il y a d'ordres juridictionnels nationaux »³. Ce risque est réel, dans la mesure où le « volume matériel des questions entrant dans le champ des compétences de la Cour est à la fois gigantesque et pour bonne part encore en devenir »⁴, et avéré, étant donné que les textes adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE contiennent de nombreuses dispositions ambiguës⁵. Face au développement du droit communautaire de l'immigration et de

1 Le Royaume de Belgique, la République tchèque, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, le Grand-duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche et la République de Slovaquie.

2 « Or, la procédure par excellence qui permet à la Cour de garantir l'unité du droit communautaire est celle du renvoi préjudiciel prévu à l'article 234 du traité CE. Cette procédure, organisant une coopération étroite entre la Cour et les tribunaux nationaux, est au cœur de la construction de l'ordre juridique communautaire. », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des Régions et à la Cour de justice des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006) 346 final du 28.06.2006, sp. 4.

3 BOTELLA A.-S. « La responsabilité du juge national », R.T.D.E. 2004, pp. 283-315, sp. 305.

4 LABAYLE H. « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de Justice : le cas de l'espace de liberté, de sécurité et de justice » in DONY M. et BRIBOSIA E. (sous la direction de) « L'avenir du système juridictionnel de l'UE après le traité de Nice », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2002.

5 De l'aveu d'un haut fonctionnaire, une pratique nouvelle s'est développée dans le domaine de la politique migratoire visant à introduire dans les actes de droit dérivé des préambules d'une extrême longueur et précision. Cette pratique vise à justifier les dérogations insérées dans les textes et a pour principal objet d'éclairer les conditions d'adoption des articles dans l'hypothèse de recours. Cela signifie que les Etats membres sont conscients de l'ambiguïté juridique qui règne dans le droit en construction et qu'il

l'asile, le maintien de cette limitation procédurale augmente le risque d'un éclatement de l'interprétation des dispositions communautaires.

Ensuite, l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE entretient une ambiguïté relative à la saisine de la Cour de justice par les juridictions suprêmes. Contrairement à l'article 234 du traité CE qui contient une obligation de saisine de la Cour de justice lorsqu'une question d'interprétation ou d'appréciation de validité est soulevée devant une juridiction suprême, l'article 68, paragraphe 1^{er}, indique dans une situation similaire que la juridiction « demande à la Cour de justice de statuer sur cette question ». L'absence d'identité entre les deux dispositions du traité a divisé la doctrine entre les tenants de l'obligation de saisine¹ et les tenants de la thèse du caractère facultatif de la saisine². Plusieurs raisons militent toutefois pour la reconnaissance du caractère obligatoire de la saisine de la Cour de justice. Tout d'abord, l'utilisation du verbe « demande », comprise dans un sens d'obligation³, est confortée par la version anglaise du traité qui utilise une formulation obligatoire⁴. Ensuite, les Etats membres ne formulent finalement pas d'hostilité de principe à l'égard de cette obligation. Ainsi, parmi les dix-sept Etats membres ayant accepté la procédure préjudicielle dans le troisième pilier, plus de la moitié, dix, ont souligné qu'ils se réservent le droit d'introduire dans leur législation l'obligation pour les juridictions suprêmes de saisir la Cour de justice

aboutira tôt ou tard devant le juge national voire le juge communautaire, soit aux fins d'annulation, soit aux fins d'interprétation.

- 1 Pour les tenants de la thèse de l'obligation du renvoi, voir notamment GIRERD P. « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », R.T.D.E. 1999, pp. 239-260, sp. 242 et s. ; GIALDINO C. C. « Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam », R.M.U.E. n° 2/1998, pp. 89-124, sp. 105-108. ; PETITE M. « Le traité d'Amsterdam : ambition et réalisme », R.M.U.E. n° 3/1997, pp. 17-52, sp. 47 ; WATHELET M. « La Cour de justice : acteur et objet des réformes du traité d'Amsterdam » *in* LEJEUNE Y. « (Etudes coordonnées par) « Le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 512 p., pp. 127-144, sp. 136. Pour BRIBOSIA H., la subtilité est plus grande encore puisqu'il évoque l'organisation d'une obligation « atténuée », BRIBOSIA H. « Liberté, sécurité et justice : l'imbraglio d'un nouvel espace », R.M.U.E. n° 1/1998, pp. 27-54, sp. 34.
- 2 Pour les tenants d'une saisine facultative de la Cour de justice, voir WACHSMANN P. « Les droits de l'homme », R.T.D.E. 1999, pp. 883-902, sp. 890 ; LABAYLE H. « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam », A.J.D.A. 1997, pp. 923-935, sp. 935 ; SAURON J.-L. « Le traité d'Amsterdam : une réforme inachevée ? », Dalloz, 1998, pp. 69-78, sp. 74 ; CARLIER J.-Y. et VAN SIMAEYS B. « Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice » *in* LEJEUNE Y. « (Etudes coordonnées par) « Le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 512 p., pp. 227-285, sp. 275 et s.
- 3 Voir en ce sens, GIALDINO C. C. « Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam », R.M.U.E. n° 2/1998, pp. 89-124, sp. 106 ; GAUTIER M. « L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 705 p., sp. 580.
- 4 Article 68, paragraphe 1^{er} du traité CE « Article 234 shall apply to this title under the following circumstances and conditions : where a question on the interpretation of this title or on the validity or interpretation of acts of the institutions of the Community based on this title is raised in a case pending before a court or a tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court of Justice to give a ruling thereon » (Souligné par nous).

lorsqu'une question d'interprétation est soulevée¹. Par ailleurs, ils ont accepté dans le traité de Lisbonne de soumettre la politique d'immigration et d'asile à la procédure préjudicielle « normale ». Enfin, la Cour de justice a reconnu que l'inexécution par une juridiction statuant en dernier ressort de son obligation de renvoi préjudiciel, en vertu de l'article 234 du traité CE, constitue une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire pour engager la responsabilité de l'Etat membre². Aussi, on imaginerait mal que cette responsabilité puisse être engagée au sujet du versement d'une indemnité d'ancienneté et non dans le cadre de la politique d'immigration ou d'asile. Si la Cour de justice était seule compétente pour trancher cette question³, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui abroge cette disposition rend désormais la problématique obsolète.

En fin de compte, la procédure préjudicielle de l'article 68 du traité CE pose de nombreuses difficultés, qu'il s'agisse de la protection effective des particuliers ou encore de l'application uniforme du droit communautaire. Il est regrettable que les Etats membres n'aient pas saisi l'occasion de la fin de la période de transition pour modifier les règles applicables à la procédure préjudicielle, comme l'article 67 du traité CE les invitait pourtant à le faire. Peut être que les adaptations prévues par le traité et celles développées ultérieurement ont justifié cet immobilisme.

II. L'ADAPTATION DE LA PROCÉDURE PRÉJUDICIELLE

Les conditions d'exercice de la procédure préjudicielle organisées par l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE ne permettent pas d'assurer un contrôle juridictionnel satisfaisant et posent des difficultés au regard de l'application du droit communautaire dans les Etats membres. Ce faisant, plusieurs adaptations ont été introduites. La

1 « en faisant les déclarations susvisées, le Royaume de Belgique, la République tchèque, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, le Grand-duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche et la République de Slovénie se sont réservé le droit de prévoir, dans leur législation nationale, que lorsqu'une question concernant la validité ou l'interprétation d'un acte visé à l'article 35, paragraphe 1, est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice », JO L 70/23 du 14.03.2008.

2 « le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées », CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*, aff. C-224/01, Rec. I-10239, point 59.

3 Sachant qu'une réponse en faveur du caractère obligatoire de la saisine aurait pour effet de « renforcer l'obligation de contrôle juridictionnel de l'application uniforme du droit communautaire par les tribunaux nationaux, BOTELLA A.-S. « La responsabilité du juge national », R.T.D.E. 2004, pp. 283-315, sp. 286.

première résulte du traité d'Amsterdam qui introduit une procédure inédite de saisine de la Cour pour interprétation des actes fondés sur le titre IV du traité CE, dont les modalités de mise en œuvre et les effets diffèrent de la procédure préjudicielle classique (A). La seconde adaptation, adoptée ultérieurement, concerne l'institutionnalisation d'une procédure préjudicielle d'urgence applicable aux domaines relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (B).

A. Le recours en interprétation de l'article 68, paragraphe 3

Afin de compenser¹ l'accès limité du prétoire communautaire aux juridictions suprêmes, l'article 68, paragraphe 3 du traité CE crée une nouvelle procédure de saisine de la Cour de justice aux fins d'interprétation. Cette disposition prévoit que « le Conseil, la Commission ou un Etat membre a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer sur une question d'interprétation du présent titre ou d'actes pris par les institutions de la Communauté sur base de celui-ci. L'arrêt rendu par la Cour de justice en réponse à une telle demande n'est pas applicable aux décisions des juridictions des Etats membres qui ont force de chose jugée ».

Si cette nouvelle procédure repose sur un mécanisme de questions posées à la Cour de justice en vue d'obtenir une interprétation du droit communautaire, elle ne saurait être considérée comme entretenant une parenté avec la procédure préjudicielle de l'article 234 du traité CE, tant au regard de ses modalités de mise en œuvre que de ses effets. Tout d'abord, cette procédure procède d'une « remise en cause de la procédure de juge à juge »² dans la mesure où la saisine de la Cour de justice n'est pas opérée par les juridictions nationales à l'occasion d'un litige mais par des requérants privilégiés limitativement énumérés, le Conseil, la Commission ou un Etat membre. La mise à l'écart de l'institution parlementaire est en revanche plus curieuse. Si ce choix peut résulter de sa position relativement faible dans la procédure législative par le biais de la consultation, le développement de la procédure de codécision après la période de transition rend la solution dégagée dans l'article 68, paragraphe 3, plus difficile à tenir³. Ensuite, et contrairement à la procédure préjudicielle classique, cette procédure n'implique pas la réalité d'un litige ce qui évacue la jurisprudence relative à l'irrecevabilité des litiges fictifs⁴. La procédure révèle alors un caractère

1 « la suppression, pour ce titre, du droit de demande préjudicielle des juridictions inférieures est compensée par l'introduction d'un droit objectif de demande préjudicielle de la Commission et des États membres (...) », Rapport du Parlement européen sur le traité d'Amsterdam, Commission institutionnelle, co-rapporteurs MENDEZ DE VIGO I. et TSATSOS D., A4-0347/97, sp. 56.

2 GIRERD P. « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », R.T.D.E. 1999, pp. 239-260, sp. 247.

3 Sur ce point voir notamment, CHENEVIÈRE C. « L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris », C.D.E. 2004, pp. 567-589, sp. 583-584 et 589.

4 « Néanmoins, il résulte d'une jurisprudence constante que la Cour ne peut pas statuer sur une question préjudicielle lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire demandée par une juridiction nationale n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige, ou encore lorsque le problème est de nature hypothétique et que la Cour ne dispose pas des éléments de fait ou de

préventif¹, voire prospectif². En tout état de cause, le régime du nouveau dispositif ouvre la voie à des interprétations diverses puisque la procédure est « non contentieuse de caractère abstrait »³ pour les uns, « consultative (...) à effet contentieux (...) »⁴ pour les autres, ou encore similaire à un « recours en interprétation de la loi »⁵. Enfin, l'effet de l'arrêt rendu par la Cour de justice sur le fondement de l'article 68, paragraphe 3 « n'est pas applicable aux décisions des juridictions des Etats membres qui ont force de chose jugée ». Autrement dit, ces arrêts s'appliquent aux instances en cours et à venir et ne peuvent avoir un effet rétroactif, contrairement à la procédure préjudicielle de l'article 234 du traité CE⁶. En outre, la spécificité de la procédure instituée par l'article 68, paragraphe 3, ne semble pas ouvrir la voie à l'application de la jurisprudence de la Cour de justice imposant à un organe administratif, conformément à l'obligation de coopération loyale, « de réexaminer une décision administrative définitive afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente retenue entre-temps par la Cour »⁷. En effet, les conditions d'application de cette jurisprudence reposent sur une interprétation du droit communautaire intervenant ultérieurement à la décision administrative et dans un cadre circonstanciel clairement déterminé⁸.

droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées », CJCE 25 mai 1998, *Roubollah Nour et Burgenländische Gebietskrankenkasse*, aff. C-361/94, Rec. I-3101, point 12.

- 1 Comme le souligne le Professeur BLUMANN lorsqu'il qualifie l'esprit de ce recours qui vise à « prévenir les litiges ultérieurs », BLUMANN C. « Aspects institutionnels », R.T.D.E. 1997, pp. 721-749, sp. 746.
- 2 « (...) Cette innovation présente l'avantage de permettre, lorsque dans la pratique un point de droit – qui concerne des milliers de cas spécifiques – est contesté, à l'instance supérieure de se prononcer dès avant la première décision administrative. Il est ainsi non seulement possible d'empêcher, par la voie d'une procédure unique, que les organes juridictionnels ne soient confrontés à des milliers de plaintes, mais aussi d'éviter à tous les intéressés d'être exposés à une décision qui leur serait éventuellement préjudiciable et contre laquelle ils devraient former un recours », Rapport du Parlement européen sur le traité d'Amsterdam, Commission institutionnelle, co-rapporteurs MENDEZ DE VIGO I. et TSATSOS D., A4-0347/97, sp. 56.
- 3 GIALDINO C. C. « Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam », R.M.U.E. n° 2/1998, pp. 89-124, sp. 109.
- 4 GIRERD P. « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », R.T.D.E. 1999, pp. 239-260, sp. 247.
- 5 SAURON J.-L. « Le traité d'Amsterdam : une réforme inachevée ? », D. 1998, pp. 69-78, sp. 74.
- 6 Dans le cadre de la procédure préjudicielle de l'article 234 du traité CE, la Cour de justice s'est reconnue la possibilité de déterminer les effets *ex tunc* et *ex nunc* des arrêts. Sur ce point, voir SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 2001, 3^{ème} édition, 779 p., sp. 703-706.
- 7 CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV et Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-453/00, Rec. I-837, point 28.
- 8 « Ainsi qu'il ressort du dossier, ces circonstances sont les suivantes. Premièrement, le droit national reconnaît à l'organe administratif la possibilité de revenir sur la décision en cause au principal devenue définitive. Deuxièmement, celle-ci n'a acquis son caractère définitif qu'à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel. Troisièmement, cet arrêt était fondé sur une interprétation du droit communautaire qui était, au vu d'un arrêt postérieur de la Cour, erronée et avait été retenue sans que celle-ci ait été saisie à titre préjudiciel dans les conditions prévues à l'article 234, paragraphe 3, CE. Quatrièmement, l'intéressée s'est adressée à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de cet arrêt de la Cour », CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV et Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-453/00, Rec. I-837, point 28.

Au-delà de ces spécificités, la procédure de l'article 68, paragraphe 3, n'a pas été déclenchée. Or, le droit communautaire de l'immigration et de l'asile contient de nombreuses dispositions difficiles à interpréter qui auraient ou peuvent faire l'objet d'une demande d'interprétation, en vue notamment de permettre aux Etats membres de transposer correctement le droit communautaire. A titre d'exemple, la distinction existante dans deux directives¹ entre « mesures » et « conditions » d'intégration des ressortissants de pays tiers demeure difficile à circonscrire². Cette situation est embarrassante dans la mesure où le bénéfice de certains droits accordés par les directives dépend justement de l'interprétation que les Etats membres en livrent. Cet exemple isolé, mais non exclusif, démontre finalement que la procédure de l'article 68, paragraphe 3, peut présenter des avantages. D'une part, elle permet aux Etats membres de disposer d'une interprétation commune de certaines dispositions des directives en vue de leur transposition en droit interne. D'autre part, et en conséquence, elle limite le recours ultérieur à la procédure préjudicielle qui, telle qu'organisée dans le titre IV du traité CE, peut intervenir longtemps après l'expiration du délai de transposition. Dans l'hypothèse d'une interprétation de la Cour établissant une incompatibilité entre le droit interne et le droit communautaire, les particuliers sont donc privés du bénéfice de leurs droits jusqu'à l'arrêt de la Cour de justice. Enfin, l'interprétation de la Cour constitue un élément d'évaluation pour la Commission dans le cadre de sa mission de « gardienne des traités » et de la mise en œuvre de la procédure en manquement pour violation du droit communautaire. En fin de compte, tous ces avantages constituent autant de limitations à la marge de manœuvre des Etats membres, ce qui explique vraisemblablement que ni le Conseil, ni les Etats membres n'ont souhaité l'activer, et sans qu'il soit possible d'expliquer les raisons de l'inaction de la Commission. Jamais utilisée, cette procédure n'a pas été reprise dans les dispositions du traité de Lisbonne.

Si le traité d'Amsterdam prévoit une procédure visant à compenser le caractère limitatif de la procédure préjudicielle, le développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et la spécificité des matières concernées imposent de rechercher les moyens de rendre la procédure préjudicielle plus effective au travers de la création d'une procédure préjudicielle d'urgence.

B. La procédure préjudicielle d'urgence

La limitation de la procédure préjudicielle par l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité d'Amsterdam devenait de plus en plus difficile à tenir dans un domaine en développement constant et imposait une réforme de la procédure préjudicielle (1). Plusieurs pistes de réflexion ont été proposées par les institutions permettant de délimiter le champ de la

1 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003 ; Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16/44 du 23.01.2004.

2 Voir notamment au sujet de la directive relative au droit au regroupement familial, GROENENDIJK K. « Family Reunification as a Right under Community Law », E.J.M.L., 2006, pp. 215-230, sp. 224.

réforme (2) et d'aboutir à la création d'une procédure préjudicielle d'urgence dans les matières relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (3).

1. La nécessité d'une réforme de la procédure préjudicielle

La nécessité de réformer les conditions de mise en œuvre de la procédure préjudicielle dans les domaines relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice s'est imposée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, au regard de la longueur des procédures qui ne permettent pas d'assurer une réponse aux questions soulevées dans un délai raisonnable alors que les matières concernées requièrent d'être traitées dans des délais brefs. D'une part, les limitations de saisine de la Cour de justice par la voie préjudicielle définies par l'article 68, paragraphe 1^{er}, obligent les particuliers à épuiser les voies de recours interne pour demander au juge de dernier ressort de saisir la Cour de justice. Cette procédure peut être non seulement longue mais également coûteuse¹ pour le justiciable. D'autre part, le délai de traitement d'une question préjudicielle, même s'il a connu des améliorations depuis quelques années², est approximativement de 20 mois au cours desquels le juge national suspend l'affaire au fond³. Le cumul de ces délais ne correspond pas à l'urgence qui caractérise le traitement de questions relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En effet, les situations de vulnérabilité dans lesquelles se retrouvent certains justiciables – demandeurs d'asile, personnes menacées d'expulsion ou problèmes relatifs à la garde d'enfants⁴ – imposent que des solutions soient délivrées rapidement pour assurer leur protection juridique. Par ailleurs, le droit interne et le droit communautaire imposent aux autorités nationales de statuer dans des délais déterminés⁵ que la mise en œuvre de la procédure préjudicielle empêche de respecter. En second lieu, si le contentieux relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice est demeuré relativement limité, en raison du décalage entre l'action législative communautaire et le déclenchement du contentieux devant les juridictions

1 Rapport sur la proposition de décision du Conseil adaptant les dispositions relatives à la Cour de justice dans les domaines couverts par le titre IV de la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne, SZAJER J. A6-0082/2007, sp. 7.

2 Comme le note le rapport annuel de la Cour de justice de 2007 au sujet de la procédure préjudicielle « Les statistiques judiciaires de la Cour pour l'année 2007 révèlent une nette amélioration par rapport à l'année précédente. Il importe en particulier de signaler la diminution, pour la quatrième année consécutive, de la durée des procédures devant la Cour et l'augmentation d'environ 10 % du nombre d'affaires clôturées par rapport à l'année 2006 », Rapport annuel de La Cour de justice, 2007, sp. 9-10.

3 Il est précisément d'une moyenne de 19, 3 mois pour l'année 2007, voir notamment VAN DER JEUGHT S. et KOLOWCA I. « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », J.D.E, juin 2008, n° 150, pp. 175-176.

4 SKOURIS V. « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels » *in* Liber Amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 798 p., pp. 59-78, sp. 72.

5 Dans le domaine de la politique d'asile et d'immigration, les règlements et directives adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE imposent des délais auxquels les autorités nationales doivent se conformer, qu'il s'agisse de délais à respecter dans le cadre de procédures entre les autorités nationales ou de délais relatifs aux relations entre les ressortissants de pays tiers et les autorités nationales portant par exemple sur une procédure de demande de titre ou de statut, sur la délivrance de documents ou encore la fourniture d'informations.

internes, la production normative « impressionnante »¹ de la Communauté au cours des premières années de mise en œuvre de la compétence et l'expiration des délais de transposition des directives ouvrent la voie à une augmentation des recours devant le juge de Luxembourg. En conséquence, une prise en compte des conditions d'accès des particuliers à la justice communautaire est devenue nécessaire.

2. *Les propositions de réforme*

Le programme de La Haye soulignait cet impératif et convenait, dans la lignée du traité constitutionnel², « de réfléchir à l'instauration d'une procédure permettant de traiter rapidement et correctement les questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice »³. La Commission a pris l'initiative de la réflexion en proposant d'étendre le renvoi préjudiciel aux juridictions nationales exclues de cette procédure et d'abandonner les restrictions à la compétence de la Cour relative aux questions portant sur l'ordre public⁴. Concernant l'accélération des procédures préjudicielles, la Commission a renvoyé le traitement de cette question à la Cour de justice à laquelle elle estimait « qu'il faut faire confiance »⁵. Autrement dit, « la balle venait sans aucun doute d'être placée dans le camp de la Cour »⁶. Trois mois plus tard, fin septembre 2006, le Président de la Cour de justice faisait parvenir à la présidence de l'Union européenne un document de réflexion portant sur le traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁷. Comme le soulignait le président de la Cour « la limitation radicale des phases de la procédure, la réduction du nombre d'acteurs impliqués dans celle-ci, la dérogation aux règles linguistiques et la mise en disponibilité d'une formation spéciale au sein de la Cour se sont imposées comme des choix nécessaires pour atteindre l'objectif d'un traitement

1 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » *in* JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 52.

2 L'article III-369 du traité constitutionnel prévoit que lorsqu'une question préjudicielle soulevée devant une juridiction nationale concerne une personne détenue, « la Cour statue dans les plus brefs délais ».

3 La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, point 3.1.

4 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des Régions et à la Cour de justice des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006) 346 final du 28.06.2006.

5 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des Régions et à la Cour de justice des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006) 346 final du 28.06.2006, sp. 9.

6 SKOURIS V. « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels » *in* Liber Amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 798 p., pp. 59-78, sp. 73.

7 Traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *Doc. 13272/06* du 28 septembre 2006.

urgent mais non expéditif »¹. Sur ce fondement, le document de réflexion adressé à la présidence indiquait qu'il était opportun de créer un nouveau type de procédure « qui pourrait être appelée procédure préjudicielle d'urgence »² et formulait deux options. La première option prévoyait que « seuls pourraient participer à la procédure les parties au litige national, l'État membre dont relève la juridiction à l'origine de la demande préjudicielle, la Commission et les institutions dont émane l'acte dont la validité est contestée ou l'interprétation est demandée ». La Cour rendrait alors une ordonnance dont le réexamen pourrait toutefois être demandé par les États membres ou institutions exclues de la première phase dans un délai de un mois et donnant lieu au prononcé d'un arrêt. La seconde option prévoyait en revanche la participation de l'ensemble des acteurs normalement habilités à intervenir dans les procédures juridictionnelles mais avec des règles et des pratiques plus strictes³ et débouchant sur le prononcé d'un arrêt. Selon le document de réflexion les deux procédures présentaient des avantages différents, la rapidité pour la première et l'apport d'observations formulées par les États membres et les institutions pour la seconde. En fin de compte, tout l'enjeu de la réforme a reposé sur la délicate articulation entre l'accélération de la procédure et le maintien de la participation des États membres à la procédure⁴.

Dans une lettre en réponse au document de réflexion, le groupe « Cour de justice » du Conseil indique que le Conseil est en mesure d'accepter la procédure préjudicielle d'urgence présentée dans la seconde option. Il précise notamment que la nouvelle procédure doit tenir compte « du fait que les États membres doivent avoir une possibilité réelle de participer à la procédure »⁵. L'orientation des États membres est déterminante. D'une part, elle atteste de leur refus d'être écartés de la procédure préjudicielle. D'autre part, elle lie la Cour de justice dans la mesure où le Conseil doit approuver toute modification du règlement de procédure de la Cour et statuer à l'unanimité pour modifier les dispositions du statut de la Cour de justice⁶. C'est donc sur la base de la seconde option que la nouvelle procédure préjudicielle d'urgence doit être fondée.

1 SKOURIS V. « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels » *in* Liber Amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 798 p., pp. 59-78, sp. 74.

2 Traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *Doc. 13272/06* du 28 septembre 2006, sp. 5.

3 Traduction dans toutes les langues des seules questions préjudicielles, fixation d'un délai de réponse plus bref que dans le cadre de la procédure accélérée, fixation de la longueur maximale des observations, voire absence d'observations écrites, absence de conclusions de l'avocat général, lequel serait toutefois entendu comme dans la procédure accélérée.

4 Sur ce point, voir notamment BERNARD E. « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », Europe, Mai 2008, pp. 5-8.

5 Projet de lettre au Président de la Cour de justice, *Doc. 6900/07* du 28 février 2007.

6 Article 245, alinéa 2 du traité CE « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur demande de la Cour de justice et après consultation du Parlement européen et de la Commission, ou sur demande de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la Cour de justice, peut modifier les dispositions du statut, à l'exception de son titre I ».

3. *L'établissement d'une procédure préjudicielle d'urgence*

Approuvée par le Conseil le 20 décembre 2007¹, la modification du règlement de procédure de la Cour portant création d'une procédure préjudicielle d'urgence a été publiée en janvier 2008 et a pris effet au 1^{er} mars². La réforme porte sur deux points, la création d'une chambre spéciale et la simplification de la procédure préjudicielle.

Plutôt que d'affecter le traitement des renvois préjudiciels à une formation de jugement déjà existante, la Cour a décidé de désigner une chambre spécialisée pour le traitement des questions préjudicielles urgentes. Composée de cinq juges, l'article 104, paragraphe 5, du règlement de procédure prévoit que la chambre peut siéger à trois juges, pour les affaires ayant un caractère répétitif ou ne posant pas de difficultés particulières, ou décider de renvoyer une affaire devant la Cour notamment en raison de la complexité de la question soumise³. La chambre spécialisée exerce deux missions. Tout d'abord, elle apprécie le caractère d'urgence de la question posée par la juridiction nationale. Cette fonction peut toutefois s'avérer difficile à remplir compte tenu du caractère large de la notion d'urgence. Si les délais imposés par le droit communautaire permettent une évaluation objective de l'urgence, une note informative de la Cour de justice précise que l'urgence est constituée « lorsqu'il est absolument nécessaire que la Cour statue sur le renvoi dans les plus brefs délais » par exemple « dans le cas d'une personne détenue ou privée de liberté, lorsque la réponse à la question soulevée est déterminante pour l'appréciation de la situation juridique de cette personne »⁴. Dans ce cas de figure, les questions relatives à l'interprétation de la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures applicables au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier risquent d'emprunter la voie de la procédure préjudicielle d'urgence notamment au regard de la question de la rétention⁵. Ensuite, et si l'urgence est constatée, la chambre statue sur la demande préjudicielle.

Le second apport de la réforme concerne la simplification de la procédure préjudicielle qui se traduit par une limitation et une simplification des étapes de la procédure classique⁶. La procédure préjudicielle d'urgence est déclenchée sur demande de la juridiction nationale qui introduit le renvoi, exception faite des cas dans lesquels le Président de la Cour de justice décide d'office de soumettre la question à la procédure d'urgence. A cette occasion, le juge national expose les circonstances de droit et fait qui établissent l'urgence et indique, dans la mesure du possible, la réponse qu'il propose

1 Conseil Environnement du 20 décembre 2007, *Doc. 16183/1/07 REV*, sp. 26.

2 Modifications du règlement de procédure de la Cour de justice, JO L 24/39 du 29.01.2008.

3 Sur ce point, voir notamment BERNARD E. « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », Europe, Mai 2008, pp. 5-8.

4 Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les Etats membres. Complément suite à l'entrée en vigueur de la procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 64/1 du 08.03.2008, sp. point 7.

5 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 du 24.12.2008.

6 Point 3 du préambule, Modifications du règlement de procédure de la Cour de justice, JO L 24/39 du 29.01.2008.

aux questions préjudicielles. Le renvoi préjudiciel et la décision de soumettre le renvoi préjudiciel à la procédure d'urgence sont notifiés aux parties, à l'Etat membre dont relève la juridiction, à la Commission ainsi qu'aux institutions visées à l'article 23, alinéa 1^{er}, du statut de la Cour et dans les conditions prévues par cette disposition¹. Contrairement à la procédure préjudicielle « normale », les autres Etats membres sont tenus informés de la demande et de la décision de soumettre le renvoi à la procédure d'urgence. C'est ici que se situe l'apport essentiel de la nouvelle procédure. En effet, dans le cadre de la procédure de l'article 234 du traité CE, les renvois préjudiciels sont notifiés dans leur langue à l'ensemble des Etats membres afin qu'ils puissent déposer des observations au cours de la phase écrite de la procédure. En pratique, cette procédure constitue une charge administrative d'organisation et de traduction très lourde qui allonge de manière incompressible la procédure². Ainsi, le document de réflexion de la Cour de justice soumis à la présidence indiquait que le délai nécessaire à la prise de décision et à sa rédaction est seulement d'une semaine³ dans le cadre d'une procédure durant en moyenne 20 mois... A l'issue de la phase écrite, la chambre de jugement fixe une date pour l'audience au cours de laquelle les Etats membres peuvent intervenir oralement⁴. La chambre statue enfin après avoir entendu l'avocat général.

En résumé, en limitant les acteurs autorisés à participer à la phase écrite, la nouvelle procédure d'urgence allège les contraintes administratives et permet une compression de la durée de la procédure préjudicielle. La première affaire rendue par la Cour selon la procédure d'urgence dans un litige portant sur le droit de garde d'un enfant en témoigne⁵. La Cour a reçu la demande de la juridiction nationale le 22 mai 2008 et décidé de donner suite à la procédure le lendemain. L'audience s'est tenue les 26 et 27 juin et l'arrêt rendu le 11 juillet, soit 50 jours après la saisine de la Cour.

A l'occasion de cette affaire, sept Etats membres ont présenté des observations lors de la procédure orale. Si cela confirme l'attachement qu'ils formulent à bénéficier d'une réelle participation à la procédure préjudicielle notamment pour faire valoir leurs observations, cette participation constitue aussi un facteur important de l'économie du

1 Article 23, alinéa 1^{er}, du statut de la Cour de justice « Dans les cas visés à l'article 35, paragraphe 1, du traité UE, à l'article 234 du traité CE et à l'article 150 du traité CEEA, la décision de la juridiction nationale qui suspend la procédure et saisit la Cour est notifiée à celle-ci à la diligence de cette juridiction nationale. Cette décision est ensuite notifiée par les soins du greffier de la Cour aux parties en cause, aux Etats membres et à la Commission, ainsi qu'au Conseil ou à la Banque centrale européenne, si l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée émane de ceux-ci, et au Parlement européen et au Conseil, si l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée a été adopté conjointement par ces deux institutions ».

2 Pour une description de la procédure et de ses implications, voir SKOURIS V. « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels » *in* Liber Amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 798 p., pp. 59-78, sp. 61-65.

3 Traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *Doc. 13272/06* du 28 septembre 2006, sp. 5.

4 Dans la mesure où ces Etats membres ne sont « pas autorisés à déposer des observations écrites », VAN DER JEUGHT S. et KOLOWCA I. « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européenne », *J.D.E.*, juin 2008, n° 150, pp. 175-176, sp. 176.

5 CJCE 11 juillet 2008, Inga RINAU, aff. C-195/08 PPU, non publiée.

renvoi préjudiciel. D'une part, les observations des Etats membres permettent à la Cour de justice de disposer d'informations importantes pour apprécier les différences existantes entre les systèmes juridiques nationaux et lui permettent de rendre son arrêt en prenant ces éléments en considération. D'autre part, et de manière plus générale, la participation des Etats à la procédure assure « l'autorité interprétative d'un arrêt de la Cour sur renvoi préjudiciel, et son acceptabilité dans les différents ordres juridiques nationaux »¹.

La création d'une procédure préjudicielle d'urgence constitue un apport important au moment où la transposition des règles communautaires en matière d'asile et d'immigration commence à produire ses effets dans les Etats membres. Elle s'inscrit également dans une démarche nécessaire dans la perspective de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. En effet, ce dernier met fin à la limitation de la procédure préjudicielle consacrée par l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE « ce qui provoquera, sans nul doute, une augmentation importante des renvois préjudiciels »². Dans ce contexte, et compte tenu des difficultés d'interprétation qui risquent d'émerger de situations sensibles, qu'il s'agisse de demandeurs d'asile ou de personnes placées en rétention³, la procédure d'urgence constituera une garantie de protection des ressortissants de pays tiers et assurera une application uniforme du droit communautaire dans les Etats membres.

SOUS-SECTION 2. LE RECOURS EN ANNULATION ET LE RECOURS EN MANQUEMENT

La limitation de la compétence juridictionnelle de la Cour de justice ne concerne que le renvoi préjudiciel de sorte que les autres voies de droit communautaire jouent dans le titre IV du traité CE. Deux voies de recours ont une incidence déterminante dans le domaine du titre IV⁴. Si le recours en annulation assure un contrôle de l'action de la Communauté et permet d'exercer un contrôle de la légalité des actes de droit dérivé (I), le recours en manquement vise à assurer une application correcte du droit communautaire dans et par les Etats membres (II).

1 SKOURIS V. « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels » *in* Liber Amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 798 p., pp. 59-78, sp. 76.

2 BERNARD E. « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », Europe, Mai 2008, pp. 5-8.

3 Pour une affaire concernant la rétention, voir notamment CJCE 30 novembre 2009, *Said Samilovich Kadzoev*, C-357/09 PPU, non publiée.

4 Compte tenu de leur spécificité et de l'absence d'incidence dans le domaine de la politique migratoire, cette sous-partie ne traite pas du recours en carence, du recours en indemnité et de l'exception d'illégalité.

I. LE RECOURS EN ANNULATION

L'article 230 du traité CE attribue à la Cour de justice le « contrôle de la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la BCE, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers ». Recours direct contre les actes des institutions communautaires¹, le contrôle exercé par la Cour de justice concerne le respect des conditions d'adoption du droit communautaire et le respect par les règles adoptées des droits fondamentaux, conformément à l'article 6, paragraphe 2, du traité UE². Si ces deux moyens ont constitué les bases de l'action contentieuse dans le domaine du titre IV du traité CE, la saisine de la Cour de justice dans le domaine de la politique migratoire a révélé une autre réalité, celle de l'utilisation du recours en annulation à des fins stratégiques³. Tout d'abord, les acteurs n'ayant pas, volontairement ou institutionnellement, joué un rôle déterminant dans l'élaboration et l'adoption des textes ont utilisé le recours en annulation pour manifester leur opposition aux textes (A). Ensuite, et de manière plus classique, le contrôle de la légalité a permis à certaines institutions de faire valoir le maintien de prérogatives institutionnelles (B).

- 1 Nous n'aborderons pas dans ce développement la multitude des questions techniques touchant au recours en annulation. Sur ce thème voir en particulier, SOULARD C., *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 330 ; SOULARD C., *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 331 ; WAELEBROECK M. et SPELTDOORN O. « Annulation (Recours en) », *Répertoire communautaire Dalloz* ; BARAV A. « Le juge et le justiciable » *in* Scritti in onore di GIUSEPPE FEDERICO MANCINI, Giuffrè, vol. II, 1033 p., pp. 1-74, sp. 7-19. Sur la question particulière des recours introduits par les particuliers, voir notamment JACQUE J.-P. « Le tribunal de première instance et la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union », *E.D.L.* n° 8, mai 2002, pp. 3-7 ; MEHDI R. « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu... », *R.T.D.E.* 2003, pp. 23-50 ; JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2006, 4^{ème} édition, 779 p., spécialement pp. 653-661 ; RIDEAU J. « Recours en annulation. Conditions de recevabilité », Fasc. 330, *Juris-Classeur Europe Traité*, 2008.
- 2 Article 6, paragraphe 2 « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».
- 3 A noter que les potentialités de mise en œuvre du recours en annulation soulignées en doctrine après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ne se sont pas produites. Elles concernaient notamment la délimitation de la compétence des États membres au titre de l'article 68, paragraphe, 2 du traité CE relatif au maintien de l'ordre public et de la sécurité publique ou encore le contentieux de la base juridique entre le premier et le troisième pilier. A ce sujet voir notamment LABAYLE H. « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de Justice : le cas de l'espace de liberté, de sécurité et de justice » *in* DONY M. et BRIBOSIA E. (sous la direction de) « L'avenir du système juridictionnel de l'UE après le traité de Nice », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2002 ; PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 259-260.

A. La stratégie contentieuse des acteurs « éloignés »

Le Parlement européen et le Royaume-Uni interviennent de manière différente dans le processus décisionnel en matière migratoire. Si le premier était institutionnellement affaibli dans la mesure où il n'intervenait initialement que par la voie de la consultation¹, le second détermine les conditions de sa participation au développement du titre IV et de l'acquis de Schengen en raison de la faculté de dérogation organisée par le traité. C'est notamment en raison de leur position singulière dans le processus décisionnel que ces deux acteurs ont introduit des recours en annulation.

Ainsi, le recours en annulation introduit par le Parlement européen contre la directive relative au droit au regroupement familial² a permis à l'institution parlementaire de marquer sa désapprobation sur un texte vis-à-vis duquel son intervention a été minorée, pour ne pas dire simplement ignorée, par les Etats membres qui ont transformé la procédure de consultation en procédure purement formelle³. De ce point de vue, le fondement de l'action contentieuse a résulté en partie des « difficultés politico-juridiques »⁴ ayant marqué le processus d'adoption de la directive. Sur le fond, le recours en annulation formé par le Parlement européen et l'arrêt rendu par la Cour⁵ méritent l'attention dans la mesure où ils inaugurent un « contentieux d'un « nouveau type » appelé sans nul doute à prospérer, celui de la protection des droits fondamentaux »⁶. En effet, et indépendamment du rejet du pourvoi par la Cour de justice, l'arrêt prononcé procède à un encadrement important des marges de manœuvre des Etats membres fondé sur le respect des instruments de protection des droits fondamentaux⁷. Ainsi, et

1 Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la procédure de consultation demeure applicable aux mesures adoptées dans le domaine de l'immigration légale.

2 CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.

3 PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 254.

4 MARTIN D. « La Cour de justice et le droit au regroupement familial : trop ou trop peu ? », R.T.D.H. 2008, pp. 595-609, sp. 596.

5 CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.

6 BURGORGUE-LARSEN L. « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », A.J.D.A. 2006, Actualité jurisprudentielle, pp. 2285-2288, sp. 2287.

7 Sur cette affaire, voir LABAYLE H. « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », R.F.D.A., 2007, pp. 101-133 ; MARTIN D. « La Cour de justice et le droit au regroupement familial : trop ou trop peu ? », R.T.D.H. 2008, pp. 595-609 ; DRYWOOD E. « Giving with one hand, taking with the other : fundamental rights, children and the family reunification decision », E.L.R. 2007, pp. 396-407 ; KAUFF-GAZIN F. « Exercice du droit au regroupement familial », *Europe*, Août-Septembre 2006, pp. 13-14 ; BURGORGUE-LARSEN L. « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », A.J.D.A. 2006, Actualité jurisprudentielle, pp. 2285-2288, sp. 2287 ; MASSON B. « L'harmonisation des conditions du regroupement familial : la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (Note sous CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne) », R.T.D.E. 2006, pp. 673-685 ; BRODIER H. « Premier visa pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'arrêt de la CJCE validant la directive relative au droit au regroupement familial (À propos de l'arrêt du 27 juin 2006, Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne) », EDL, 2006, n° 21, pp. 9-15.

dans la lignée de la consécration par le traité d'Amsterdam, au travers de l'article 6 du traité UE, de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de protection des droits fondamentaux¹, la Cour a démontré qu'elle acceptait de pénétrer un domaine² qu'elle n'avait jusqu'alors consacré que par touches successives³. Au regard de l'incidence des instruments de protection des droits fondamentaux et de la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur la politique d'immigration et d'asile, le contentieux de la légalité constitue un instrument précieux de contrôle de l'action communautaire et de consécration dans le système communautaire des droits fondamentaux.

Les recours en annulation formés par le Royaume-Uni⁴ répondaient à des préoccupations différentes. Cet Etat membre a bénéficié lors de la négociation du traité d'Amsterdam d'un statut dérogatoire vis-à-vis, d'une part, de l'acquis de Schengen intégré dans l'Union européenne⁵ et, d'autre part, des dispositions adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE⁶. Ces protocoles prévoient que le Royaume-Uni dispose d'une faculté de participer aux mesures adoptées sur le fondement du titre IV et à l'acquis de Schengen. Toutefois, ces protocoles organisent des procédures de participation différentes. En effet, alors que la participation aux actes adoptés sur le titre IV implique une simple notification, la participation aux actes fondés sur l'acquis de Schengen impose que l'Etat membre en situation dérogatoire ait préalablement accepté l'acquis de Schengen sur lequel ces actes se fondent. Suite à la publication par la Commission de deux propositions de règlement, le Royaume-Uni, considérant que ces textes relevaient du titre IV, a notifié au Conseil son intention de participer à leur adoption. Le Conseil a considéré, conformément au protocole sur l'acquis de Schengen, que le Royaume-Uni n'était pas admis à participer aux actes proposés au motif qu'ils constituaient un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auxquelles le Royaume-Uni ne participait pas. Le Royaume-Uni ne partageait pas cette interprétation. Il considérait en effet que les actes proposés étaient fondés sur le titre IV du traité CE. Cette interprétation lui permettait en réalité de participer à l'adoption de ces textes sur la base d'une simple notification et l'exonérait par conséquent d'adopter l'acquis de Schengen. Estimant que le refus du Conseil constituait une violation du

1 Sur ce thème, voir en particulier SUDRE F. « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », J.C.P. n° 1-2, 1998, pp. 9-16.

2 Après la publication des conclusions de l'Avocat général dans l'affaire en cause, certains auteurs avaient émis un doute sur la volonté ou la capacité de la Cour de justice à pleinement se saisir de la problématique des droits fondamentaux. Voir notamment LABAYLE H. « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 2006, pp. 1-46, sp. 45-46.

3 Voir par exemple, FLECHEUX G. et GAY MONTALVO E. « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETITI*, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 791 p., pp. 381-394.

4 CJCE 18 décembre 2007, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-77/05, Rec. I-11459 ; CJCE 18 décembre 2007, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-137/05, Rec. I-11593.

5 Protocole n° 2 annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, JO C 321 E/191 du 29.12.2006.

6 Protocole n° 4 annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, JO C 321 E/198 du 29.12.2006

protocole de Schengen, le Royaume-Uni a introduit un recours en annulation devant la Cour de justice. La Cour de justice a rejeté le recours formé par cet État membre et procédé à un encadrement opportun de la qualification des actes fondés sur l'acquis de Schengen¹. Elle a notamment rappelé que la participation d'un État membre à l'adoption d'une mesure fondée sur l'acquis de Schengen « n'est envisageable que pour autant que cet État a souscrit au domaine de l'acquis de Schengen dans lequel s'inscrit la mesure à adopter ou dont elle constitue un développement »². Au-delà de la solution dégagée par la Cour de justice, cette affaire est révélatrice de la complexité juridique et politique des statuts négociés à Amsterdam. Au fond, il y a quelques paradoxes à voir le Royaume-Uni introduire un recours en annulation pour participer à l'adoption de mesures relevant d'un domaine pour lequel il a justement négocié un statut dérogatoire.

Ces affaires démontrent l'utilisation de la procédure contentieuse afin, d'une part, de soutenir une position institutionnellement défavorable ou, d'autre part, de contester une mise à l'écart préalablement négociée. Si juridiquement les recours ont été déclarés recevables et discutés au fond, les fondements de l'action reposent en partie sur des ressorts politiques.

B. La pratique contentieuse visant la sauvegarde de prérogatives institutionnelles

Les moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours en annulation sont énumérés à l'article 230 alinéa 2 du traité CE³. Ils permettent de s'assurer que les dispositions du traité sont respectées dans l'élaboration des règles communautaires et sauvegardent ainsi l'équilibre institutionnel établi par le traité. La mise en œuvre de la compétence communautaire en matière migratoire a permis aux institutions de revendiquer à deux reprises le respect de leurs prérogatives institutionnelles avec des fortunes diverses.

La première affaire présentée sur ce terrain a concerné le domaine des mesures d'exécution du droit communautaire. Dévolu par principe à la Commission, le traité prévoit que le Conseil peut dans des cas spécifiques se réserver l'exercice du pouvoir

1 Sur ces deux affaires voir, PASCOUAU Y « L'encadrement de la qualification des actes fondés sur l'acquis de Schengen » in *Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN « Promenades au sein du droit européen »*, BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 1052 p., pp. 307-326.

2 CJCE 18 décembre 2007, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-77/05, Rec. I-11459, point 62.

3 « A cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission ».

d'exécution¹. Par deux règlements², le Conseil a manifesté son souhait de conserver le pouvoir d'exécution en matière de visa et de gestion des frontières compte tenu du rôle spécifique des Etats membres dans ces domaines sensibles³. Considérant que les règlements du Conseil violaient l'article 202 du traité CE dans la mesure où les textes ne remplissaient pas l'obligation de motivation justifiant le maintien de la compétence d'exécution et qu'ils attribuaient aux Etats membres le pouvoir de modifier les instructions consulaires communes et le Manuel commun, la Commission a introduit un recours en annulation⁴. La Cour a rejeté le pourvoi estimant que compte tenu des matières concernées le Conseil a pu raisonnablement estimer qu'il se trouvait dans un cas spécifique dûment motivé. Par ailleurs, elle a jugé que le pouvoir de modification octroyé aux Etats membres était justifié dans la mesure où les Etats membres étaient seuls à détenir les informations requises⁵. De manière générale, la question des pouvoirs d'exécution exerce une influence sur la répartition des compétences entre le Conseil et la Commission et constitue un aspect sensible des relations entre les deux institutions. En conséquence, la procédure contentieuse est un moyen pour la Commission de chercher à conserver un pouvoir que le traité lui attribue par principe.

La seconde affaire⁶ a été introduite par le Parlement européen et visait l'annulation de certaines dispositions de la directive 2005/85/CE relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié⁷. La directive permet au Conseil d'adopter et de modifier une liste de pays tiers pays tiers sûrs et une liste de pays européens sûrs à la majorité qualifiée après consultation du Parlement européen. Or, conformément à l'article 67, paragraphe 5, du traité CE et depuis l'entrée en

-
- 1 Article 202 du traité CE « En vue d'assurer la réalisation des objets fixés par le présent traité et dans les conditions prévues par celui-ci, le Conseil (...) :
 - confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution ».
 - 2 Règlement (CE) n° 789/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil les pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, JO L 116/2 du 26.04.2001 ; Règlement (CE) n° 790/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil les pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières, JO L 116/5 du 26.04.2001.
 - 3 Comme l'exprime le 5^{ème} point du préambule du règlement (CE) n° 790/2001 « Du fait que les Etats membres ont un rôle renforcé en matière de développement de la politique des frontières, qui témoigne de la sensibilité de ce domaine, en particulier en ce qui concerne les relations politiques avec les pays tiers, (...) ».
 - 4 Affaire C-257/01, *Commission des Communautés européennes, soutenue par le Royaume des Pays-Bas c/ Conseil de l'Union européenne soutenu par le Royaume d'Espagne*, JO C 245/12 du 01.09.2001.
 - 5 Sur cette affaire voir notamment, KAUFF-GAZIN F., « De la particularité du domaine JAI ou quand les raisons politiques prennent le pas sur les principes juridiques », Europe, mars 2005, comm. 68 ; BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », *Manuels Juris-Classeur, LITEC*, 2007, 494 p., sp. 279.
 - 6 CJCE 6 mai 2008, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-133/06, non publié.
 - 7 Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

vigueur de cette directive¹, le domaine est régi par la procédure de codécision y compris pour l'adoption des listes. En conséquence, le Parlement européen a considéré que la directive créait une base juridique dérivée contraire aux dispositions du traité. La Cour de justice a fait droit aux arguments de l'institution parlementaire et annulé les dispositions contestées de la directive considérant notamment que « il résulte de ce qui précède que le Conseil, en insérant dans la directive 2005/85 les bases juridiques dérivées constituées par les dispositions attaquées, a violé l'article 67 CE, excédant ainsi les compétences qui lui sont conférées par le traité »². Autrement dit, l'adoption de liste de pays tiers et de pays européens sûrs doit s'effectuer conformément à la procédure de codécision.

Si le recours en annulation constitue une procédure de contrôle de l'action de la Communauté, il permet parallèlement aux acteurs communautaires de revendiquer ou de renforcer leur position institutionnelle. Ainsi, et de manière tout à fait significative, il a été mis en œuvre par le Parlement européen et le Royaume-Uni dans des circonstances où le premier était affaibli et le second en situation de dérogation. Ne validant pas toujours leurs prétentions, la Cour de justice a néanmoins saisi l'occasion d'encadrer les conditions de mise en œuvre du droit communautaire et de son application. Concernant ce dernier point, l'encadrement des conditions de mise en œuvre de la directive relative au droit au regroupement familial constitue un élément du contrôle de l'action des Etats membres. Ce dernier s'exerce par la voie du recours en manquement.

II. LE RECOURS EN MANQUEMENT

Introduit par la Commission³ ou plus rarement par un Etat membre⁴, le recours en manquement permet à la Cour de justice de constater le manquement des Etats membres à leurs obligations communautaires. Cette procédure contentieuse joue un rôle très important dans le système communautaire dans la mesure où elle contribue à assurer l'effectivité des règles communautaires et à préserver la répartition des compétences. La politique migratoire permet de mettre en relief ces deux facettes du recours en manquement. Tout d'abord, le recours en manquement permet à la Cour de justice de constater le manquement des Etats à leur obligation de transposer les directives (A). Ensuite, cette procédure, ou la menace de sa mise en œuvre, permet

1 Article 67, paragraphe 5 du traité CE. « Par dérogation au paragraphe 1, le Conseil arrête selon la procédure visée à l'article 251 :

- les mesures prévues à l'article 63, point 1, et point 2 a), pour autant que le Conseil aura arrêté préalablement et conformément au paragraphe 1 du présent article une législation communautaire définissant les règles communes et les principes essentiels régissant ces matières ».

2 CJCE 6 mai 2008, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-133/06, non publié, point 61.

3 Article 226 du traité CE.

4 Article 227 du traité CE.

d'éviter la violation du partage des compétences entre la Communauté et les Etats membres (B).

A. Le recours en manquement : garant de l'effectivité des règles communautaires

L'action de la Communauté dans le domaine du titre IV du traité CE a principalement pour objectif d'harmoniser les législations nationales. Ce faisant, et à l'exception de la politique des visas et de gestion des frontières extérieures, la directive constitue « l'instrument privilégié de mise en œuvre de la politique commune »¹. Dans ce contexte, le recours en constatation de manquement prend un sens particulier car il recouvre deux réalités. La première concerne la constatation « objective » du manquement par les Etats membres à leur obligation de procéder à la transposition des directives dans les délais imposés (1). La seconde relève de la constatation du manquement par les Etats membres de transposer correctement les objectifs de la directive, ce qui implique de porter une évaluation sur la qualité de la transposition (2).

1. Le manquement à l'obligation de transposition

Les délais de transposition inclus dans les directives permettent à la Cour, saisie principalement par la Commission, de constater le manquement des Etats membres à leur obligation de transposer la directive dans les délais qu'elle fixe. Cette action poursuit un objectif de sanction quasiment mécanique vis-à-vis des Etats membres sans forcément tenir compte de la particularité de la matière puisque le non-respect du délai de transposition constitue un moyen objectif de sanction. Si la Cour de justice a constaté de nombreux manquements à l'obligation de transposer dans les délais les directives adoptées dans le domaine de la politique migratoire², cette situation trouve

1 LABAYLE H. « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 11-43, sp. 36.

2 CJCE 21 juillet 2005, *Commission des Communautés européenne c/ Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-449/04 ; CJCE 8 septembre 2005, *Commission des Communautés européenne c/ République italienne*, aff. C-462/04 ; CJCE 8 septembre 2005, *Commission des Communautés européenne c/ Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-448/04 ; CJCE 26 octobre 2006, *Commission des Communautés européenne c/ République d'Autriche*, aff. C-102/06, Rec. I-111 ; CJCE 7 décembre 2006, *Commission des Communautés européenne c/ Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-48/06, Rec. I-126 ; CJCE 19 avril 2007, *Commission des Communautés européenne c/ République hellénique*, aff. C-72/06, Rec. I-57 ; CJCE 27 septembre 2007, *Commission des Communautés européenne c/ République portugaise*, aff. C-5/07, Rec. I-120 ; CJCE 27 septembre 2007, *Commission des Communautés européenne c/ République portugaise*, aff. C-4/07, Rec. I-119 ; CJCE 8 novembre 2007, *Commission des Communautés européenne c/ Royaume de Belgique*, aff. 3/07, Rec. I-154 ; CJCE 15 novembre 2007, *Commission des Communautés européenne c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-59/07, Rec. I-161 ; CJCE 29 novembre 2007, *Commission des Communautés européenne c/ Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-34/07, Rec. I-175 ; CJCE 6 décembre 2007, *Commission des*

des éléments d'explication dans la spécificité de l'action entreprise. En effet, l'activité normative intense de la Communauté au cours d'une période réduite¹, a soumis les Etats membres à une pression législative importante et continue et n'a pas permis à certains Etats membres de réagir dans les délais requis. En pratique, les Etats membres ne pouvaient revenir continuellement devant leur Parlement ou gouvernement pour opérer au coup par coup les transpositions nécessaires et ont donc parfois opté pour une transposition groupée des directives dans un seul instrument législatif². En tout état de cause, et malgré les choix politiques opérés par les Etats membres, le retard de transposition dans les délais requis est sanctionné par la Cour de justice.

2. *Le manquement pour mauvaise transposition*

La seconde manière d'aborder le recours en manquement relève d'une approche de fond portant sur les normes nationales de transposition de la directive. Il s'agit alors pour la Commission, en sa qualité de « gardienne des traités », de porter une appréciation qualitative, Etat membre par Etat membre, de la transposition opérée par les autorités nationales et d'en évaluer la conformité avec le droit communautaire. Si elle estime que l'Etat membre n'a pas ou mal transposé la directive, elle peut déclencher une procédure en manquement comprenant une phase précontentieuse et une phase contentieuse devant la Cour de justice. Cette seconde modalité de recours en manquement se distingue de la première en ce qu'elle implique une véritable analyse des dispositions et objectifs de la directive et des dispositions nationales de transposition. Dans ce cas, les arrêts de la Cour de justice constatent si le manquement est constitué mais permettent également de disposer d'une interprétation du droit communautaire ayant la même portée et force obligatoire que le renvoi préjudiciel³.

Les délais d'adoption et de transposition du droit communautaire de l'immigration et de l'asile n'ont jusqu'à présent pas permis de déclencher des procédures en manquement sur le fond⁴. Cette étape contentieuse risque d'émerger dans un futur

Communautés européenne c/ Grand-Duché de Luxembourg, aff. C-57/07, Rec. I-183 ; CJCE 14 février 2008, *Commission des Communautés européenne c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-58/07, Rec. I-28.

- 1 De l'aveu même de la Commission « un corps impressionnant de droit communautaire est en train de se construire dans ce domaine », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Cour de justice des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006) 346 final du 28.06.2006.
- 2 Voir à ce sujet et concernant le cas de la France, JULIEN-LAFERRIERE F. « Rapport sur la transposition de la directive sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement » in CARLIER J.-Y. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 210-214, sp. 211.
- 3 SIMON D. « Le système juridique communautaire », PUF, Paris, 1997, 578 p., sp. 483.
- 4 Seuls trois rapports relatifs à l'application des directives ont actuellement été présentés par la Commission. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2007) 745 final du 26.11.2007 ; Rapport de la Commission au Conseil et au

proche, comme le souligne la Commission européenne au sujet de la transposition de la directive relative au droit au regroupement familial¹.

Le déclenchement de la procédure en manquement a pour objet de constater l'inobservation par les Etats membres de leurs obligations communautaires. Cela dit, l'existence de la procédure et la menace de sa mise en œuvre peuvent également dissuader les Etats membres de contrevenir aux obligations du droit communautaire.

B. Le recours en manquement : garant du partage des compétences

La participation des Etats membres à la Communauté impose des obligations de faire mais également, conformément à l'article 10, paragraphe 2, du traité CE, une obligation de s'abstenir « de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Concrètement, cela signifie que dans le domaine de compétences partagées, les Etats ne disposent plus que d'une compétence résiduelle qu'ils doivent exercer en tenant compte de l'étendue de la compétence communautaire afin de ne pas y porter atteinte. Par ailleurs, dans les domaines dans lesquels la Communauté dispose d'une compétence exclusive par exercice, les Etats membres ne sont plus autorisés à agir, sauf cas dans lesquels la Communauté les y invite expressément². En résumé, les Etats membres ne sont plus autorisés à agir dans les domaines dans lesquels la Communauté est intervenue faute de porter atteinte aux objectifs du traité et de manquer à leurs obligations communautaires. Ce constat vaut tant pour l'exercice des compétences internes que pour l'exercice des compétences externes. Dans ce

Parlement européen sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008.

- 1 « Le rapport a mis en lumière plusieurs problèmes généraux de mauvaise transposition ou d'application erronée de la directive qui méritent d'être soulignés, tels que les dispositions relatives à la facilitation de l'obtention de visas, à l'octroi d'un titre de séjour autonome, à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, au droit de recours et aux dispositions plus favorables pour le regroupement familial des réfugiés. La Commission examinera tous les cas où des difficultés d'application ont été recensées et elle veillera à ce que les dispositions soient correctement appliquées, en particulier conformément aux droits fondamentaux tels que le respect de la vie familiale, les droits de l'enfant et le droit à un recours effectif. Cela impliquera de prendre, en 2009, les mesures procédurales nécessaires en cas d'infraction, le cas échéant en appliquant l'article 226, notamment dans les cas où il y a manifestement des différences d'interprétation du droit communautaire entre les Etats membres et la Commission européenne », Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 15.
- 2 Une convention n° 185 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) prévoit que dans certaines circonstances les gens de mer ne sont pas soumis à l'obligation de visa. Or, si ce domaine relève de la compétence exclusive de la Communauté pour déterminer les pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visas, la Communauté ne peut ratifier la convention proposée dans la mesure où elle n'est pas membre de l'OIT. En conséquence, le Conseil adopte une décision autorisant les Etats membres à ratifier la convention de l'OIT. Décision 2005/367/CE du Conseil du 14 avril 2005 autorisant les Etats membres à ratifier dans l'intérêt de la Communauté européenne la convention de l'Organisation internationale du travail sur les pièces d'identité des gens de mer (Convention n° 185), JO L 136/1 du 30.05.2005.

contexte, le déclenchement d'une procédure en manquement constitue un instrument de menace vis-à-vis des Etats membres qui envisagent d'exercer leurs compétences en violation des règles communautaires. Le domaine des politiques migratoires a offert l'occasion, à deux reprises, de vérifier l'incidence de cette menace contentieuse sur le comportement des Etats membres.

Cela a tout d'abord été le cas dans le domaine de la conclusion des accords de réadmission. En septembre 2003, la Commission a entamé une procédure d'infraction contre l'Allemagne qui a considéré pouvoir conclure un accord de réadmission avec la Chine alors qu'un mandat de négociation en vue de conclure un accord de réadmission communautaire avait été confié à l'exécutif communautaire¹. Le déclenchement de la procédure n'a pas abouti à la saisine de la Cour de justice pour faire constater le manquement de l'Allemagne à ses obligations communautaires. Ici, l'action précontentieuse a permis de rétablir le partage des compétences entre la Communauté et les Etats membres en matière de réadmission.

Le domaine de la politique des visas a offert un second exemple des effets de la menace contentieuse. Le règlement n° 539/2001 établit une liste de pays tiers dont les ressortissants sont exemptés de visa. En application du principe de réciprocité, les citoyens européens doivent également bénéficier pour se rendre aux Etats-Unis d'un régime d'exemption de visa². Or, les Etats-Unis ont continué à imposer l'obligation de visas pour certains citoyens des nouveaux Etats membres et ont subordonné l'exemption à la conclusion par ces Etats membres d'accords bilatéraux portant sur des domaines ne relevant pas de la politique des visas. Le problème dans ce domaine relevait de ce que certains Etats membres avaient accepté de conclure des accords bilatéraux avec les Etats-Unis afin de bénéficier de l'exemption de visa et étaient par conséquent intervenus dans le domaine de compétence exclusive de la Communauté. Préalablement au Conseil JAI d'avril 2008, le Conseil réuni au niveau des ambassadeurs a défini les éléments d'une approche commune aux Etats membres³ et déterminé les lignes de partage entre les différentes compétences en présence puisque les accords portaient sur des domaines relevant de la compétence communautaire, la compétence de l'Union européenne et la compétence des Etats membres⁴. Il a précisé au premier point du document que la politique commune des visas est une compétence communautaire et qu'en conséquence, les Etats membres sont obligés de respecter le principe de solidarité conformément à l'article 10, paragraphe 2, du traité CE⁵. En d'autres

1 MARIANI T., Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, Assemblée nationale, rapport n° 1238, 19 novembre 2003, 85 p., sp. 43.

2 Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001.

3 « US Visa Waiver Program Legislation », *Doc. 7338/08* du 5 mars 2008.

4 Voir à ce sujet, Proposition de résolution du Parlement européen sur les négociations entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique en matière d'exemption de visas, B6-0233/2008, sp. 4

5 « Common Visa Policy is a matter of Community competence. Furthermore Member States are obliged to respect the principle of solidarity in accordance with Article 10(2) TEC », « US Visa Waiver Program Legislation », *Doc. 7338/08* du 5 mars 2008, sp. 2

termes, l'approche commune adoptée par le Conseil fondait politiquement l'action contentieuse de la Commission dans l'hypothèse où un Etat membre négociait dans le champ de la compétence communautaire. Ce document est important dans la mesure où le domaine de la politique des visas, à l'instar de la politique de réadmission, n'avait jusqu'alors pas vraiment suscité de réaction contentieuse de la part de la Commission alors que les Etats membres continuaient visiblement à négocier des accords bilatéraux¹. Ainsi, la menace réelle du déclenchement de l'action contentieuse doit jouer un effet régulateur sur l'action des Etats membres.

Si le contentieux en matière migratoire demeure peu important, l'action du juge communautaire dans le domaine est en revanche largement en devenir. Tout d'abord, le décalage entre le temps législatif et le temps judiciaire se résorbe dans la mesure où les délais de transposition des directives arrivent à expiration. Ainsi, le travail d'évaluation de la Commission et le développement de procédures contentieuses dans les Etats membres augmentent considérablement la probabilité de saisine de la Cour de justice par la voie du manquement ou de la procédure préjudicielle. Ensuite, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui procède à un alignement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice sur la procédure préjudicielle « classique » ouvre également de larges perspectives de saisine de la Cour de justice en vue de l'interprétation ou de l'appréciation de validité. Enfin, et sans qu'il soit possible *a priori* d'évaluer son impact, la procédure préjudicielle d'urgence présente également un intérêt majeur pour le juge national et le justiciable et à plus forte raison dans l'optique d'une procédure préjudicielle ouverte à toutes les juridictions nationales. Au total, le contentieux est largement en devenir. Dans l'intervalle, se pose la question du contrôle opéré par le juge national et européen.

SECTION 2. LA COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL ET EUROPÉEN

Le contrôle de la règle communautaire et de son application ne s'exerce pas uniquement au niveau de la juridiction de Luxembourg. Bien au contraire, la spécificité du droit communautaire repose sur le principe de l'administration indirecte faisant des autorités nationales et du juge national des maillons indispensables de l'application du droit communautaire et de son contrôle. En conséquence, le juge national se situe au cœur de ce système et est donc amené à contrôler la mise en œuvre du droit communautaire. Par ailleurs, et compte tenu de l'incidence des politiques migratoires sur les droits fondamentaux, le juge européen peut également être saisi pour statuer

¹ Voir notamment, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 243.

sur la conformité des mesures nationales d'application du droit communautaire avec la convention européenne des droits de l'homme. Cette organisation des voies de droit prend un aspect singulier dans le domaine de la politique d'asile et d'immigration. D'une part, en raison de la limitation de la compétence préjudicielle de la Cour de justice qui impose au juge national de suppléer, non sans conséquences potentielles, à cette restriction (Sous-section 1). D'autre part, en raison de l'intervention sur un même domaine de compétence de deux Cours « suprêmes », la Cour européenne et la Cour de justice, dont il n'est pas acquis par avance qu'elles partagent une identité de vues et de solutions (Sous-section 2).

Sous-section 1. LE CONTRÔLE DU JUGE NATIONAL

Compte tenu du principe d'administration indirecte, transposant sur les Etats membres et les autorités nationales la responsabilité de mettre en œuvre le droit communautaire, le juge national devient le garant de l'application du droit communautaire dans les Etats membres. Aussi, et dans ce contexte, le juge national doit être considéré comme le juge de droit commun du droit communautaire. Si sa mission consiste à s'assurer de l'application correcte du droit communautaire par les autorités nationales, elle comprend aussi, et avant tout, l'obligation de garantir la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire¹. Or, les spécificités de la politique migratoire, tant au regard des modifications du régime contentieux que des évolutions technologiques dont elle est l'objet, imposent de s'interroger sur le rôle désormais imparti au juge national. Ainsi, une première série de questions concerne l'incidence de l'aménagement de la procédure préjudicielle sur le rôle du juge national (I). La seconde série de questions concerne plus spécifiquement le rôle du juge national face au développement de systèmes informatisés. Ces derniers permettent en effet à une autorité nationale de prendre une décision sur le fondement d'une décision adoptée par une autorité d'un autre Etat membre, ou plus prosaïquement une autorité « étrangère ». La nouveauté de ces systèmes met le juge national face à des situations juridiques complexes, dans la mesure où il est amené à contrôler la régularité du signalement de personnes dans le système commun par des autorités étrangères, et imposent de développer des solutions communes (II).

1 « (...) la protection des droits, fussent-ils communautaires, créés au profit des particuliers, est la fonction naturelle des juridictions internes (...) », BARAV A. « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire » *in* « L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS », Dalloz, Paris, 1991, pp. 1-20, sp. 4.

I. L'INFLUENCE DE L'AMÉNAGEMENT DE LA PROCÉDURE PRÉJUDICIELLE SUR LE RÔLE DU JUGE NATIONAL

Le principe de primauté du droit communautaire impose au juge national saisi d'un litige de faire application de la règle communautaire. Plus précisément, il est de jurisprudence constante que « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale (...) »¹. Cette obligation impose au juge national, d'une part, d'être en capacité de saisir le sens et la portée de la règle à appliquer et, d'autre part, d'être assuré que la règle communautaire dont il doit assurer l'application respecte le principe de légalité et ne viole pas le traité ou les droits fondamentaux. La procédure préjudicielle en interprétation et en appréciation de validité permet au juge national, lorsque des doutes apparaissent sur ces points, de saisir le juge communautaire afin d'obtenir l'interprétation de la règle communautaire ou d'apprécier sa légalité. Dans ce contexte, la limitation des modalités de mise en œuvre de la procédure préjudicielle accordée aux seules juridictions suprêmes, conformément à l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE, influence le rôle du juge national dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel. Toutefois, la position du juge national est différente selon qu'il doit interpréter le droit communautaire ou apprécier sa validité. D'une part, et compte tenu d'une jurisprudence constante, les pouvoirs du juge national dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel sont considérablement réduits en matière d'appréciation de validité (B) alors que, d'autre part, ils augmentent dans le cadre de l'interprétation (A).

A. Le renvoi préjudiciel en interprétation

L'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE réserve le droit de saisir la Cour de justice en vue de l'interprétation et de l'appréciation de validité du droit communautaire aux seuls juges nationaux « dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ». Constituant une limitation de la procédure préjudicielle instituée par l'article 234 du traité CE, la question que soulève cette disposition relève en définitive de sa portée pratique quelques années après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Qu'il soit toutefois permis de souligner ici qu'au regard du renvoi en interprétation, ce sont les modalités de saisine du juge communautaire qui sont limitées et non les marges de manœuvre du juge national dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel. En effet, le juge national dispose d'une pleine latitude pour interpréter le droit communautaire et n'est pas soumis à la pression du renvoi préjudiciel qu'une partie au litige pourrait soulever.

1 CJCE 28 juin 1978, *Simmenthal SA c/ Administration des finances*, aff. 70/77, Rec. 1453, point 24.

Cette situation est par ailleurs confortée par la pratique qui contribue à retarder et à minimiser l'impératif de saisine.

En pratique, et au regard du volume d'actes adoptés par la Communauté, la saisine du juge communautaire en vue d'obtenir l'interprétation des dispositions de droit dérivé en matière migratoire a été limitée¹. Cela témoigne *a priori* que la technique visant à réduire le nombre des acteurs habilités à exercer un renvoi préjudiciel a contribué, comme le souhaitaient les rédacteurs du traité, à éviter un engorgement de la Cour de justice. Cependant, ce constat doit prendre en considération la nature et le régime des règles adoptées dans le domaine de l'asile et de l'immigration et être mis en perspective afin d'évaluer dans quelle mesure le juge national aurait pu être amené à contrôler l'application des règles communautaires et à saisir au besoin le juge communautaire.

Tout d'abord, et en raison de l'objectif d'harmonisation et de coordination des dispositifs nationaux, la directive a constitué l'instrument de législation privilégié de la mise en œuvre de la politique d'immigration et d'asile, conférant ainsi et limitativement au règlement la mission d'uniformiser la politique des visas², de gestion des frontières³ voire des questions techniques relevant de la politique d'asile⁴ ou de modèles uniformes

1 Pour les affaires ayant donné lieu à un arrêt en interprétation de la Cour de justice, CJCE 3 octobre 2006, *Nicolae BOT c/ Préfet du Val de Marne*, aff. C-241/05, Rec. I-9627 ; CJCE 29 janvier 2009, *Migrationsverket c/ Petrosian*, aff. C-19/08, non publié ; CJCE 17 février 2009, *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, non publié ; CJCE 2 avril 2009, *Kqiku*, aff. 139/08, non publié. Une affaire a été radiée du rôle, Ordonnance du président de la Cour, 4 août 2008, *Aydin Salabadyn ABDULLA e.a. c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-175/08 à C-179/08, non publié.

2 LABAYLE H. « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 11-43, sp. 36. Voir notamment, Règlement n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001 ; Règlement (CE) n° 2414/2001 du Conseil du 7 décembre 2001 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 327/1 du 12.12.2001 ; Règlement (CE) n° 453/2003 du Conseil du 6 mars 2003 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 69/10 du 13.03.2003 ; Règlement (CE) n° 1091/01 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, JO L 150/4 du 06.06.2001 ; Règlement (CE) n° 415/2003 du Conseil du 27 février 2003 relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit, JO L 64 du 07.03.2003 ; règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

3 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.

4 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 250/1 du 25.02.2003.

de titres de séjour¹. Si le régime juridique de la directive implique normalement une action importante du juge national, notamment sur le terrain de l'interprétation dans la mesure où elle fixe les objectifs à atteindre, plus ou moins précisément, et laisse aux Etats membres le choix des instruments pour y parvenir, tel n'a pas été le cas dans le domaine de la politique migratoire. Deux raisons expliquent cette situation. Tout d'abord, le refus d'une harmonisation importante des législations nationales a conduit à l'adoption de directives ayant pour principale caractéristique de contenir des dispositions optionnelles et largement adossées sur les régimes juridiques nationaux². De sorte que des pans entiers du droit de l'asile et de l'immigration demeurent encore régis par le droit national et n'appellent pas forcément interprétation de la part du juge communautaire. Sur ce terrain, et au-delà de la limitation de la saisine de la Cour de justice aux juridictions suprêmes³, l'absence de renvoi préjudiciel exercé en pratique démontre que le droit communautaire n'a pas suscité beaucoup de questionnements. Peut être le contentieux à venir infirmera cette situation et s'inscrira dans une demande d'interprétation du droit national conforme aux objectifs de la directive. En second lieu, aux délais de négociation, parfois extrêmement longs en raison de la sensibilité des matières⁴, s'ajoute le délai de transposition des directives. Ainsi, seules trois directives adoptées au cours de la période de transition imposent un délai de transposition préalable au 1^{er} mai 2004⁵. Les autres directives prévoient que les délais de transposition

1 Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JO L 157/1 du 15.06.2002.

2 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 54-55.

3 On se souvient en effet que plusieurs observateurs et acteurs ont souligné que la limitation de l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE pouvait être relativisée compte tenu de la compétence de juridictions suprêmes pour statuer en premier et dernier ressort. Voir à ce sujet, GUILD E. & PEERS S. « Deference or Defiance ? The Court of Justice's Jurisdiction over Immigration and Asylum » in GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Portland, 2001, 325 p., pp. 267-289., sp. 282 ; Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *Doc.13272/06* du 28 septembre 2006, sp. 4. Pour un exemple concernant la compétence du Conseil d'Etat français en qualité de juge du premier ressort, voir GAUTIER M. « L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 705 p., sp. 607.

4 Comme l'exemple de la directive relative au droit au regroupement familial le démontre, voir à ce sujet URBANO DE SOUZA C. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 127-139, sp. 128.

5 Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 149/34 du 02.06.2001 ; Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187/45 du 10.07.2001 ; Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212/12 du 07.08.2001.

s'échelonnent sur 2004¹, 2005² et 2006³ voire au-delà⁴. Autrement dit, le moment où le juge national doit être mis en confrontation avec le droit communautaire transposé est retardé et ultérieur à la fin de la période de transition. C'est pourtant à partir de la fin de la période de transition que l'article 67 du traité CE a invité le Conseil à prendre une décision en vue d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice. Ces circonstances expliquent le maintien de l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE après la période de transition.

En fin de compte, la procédure préjudicielle et le dispositif de l'article 68 du traité CE ne peuvent jouer qu'à compter du moment où la règle communautaire commence à produire des effets dans les Etats membres. De manière caractéristique, le premier renvoi préjudiciel introduit sur le fondement de l'article 68 du traité CE a concerné une question d'interprétation de la Convention de Schengen posée par le Conseil d'Etat français⁵. En résumé, les risques d'interprétation autonomes des dispositions communautaires par les juges exclus de la procédure préjudicielle ont été considérablement réduits en raison des délais de mise en œuvre des directives et de leur caractère peu contraignant. Si le bilan semble moins critique que le prévoient les observateurs, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, fin 2009, doit mettre un terme aux questionnements en raison de l'alignement des matières migratoires sur la procédure préjudicielle normale. Cela permettra ainsi au juge national dont les

- 1 Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/17 du 05.12.2002.
- 2 Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO L 321/26 du 06.12.2003 ; Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003 ; Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003.
- 3 Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, JO L 304/12 du 30.09.2004 ; Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16/44 ; Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261/19 du 06.08.2004.
- 4 Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, JO L 375/12 du 23.12.2004 ; Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 189/15 du 03/11/2005 ; Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 du 24.12.2008 ; Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155/17 du 18.06.2009 ; Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168/24 du 30.06.2009.
- 5 CJCE 3 octobre 2006, *Nicolae BOT c/ Préfet du Val de Marne*, aff. C-241/05, Rec. I-9627.

décisions sont susceptibles de recours juridictionnel de saisir la Cour au moment où la totalité des directives adoptées dans le domaine de la politique migratoire produiront leur plein effet.

En fin de compte, la procédure de l'article 68 du traité CE ne constitue pas un obstacle à l'action du juge national qui bénéficie de la plénitude de l'interprétation dans son action de contrôle de l'application du droit communautaire. En revanche, cette latitude peut constituer un obstacle à la garantie des droits des particuliers et à l'application uniforme de la directive. Le problème est en revanche différent concernant le renvoi en appréciation de validité.

B. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité

Si l'article 68 du traité CE augmente les pouvoirs d'interprétation du juge national dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel, une situation inverse affecte la thématique de l'appréciation de validité du droit communautaire dérivé. Une jurisprudence constante de la Cour de justice¹ pose le principe selon lequel « les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires »². En conséquence, lorsqu'une juridiction nationale est saisie de l'application d'une règle de droit communautaire dérivé dont la validité est contestée, elle peut constater la validité de la règle mais ne dispose pas du pouvoir d'en constater l'invalidité. Dans ce cas de figure, elle a obligation de saisir la Cour de justice qui est seule compétente pour prononcer l'invalidité de la règle. En limitant la saisine de la Cour de justice aux juridictions de dernier ressort, l'article 68, paragraphe 1^{er}, du traité CE empêche les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel de poser une question préjudicielle sur la validité d'une disposition de droit dérivé. Par conséquent, le juge interne est tenu, en raison du principe de primauté du droit communautaire, d'appliquer la règle dont la validité est contestée au risque de porter atteinte aux droits des particuliers.

Compte tenu du caractère peu contraignant des directives adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE et des délais de transposition dans le droit interne, les problèmes résultant de cette situation semblent davantage se poser au regard des règlements adoptés dans le domaine de l'immigration et de l'asile. Or, la Cour de justice n'a pas été saisie de questions préjudicielles portant sur la validité des règlements communautaires. Ce qui n'exclut pas toute action future.

Au fond, l'influence de la limitation des modalités de mise en œuvre de la procédure préjudicielle ne semble pas avoir eu d'impact décisif sur l'office du juge national. En effet, les questions d'interprétation ne peuvent être soulevées qu'à la condition de l'existence et de l'entrée en vigueur d'une directive. Or, les délais d'adoption et de transposition des directives ont repoussé le moment de la confrontation. Par ailleurs, le

1 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost et Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. p. 4225.

2 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost et Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. p. 4225, point 20.

caractère immédiat et fort détaillé du règlement communautaire¹ évacue la question de l'interprétation. Sur le terrain de l'appréciation de validité, le juge interne n'a semblé-t-il pas manifesté de doutes quant à la légalité des règles communautaires de droit dérivé. Pas plus du reste que des problèmes d'articulation entre le juge communautaire et le juge national n'ont émergé.

En revanche, l'application des règles relatives à l'acquis de Schengen ont contribué à modifier l'action du juge national l'invitant à se prononcer sur les décisions adoptées par d'autres administrations nationales.

II. LE CONTRÔLE DES ACTES ADOPTÉS PAR LES AUTORITÉS D'UN AUTRE ÉTAT MEMBRE

La mise en œuvre d'un espace de libre circulation des personnes implique un approfondissement de la coopération des administrations nationales notamment dans le domaine de la gestion des frontières extérieures. La coopération de Schengen a ainsi mis en place un système informatisé commun aux Etats parties contenant, entre autres, le signalement de personnes aux fins de non admission dans l'espace commun. Si ce nouveau moyen de coopération opérationnelle crée des obligations à la charge des autorités nationales compétentes pour intégrer et consulter des données personnelles, il implique parallèlement que le juge s'assure de la régularité de ces actions. La nouveauté ne concerne pas le contrôle du juge national sur les autorités qui relèvent normalement de sa compétence mais de la possibilité pour un juge de contrôler la conformité des signalements introduits par des autorités « étrangères » au regard de la convention de Schengen. Si le juge administratif français a franchi ce pas en annulant une décision des autorités françaises fondée sur un signalement irrégulier d'une personne dans le système d'information de Schengen par les autorités allemandes (A), le juge communautaire est venu préciser les obligations qui pèsent sur les autorités nationales lors de la consultation du système d'information de Schengen (B).

A. Le contrôle exercé par le juge administratif français

Le caractère exclusivement national de la compétence du juge administratif français² a connu une transformation profonde à l'occasion de l'application de la convention de Schengen. En effet, le juge administratif français a progressivement été amené à reconnaître sa compétence pour statuer sur la légalité d'une décision prise par une autorité

1 Voir par exemple, BLUMANN C. et DUBOUIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p., sp. 452.

2 GAUTIER M. « L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 705 p., sp. 613-616.

étrangère¹. Dans une affaire *Forabosco*², le Conseil d'Etat était invité à se prononcer sur la légalité d'une décision de refus de délivrance du visa par les autorités françaises fondée sur le signalement aux fins de non admission dans le Système d'Information de Schengen (SIS) d'une ressortissante roumaine par les autorités allemandes. En d'autres termes, le Conseil d'Etat était invité à « tirer les conséquences, sur le fond, d'une erreur de droit commise par une autorité administrative étrangère »³. Se fondant sur les dispositions de la Convention de Schengen, et en particulier ses articles 111 et 116 qui permettent à une personne de demander la rectification ou la modification des données personnelles la concernant, le Conseil d'Etat a considéré qu'il était compétent pour annuler un signalement illégal dans le Système d'information de Schengen. En l'espèce, la violation de la Convention de Schengen était évidente dans la mesure où les autorités allemandes avaient fondé le signalement sur le rejet d'une demande d'asile qui ne constitue pas un motif de signalement prévu par la Convention de Schengen. En annulant le refus de délivrance de visa fondé sur un signalement erroné au SIS, le juge administratif français reconnaît qu'il est compétent pour apprécier la légalité d'une décision étrangère. Si cette solution a été confirmée à plusieurs reprises⁴, elle ne concerne toutefois que les cas de signalement fondés sur la Convention de Schengen et ne saurait concerner l'illégalité d'une décision administrative fondée sur le droit national. En effet, si une décision d'interdiction du territoire entraîne conformément à la convention de Schengen un signalement dans le SIS aux fins de non admission, le juge administratif français ne peut contrôler la légalité de la décision au regard du droit interne dans la mesure où cette décision relève d'une procédure étrangère⁵. Ainsi, le juge national est « impuissant devant (...) une violation indirecte des stipulations du dispositif de Schengen »⁶.

1 Pour une illustration de l'évolution du contrôle de l'application de la convention de Schengen par le juge administratif français, voir AUBIN E. « Le juge administratif français face à l'application de la Convention de Schengen dans les dispositions sur le droit d'asile. Bilan juridictionnel de l'application en France des accords de Schengen » R.D.P. 2000, pp. 829-862, sp. 836-841.

2 CE, 9 juin 1999, *Epoux Forabosco*, Recueil Lebon, p. 170.

3 AUBIN E. « Le système d'information Schengen, les visas de long séjour et le droit d'asile », LPA, 4 janvier 2000, n° 2, p. 13.

4 Fasc. « Visas d'entrée et de séjour », Dictionnaire Permanent – Droit des Etrangers.

5 « Considérant que s'il appartient au juge administratif français de se prononcer, le cas échéant, sur le bien-fondé d'un moyen tiré du caractère injustifié du signalement d'une personne aux fins de non-admission alors même qu'il a été prononcé par une autorité étrangère, partie à l'accord de Schengen, il n'est en revanche pas compétent pour statuer sur la légalité des décisions des autorités des autres Etats parties qui fondent ce signalement ; qu'ainsi le requérant, qui ne conteste pas que l'interdiction du territoire prononcée par les autorités italiennes était au nombre des décisions qui, en application des stipulations de l'article 96 de la convention d'application de l'accord de Schengen, justifient une inscription au fichier Système d'information Schengen, ne saurait utilement se prévaloir de ce que cette mesure d'interdiction du territoire aurait été prise selon une procédure irrégulière et serait disproportionnée par rapport aux faits qu'il a commis », CE 23 mai 2003, *Catrina*, req. 237934.

6 GAUTIER M. « Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle » in Etudes en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 69-82, sp. 78.

En tout état de cause, le contrôle du juge national s'intensifie puisqu'il s'assure désormais de la conformité du signalement au regard des dispositions de la convention de Schengen. Ce mouvement a été corroboré par la Cour de justice.

B. L'encadrement des obligations du juge national par la Cour de justice

La Cour de justice a encadré les conditions d'inscription et de consultation des signalements aux fins de non admission dans le SIS¹ dans une affaire concernant deux ressortissants de pays tiers, conjoints de citoyens européens ayant exercé leur droit à la libre circulation, dont l'entrée dans l'espace Schengen et les demandes de visas ont été refusées au motif qu'ils étaient signalés dans le SIS. La Commission estimait qu'en se fondant sur le signalement aux fins de non admission pour refuser l'entrée ou l'octroi du visa, les autorités espagnoles avaient violé le droit communautaire et en particulier la directive 64/221/CE applicable en matière d'ordre public. La juridiction communautaire a fait droit à la requête de la Commission en estimant que les autorités espagnoles auraient dû rechercher les informations leur permettant de s'assurer que la présence des intéressés constituait bien une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société au sens de la jurisprudence développée sur le fondement de la directive 64/221/CE. Ainsi, les autorités ne peuvent procéder au signalement dans le SIS du conjoint d'un citoyen européen qu'après avoir constaté que cette personne constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave au sens de la directive 64/221/CE. Si cette affaire concernait des bénéficiaires de la libre circulation des personnes, et excluait ce faisant les ressortissants de pays tiers, le raisonnement de la Cour peut être étendu aux conditions d'inscription et de consultation des données du SIS relatives aux ressortissants de pays tiers, à l'instar de l'interprétation dégagée par le juge administratif français.

La Cour considère en effet que si le signalement dans le SIS « constitue un indice de l'existence d'un motif justifiant que l'entrée dans l'espace Schengen lui soit refusé »², il ne saurait prévenir les autorités nationales de rechercher des informations qui corroborent et justifient ce signalement. Ainsi, le signalement d'un ressortissant de pays tiers dans le SIS implique que les autorités nationales s'assurent auprès des autorités de l'autre Etat membre de la conformité du signalement au regard de l'article 96 de la convention. Aussi, et conformément au principe de coopération loyale, l'Etat signalant doit tenir à la disposition des autres Etats membres les informations leur permettant d'apprécier l'objet et les conditions du signalement.

En fin de compte, la Cour de justice procède à un encadrement des conditions de signalement dans le SIS. Si la position de la Cour présente quelques faiblesses,

1 CJCE 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122.

2 CJCE 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122, point 53.

notamment sur le terrain de l'ordre public¹, les perspectives d'une harmonisation des conditions d'intégration des données relatives aux étrangers dans le SIS sont posées.

De manière générale, l'intégration de la politique migratoire et l'interdépendance des politiques nationales impose une harmonisation des contrôles exercés par les Etats membres et une harmonisation des conditions d'introduction des données personnelles dans les systèmes informatisés. Dans ce cadre, le rôle du juge national est double. Il concerne le contrôle de l'action des autorités nationales relevant de sa juridiction et le contrôle de la légalité des mesures adoptées par les autres autorités nationales conformément aux dispositions communes. De ce point de vue, le contrôle du juge national sur la mise en œuvre de la politique d'asile et d'immigration est déterminant.

Sous-section 2. LE CONTRÔLE DU JUGE EUROPÉEN

Le développement de la politique d'immigration et d'asile de la Communauté ne peut demeurer à l'écart du contrôle du juge européen. En effet, la matière renvoie inéluctablement aux droits fondamentaux et la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur ce terrain². Aussi, le juge européen a développé une jurisprudence portant sur le contrôle des mesures d'exécution du droit communautaire par les Etats membres lui permettant d'exercer un contrôle « par ricochet » de la politique et de sa mise en œuvre (I). Cette situation soulève une autre question, celle de l'intervention concurrente de la Cour européenne et de la Cour de justice dans un même domaine d'action. Si le réflexe initial tend à souligner les risques de jurisprudences divergentes entre les Cours, les évolutions de la politique d'asile et d'immigration de la Communauté et des modalités de son contrôle appellent une autre réflexion qui remet en cause ou en perspective le rôle du juge européen dans ce domaine (II).

1 Comme le souligne Fabienne KAUFF-GAZIN « La Cour semble minimiser le problème délicat de la non-conformité de dispositions de la CAAS et du droit communautaire, en particulier au regard de la directive de 1964 et de la jurisprudence s'y rapportant », KAUFF-GAZIN F, Europe, mars 2006, comm. n° 85, pp. 20-22, sp. 21.

2 « C'est ainsi que s'est développée, à partir de 1988 et 1989, une abondante jurisprudence relative aux situations très diverses que peuvent rencontrer les étrangers, qu'il s'agisse du refus d'admission sur le territoire de l'Etat, des demandes d'asile, de l'expulsion, de la « double peine » (...) », LAMBERT P. « Propos introductifs » in LAMBERT P. et PETTITI C. (éd.) « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Droit et Justice, BRUYLANT-NEMESIS, Bruxelles, 2003, 149 p., pp. 13-16, sp. 15.

I. LES MODALITÉS DE CONTRÔLE DU JUGE EUROPÉEN

Faute d'adhésion de l'Union européenne au système de la convention européenne des droits de l'homme, le droit communautaire n'est pas *a priori* sujet au contrôle du juge de Strasbourg. Toutefois, et afin d'éviter que les Etats parties à la Convention européenne se soustraient à leurs obligations au regard des droits fondamentaux en raison de leurs engagements internationaux, et notamment dans le cadre de la Communauté européenne, la Cour de Strasbourg a développé une jurisprudence relative au contrôle des mesures d'application du droit communautaire (A) dont les effets doivent être mesurés dans le domaine de l'asile et de l'immigration (B).

A. Le contrôle des mesures nationales d'exécution du droit communautaire

A partir de 1978, la Commission européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence relative à la recevabilité, ou plutôt l'irrecevabilité, des recours engagés contre les actes des institutions européennes. Elle a considéré en effet que le système de la Convention ne peut connaître de recours dirigés contre les actes de la Communauté dans la mesure où elle n'est pas partie à la convention européenne des droits de l'homme¹. En revanche, la Commission européenne des droits de l'homme a reconnu sa compétence *ratione personae* pour contrôler les actes nationaux d'application du droit communautaire. Elle a considéré en effet que « on ne saurait admettre que, par le biais de transferts de compétences, les Hautes Parties Contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées »². Ainsi, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme s'exerce sur les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, et non sur le droit communautaire *per se*, sauf cas d'application exceptionnel de la jurisprudence *Matthews*³.

1 « Pour autant que la requête est dirigée contre les Communautés européennes en tant que telles, la Commission relève que les Communautés européennes ne sont pas parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette mesure, l'examen des griefs de l'organisation requérante échappe à la compétence *ratione personae* de la Commission », Comm. EDH, 10 juillet 1978, *Confédération Française Démocratique du Travail c/ Communautés européennes*, DR 13, pp. 231-236, sp. 235.

2 Comm. EDH, 9 décembre 1987, *Etienne TÊTE c/ France*, DR 54, pp. 52-61, sp. 59.

3 L'affaire *Matthews* concernait le refus du Royaume-Uni d'inscrire *Mme Matthews* sur les listes électorales de Gibraltar pour les élections européennes, au motif que la décision de 1976 applicable aux élections limitait leur organisation au seul Royaume-Uni. La requérante considérait que ce refus la privait d'exprimer son opinion et portait atteinte au droit de vote. Dans ce recours, le contrôle de la Cour portait sur la décision du Conseil de 1976, signée par le Président du Conseil des Communautés et les Ministres des Affaires étrangères des Etats membres, et sur le traité de Maastricht, autrement dit sur des actes à valeur constitutionnelle dans le système communautaire. La Cour de Strasbourg a considéré que ces actes présentaient le caractère « d'instruments internationaux », et non d'acte de droit communautaire « ordinaire » échappant *ratione personae* à sa compétence. La Cour soulignait que ni la décision de 1976, ni le traité de Maastricht ne pouvaient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de la part de la Cour de justice des Communautés européennes. En conséquence, la Cour a conclu que « Le

La Cour de Strasbourg a précisé sa ligne jurisprudentielle relative au contrôle des mesures nationales d'exécution du droit communautaire dans une affaire *Bosphorus Airlines*¹. Elle a notamment précisé les conditions d'application du principe de l'équivalence de protection². Était en cause l'application par un Etat membre d'un règlement communautaire, directement inspiré d'une résolution des Nations-Unies, lequel ne laissait aucune marge de manœuvre à l'Etat d'exécution. Précisant sa jurisprudence, la Cour a établi une « *summa divisio* »³ entre l'exécution des actes communautaires laissant une compétence discrétionnaire aux Etats membres et l'exécution des actes communautaires formalisant une compétence liée. Dans le premier cas de figure, lorsque l'acte national d'application viole le droit européen, l'Etat demeure responsable devant les organes de Strasbourg. En revanche, lorsque la marge de manœuvre est inexistante, comme cela peut être le cas lorsque les Etats exécutent des règlements communautaires, leur responsabilité ne peut être engagée dès lors que le droit communautaire offre une protection équivalente des droits fondamentaux⁴. Si la solution de la Cour de Strasbourg a suscité de nombreux commentaires⁵, portant notamment sur le « brevet de

Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* au titre de l'article 1 la Convention et, en particulier, de l'article 3 du Protocole n° 1, des conséquences de ce traité ». Cour EDH, 18 février 1999, *Mathews c/ Royaume-Uni*, Rec. 1999-I, pp. 305-329. Sur cette affaire, voir notamment COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F. « A propos de l'arrêt *Mathews c/ Royaume Uni* (18 février 1999) », R.T.D.E. 1999, pp. 637-657 ; KRENC F. « La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention européenne des droits de l'homme », R.T.D.H. 2004, pp. 111-140 ; BULTRINI A. « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », R.T.D.H. 2002, pp. 5-43 ; GORI G. et KAUFF-GAZIN F. « L'arrêt *Mathews* : une protection globale des droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire ? », Europe, janvier 2000, pp. 4-8

- 1 Cour EDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c/ Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98.
- 2 Comm. EDH, 9 février 1990, *M. & Co c/ République Fédérale d'Allemagne*, R.U.D.H. 1991, pp. 134-138.
- 3 KAUFF-GAZIN F. « L'arrêt *Bosphorus* de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », L.P.A., 2005, n° 234, pp. 9-21, sp. 14.
- 4 « De l'avis de la cour, une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention (*M. & Co.*, préc., p. 152, démarche à laquelle les parties et la Commission européenne souscrivent). Par « équivalente », la cour entend « comparable » : toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (§ 150 ci-dessus). Toutefois, un constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux », Paragraphe 155 de l'arrêt *Bosphorus Airlines*.
- 5 Voir entre autres, ANDRIANTSIMBAZOVINA J. « La Cour de Strasbourg gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne ? », R.F.D.A., mai-juin 2006, pp. 566-576 ; BERRAMDANE A. « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne », R.D.U.E. 2006, pp. 243-272 ; KAUFF-GAZIN F. « L'arrêt *Bosphorus* de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », L.P.A., 2005, n° 234, pp. 9-21 ; SUDRE F. « La « conventionalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », J.C.P. édition générale, n° 39, 28 septembre 2005, II 10128, pp. 1760-1764

conventionalité »¹ accordé au droit communautaire lorsque l'on connaît les carences du système communautaire en matière d'accès au juge², elle parachève une longue jurisprudence visant à éviter que les Etats membres puissent se soustraire au contrôle du juge européen dans l'exécution du droit communautaire, quitte à remettre en cause toute nécessité d'adhésion de l'Union européenne à la Convention³.

Dans ce contexte, l'application par les Etats membres du droit communautaire de l'asile et de l'immigration ne peut échapper au contrôle de la Cour de Strasbourg.

B. L'application de la jurisprudence au domaine de l'asile et de l'immigration

Les conditions du contrôle des mesures d'application du droit communautaire précisées par la jurisprudence *Bosphorus Airlines* peuvent être mises en perspective au

1 SUDRE F. « La « conventionalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », J.C.P. édition générale, n° 39, 28 septembre 2005, II 10128, pp. 1760-1764, sp. 1764.

2 Dans une opinion concordante présentée à l'issue de l'affaire *Bosphorus Airlines* plusieurs juges soulignent notamment « D'autre part, comme l'arrêt le reconnaît lui-même, l'accès des particuliers aux juridictions communautaires est « restreint » (paragraphe 162). Or, comme la Cour l'a encore rappelé dans l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* ([GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I), le droit de recours individuel « figure parmi les clés de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention » (paragraphe 122 dudit arrêt). Certes, en droit communautaire, la protection juridictionnelle repose sur une pluralité de recours, parmi lesquels le recours préjudiciel à la Cour de justice joue un rôle important. Il reste cependant que, malgré toute sa valeur, le recours préjudiciel comme contrôle interne et *a priori* n'est pas de même nature et ne remplace pas le contrôle externe et *a posteriori* de la Cour européenne des Droits de l'Homme, exercé sur recours individuel.

Le droit de recours individuel fait partie des obligations de base auxquelles ont souscrit les Etats en ratifiant la Convention. Il paraît dès lors difficilement admissible qu'ils aient pu réduire l'efficacité de ce droit pour les personnes relevant de leur juridiction au motif qu'ils ont transféré certaines de leurs compétences aux Communautés européennes. Si la Cour devait abandonner au système juridictionnel communautaire le soin d'assurer une « protection équivalente », sans se réserver le moyen de vérifier au cas par cas si cette protection est effectivement « équivalente », elle consentirait tacitement au remplacement, dans le domaine du droit communautaire, du standard conventionnel par un standard communautaire, lequel pourrait, certes, s'inspirer du standard conventionnel mais son équivalence avec celui-ci ne ferait alors plus l'objet d'un contrôle autorisé ».

3 « Le dogme de la « protection équivalente » conduit à s'interroger, pour conclure, sur les effets pratiques d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention (Traité établissant une Constitution pour l'Europe, art. I-9, § 2). L'adhésion confèrera à la Cour EDH la compétence *ratione personae*, qui lui fait jusqu'alors défaut, pour connaître de requêtes dirigées contre les actes de l'Union et évitera ainsi que les particuliers se plaignant d'actes des institutions de l'Union ne forment, à titre de substitut, un recours contre les Etats membres de l'Union parties à la Convention EDH (CEDH, 4 juill. 2000, n° 51717/99, *Sté Guérin Automobiles c/ les 15 États de l'Union européenne*. – CEDH, gr. ch., 10 mars 2004, n° 56672/00, *Senator Lines GmbH*). Ce faisant, l'adhésion permettra d'assurer pleinement le contrôle de la compatibilité des normes communautaires à la Convention... en théorie. Car, en pratique, on peut penser que l'affirmation de l'équivalence de la protection des droits fondamentaux devrait pareillement conduire le juge européen à faire bénéficier les actes de l'Union européenne d'une commode présomption de conventionalité qui, peu ou prou, confère une immunité au système communautaire et réduit le contrôle de la Cour européenne à un exercice de style », SUDRE F. « La « conventionalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », J.C.P., édition générale, n° 39, 28 septembre 2005, II 10128, pp. 1760-1764, sp. 1764.

regard de l'action de la Communauté dans le domaine de l'immigration et de l'asile. Deux voies peuvent être explorées. Celle tout d'abord de l'application des règlements qui, par définition, ne laissent pas de marge de manœuvre aux Etats membres. Ici, la responsabilité de l'Etat membre mettant en œuvre le droit communautaire ne peut être engagée sauf s'il existe une « insuffisance manifeste » de protection des droits fondamentaux dans le système communautaire. Or, la limitation des modalités de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel porte atteinte, comme nous l'avons déjà souligné¹, à la protection juridictionnelle des particuliers. Dans ce contexte, et hormis le cas de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence, il n'est pas certain que le droit communautaire accorde l'équivalence de protection requise par le juge européen. Ainsi, la responsabilité des Etats membres mettant en œuvre les règles relatives, par exemple, à la gestion des frontières pourrait être engagée devant le juge de Strasbourg. Cela étant, cette possibilité doit être relativisée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009. En effet, le traité rétablit la procédure préjudicielle de droit commun aux domaines de l'asile et de l'immigration et élargit par conséquent l'hypothèse de l'équivalence de protection.

La seconde voie relève du contrôle de la mise en œuvre des directives qui, par définition et en particulier dans le domaine de la politique migratoire², laissent des marges de manœuvre aux Etats membres dans leur transposition en droit interne. Ainsi, les mesures nationales de transposition peuvent faire l'objet d'un contrôle du juge européen. Or, cette situation peut avoir un impact important dans le cadre de la construction de la politique commune d'immigration et d'asile. En effet, lorsque le juge européen est saisi d'une mesure nationale de transposition, il en contrôle la conformité au regard des droits fondamentaux et il définit le cadre dans lequel ces mesures nationales doivent s'intégrer. Il délimite par conséquent le cadre dans lequel la compétence communautaire peut s'exercer. Un exemple caractéristique illustre cette situation. Les questions relatives au droit de recours négociées dans le cadre communautaire ont largement divisé les Etats membres de sorte qu'à défaut de consacrer un régime communautaire des voies de recours en matière d'asile et d'immigration, prévoyant notamment les cas dans lesquels ils doivent être suspensifs, les directives consacrent un renvoi quasi systématique aux règles nationales. La directive relative aux procédures d'asile³ est significative sur ce point dans la mesure où le caractère suspensif du recours est organisé par les Etats membres conformément

1 Voir *supra*.

2 Comme nous l'avons déjà souligné, les directives fondées sur le titre IV du traité CE ont fait l'objet d'après négociations qui ont abouti à l'adoption de textes peu contraignants, formulés de manière ambiguë et renvoyant de manière récurrente au droit national pour réglementer les situations sensibles. Sur ce point voir en particulier, DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75.

3 Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

à leurs engagements internationaux¹. En s'en remettant aux Etats membres et en faisant référence aux obligations internationales, la directive ouvre le contrôle de son application au juge européen. L'exemple de l'effet suspensif des recours n'est pas neutre dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à ce sujet en avril 2007 dans un recours introduit contre la France². L'affaire concernait un ressortissant érythréen sollicitant, à l'aéroport Charles de Gaulle, son admission en France pour y déposer une demande d'asile. Considérant la demande « manifestement infondée », le ministre de l'Intérieur a rejeté la demande d'admission sur le territoire et décidé de son réacheminement vers son pays d'origine. Le référé-liberté introduit devant la juridiction administrative déclaré irrecevable, le requérant a saisi la Cour européenne des droits de l'homme et obtenu une mesure provisoire empêchant son renvoi. Sur ce fondement, la France a autorisé le requérant à entrer sur le territoire et à déposer une demande d'asile qui a abouti à la reconnaissance du statut de réfugié par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. Nonobstant l'issue positive de la procédure, la Cour de Strasbourg a accédé à la demande du requérant de contrôler la conformité de la procédure française à l'article 13 de la convention européenne des droits de l'homme. Si la Cour avait déjà eu à se prononcer sur la question des recours dépourvus d'effets suspensifs et s'était satisfaite de ce qu'en pratique le renvoi n'était pas exercé jusqu'à ce que le juge ait statué³, elle impose désormais que le recours soit suspensif de plein droit⁴. Si l'affaire *Gebremedhin* a imposé à la France de modifier sa législation⁵, elle emporte également des conséquences importantes pour l'ensemble des Etats parties qui doivent également prévoir le caractère suspensif des recours dans l'hypothèse, par exemple, où une personne invoque une violation de l'article 3 de la CEDH en cas de renvoi dans son pays d'origine ou un pays dans lequel elle risque de subir des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants.

Ainsi, en renvoyant aux Etats membres le soin de déterminer les conditions des recours applicables dans le cadre des procédures d'asile, le droit communautaire permet au juge européen de contrôler les mesures nationales de mise en œuvre de la directive. Il permet au juge de Strasbourg de déterminer les obligations qui pèsent sur les Etats membres et partant d'imposer un alignement des régimes nationaux. Par

1 Voir article 39, paragraphe 3, de la directive 2005/85/CE.

2 CEDH 26 avril 2007, *Gebremedhin c/ France*, req. n° 25389/05. Sur cet arrêt, voir PISSALOUX J.-L. et MINOT L. « De la nécessité d'aménager la règle du caractère non suspensif des recours devant le juge administratif français », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 222, pp. 34 et s. ; BIRKER M. « Première condamnation de la procédure française d'asile à la frontière », *E.D.L.*, 2007, n° 23, pp. 26-27.

3 « Quant à leur incompétence pour ordonner des mesures provisoires contre la Couronne, elle n'amoindrit pas en la matière l'efficacité du contrôle judiciaire, car personne ne prétend qu'en pratique un fugitif soit jamais livré avant qu'il n'ait été statué sur sa demande à la *Divisional Court* puis sur son appel éventuel », CEDH 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 161, paragraphe 123.

4 « Compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de la réalisation du risque de torture ou de mauvais traitement (...); l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif », CEDH 26 avril 2007, *Gebremedhin c/ France*, req. n° 25389/05, sp. paragraphe 66.

5 Voir notamment, MERINO M. « La réforme du contentieux des étrangers. Aspects positifs et négatifs d'une réforme contestée », *Droit Administratif* n° 2, Février 2008, étude 3.

extension, l'approfondissement prévu des règles communautaires en matière d'asile¹ ne peut plus faire abstraction de cette jurisprudence et impose un alignement du droit communautaire sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme cela a par ailleurs déjà été le cas en matière d'immigration². Cela étant, cette situation doit être mise en perspective avec les évolutions qui frappent le domaine de la politique d'asile et d'immigration. Il en ressort alors que le rôle du juge européen n'est pas aussi central qu'il n'y paraît à prime abord, de sorte que le contrôle du juge européen peut être remis en question.

II. LE CONTRÔLE DU JUGE EUROPÉEN EN QUESTION

L'affaire *Gebremedhin* est assurément un point fort de la jurisprudence de la Cour européenne et de la protection juridictionnelle des personnes. Néanmoins cet exemple est pour l'instant isolé. Un regard croisé sur le rôle et la jurisprudence des deux Cours européennes dans le domaine de la politique migratoire offre une nouvelle lecture des relations entre les deux Cours et pose deux questions relatives au contrôle du juge européen. La première relève de la nécessité du contrôle du juge européen ou plus précisément de sa place compte tenu de la montée en puissance de la Cour de justice dans le domaine (A). La seconde porte sur l'intensité de la protection accordée par le juge européen qui n'assure pas toujours des garanties compatibles avec les standards communautaires (B).

A. La place du contrôle

S'interroger sur la place du contrôle de la Cour européenne dans le domaine de la politique migratoire impose d'évaluer en contrepartie celle occupée par la Cour de justice. Ici, la pratique et les évolutions relativisent les craintes et critiques que le traité d'Amsterdam avait pu faire naître. En effet, la Cour de justice s'impose progressivement dans le domaine comme la juridiction de référence en raison, d'une part, de sa position dans l'organisation des voies de droit (1) et, d'autre part, d'une jurisprudence équilibrée et protectrice (2).

1 Concernant l'approfondissement de la politique européenne d'asile et notamment de la directive procédure d'asile, voir Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et sociale et au Comité des Régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 5.

2 Comme cela est le cas de la directive relative aux normes et procédures communes applicable au retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière dans la mesure où la directive institue un effet suspensif des recours introduits contre une décision d'éloignement. Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 du 24.12.2008. Pour un commentaire, voir notamment CARLIER J.-Y. « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », E.D.L., mai 2008, n° 26, pp. 13-19, sp. 17-18.

1. *La prédominance de la Cour de justice*

Malgré les aménagements de la compétence préjudicielle de la Cour de justice, et hormis le cas de l'exclusion de sa compétence pour le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures pour des raisons d'ordre public¹, elle bénéficie d'une prédominance vis-à-vis de la Cour de Strasbourg dans l'organisation des voies de droit et partant dans la protection des droits fondamentaux dont elle doit assurer le respect. En effet, la possibilité offerte aux juridictions de dernier ressort de saisir la Cour de justice pour obtenir l'interprétation du droit communautaire ou apprécier la validité du droit communautaire est toujours préalable à la saisine de la Cour européenne qui ne peut intervenir, sauf exception², qu'après épuisement des voies de recours internes. Cette situation doit par ailleurs être renforcée par l'attractivité de la procédure préjudicielle d'urgence qui permet au juge national dans un délai réduit de disposer d'une interprétation de la règle. Ainsi, et même dans un contexte limité, le juge communautaire s'impose comme un interlocuteur privilégié pour le juge national. Le système demeure certes imparfait dans la mesure où la saisine de la Cour de justice dépend de la volonté du juge interne dans un contexte où la question du caractère obligatoire de la saisine demeure en suspens, mais il est ouvert et doit permettre aux requérants d'inviter, voire de convaincre, le juge national d'user de cette voie de droit.

En outre, cette situation est transitoire. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, en décembre 2009, assure le rétablissement de la procédure préjudicielle de droit commun. Dans ce contexte, la place prédominante du juge communautaire vis-à-vis du juge européen devrait être pleinement assurée. Ainsi, la protection des droits fondamentaux dans le cadre du recours en interprétation ou de l'appréciation de validité empruntera très certainement et en priorité le chemin de Luxembourg. Cette probabilité est d'autant plus forte que la jurisprudence de la Cour de justice dans ce domaine s'est révélée protectrice.

2. *La jurisprudence protectrice de la Cour de justice*

La culture « économique » de la jurisprudence communautaire³ et les enjeux de l'équilibre à trouver entre préoccupations sécuritaires et protection des droits fondamentaux pouvaient laisser planer un doute sur la capacité de la Cour de justice

1 Sur cette question, voir notamment BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » *in* « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUI, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25.

2 Au sujet des exceptions et assouplissements de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, voir en particulier SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », P.U.F., Coll. Droit Fondamental, Paris, 2008, 9^{ème} édition, 843 p., pp. 683-690.

3 Les buts poursuivis initialement par la Cour de justice relevant de l'unification économique de la Communauté. Voir à ce sujet BONICHOT J.-C. « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes », R.U.D.H. 1991, pp. 317-324, sp. 318. Voir également, PIPKORN J. « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », R.T.D.H. 1993, pp. 221-241, sp. 224.

à prendre à son compte la protection des droits fondamentaux dans le domaine des politiques migratoires¹. Par deux fois, le juge communautaire a écarté cette crainte et démontré sa capacité à situer le droit communautaire et son interprétation dans le cadre du respect des droits fondamentaux.

L'arrêt rendu par la Cour de justice dans le recours en annulation introduit par le Parlement européen contre la directive relative au droit au regroupement familial a inauguré la démarche². Le Parlement européen avait fondé son recours sur la violation par la directive de plusieurs dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Déclarant le recours recevable, contrairement à l'argumentation du Conseil, la Cour de justice a balisé le terrain et établi une grille de lecture pour le futur. Si la Cour de justice n'annule pas la directive, le contrôle de la régularité des dispositions de la directive contestée est clairement situé sur le terrain de la protection des droits fondamentaux. Basant d'emblée sa motivation sur la « signification particulière » de la convention européenne des droits de l'homme dans le contrôle du respect des droits fondamentaux³, et citant à l'appui de sa position la jurisprudence de Strasbourg⁴, la Cour de justice étend le champ de son contrôle à la Charte des droits fondamentaux, qui intègre ainsi le « bloc de légalité communautaire »⁵, et aux instruments internationaux de protection des droits de l'enfant. Le cadre posé, la Cour de justice définit les conditions dans lesquelles les États membres peuvent mettre en œuvre les dispositions contestées de la directive notamment au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. En somme, la Cour de justice ne s'est pas dérobée devant ce qui aurait pu constituer un obstacle.

Le second exemple relève d'un arrêt préjudiciel⁶ portant interprétation de la directive 2004/83/CE⁷. La Cour était invitée à se prononcer sur l'étendue de la protection

1 Ce doute était notamment alimenté par les premières conclusions rendues dans ce domaine, notamment dans le cadre du recours dirigé contre la directive relative au droit au regroupement familial. Voir en particulier à ce sujet, LABAYLE H. « Architecte ou spectatrice : la Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 2006, pp. 1-46, sp. 45.

2 CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.

3 « Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La CEDH revêt, à cet égard, une signification particulière », CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, point 35.

4 CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, points 52 à 56.

5 BURGORGUE-LARSEN L. « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », A.J.D.A. 2006, Actualité jurisprudentielle, pp. 2285-2288, sp. 2287. Voir par ailleurs, BRODIER H. « Premier visa pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'arrêt de la CJCE validant la directive relative au droit au regroupement familial », E.D.L. 2006, n° 21, pp. 9-15.

6 CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, non publié.

7 Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au

subsidaire accordée par le droit communautaire. Concrètement, la juridiction nationale souhaitait savoir si l'article 15 c) de la directive offre une protection complémentaire par rapport à l'article 3 de la CEDH, auquel renvoie clairement l'article 15 b) de la directive¹. La réponse de la Cour est assez claire sur ce point. Elle indique que l'article 15 b) correspond en substance à l'article 3 de la CEDH alors que l'article 15 c) « est une disposition dont le contenu est distinct de l'article 3 de la CEDH »². En d'autres termes, la Cour de justice préserve la protection garantie par la CEDH et affirme la spécificité du droit communautaire dans les situations couvertes par l'article 15 c)³.

Si le traité d'Amsterdam avait procédé à « l'absorption »⁴ de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'intermédiaire de l'article 6, paragraphe 2, du traité CE, la Cour de justice prolonge le mouvement en s'engageant « dans les pas de la juridiction de Strasbourg »⁵ et en ouvrant largement le champ de la protection, qu'il s'agisse de la référence à la Charte, de la prise en compte des textes internationaux ou encore de l'interprétation positive des garanties accordées par le droit communautaire telles que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou la protection subsidiaire. En somme, le juge communautaire n'a pas esquivé la responsabilité que faisait peser sur lui la communautarisation de la politique migratoire au regard des droits fondamentaux. Cette montée en puissance de la juridiction communautaire est importante au moment où des doutes sur le niveau et l'intensité de la protection garantie par la Cour européenne des droits de l'homme se font jour.

B. L'intensité de la protection

Sans jamais avoir remis en cause le droit souverain des Etats parties de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins eu un apport considérable sur la

statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304/2 du 30.09.2004.

- 1 Article 15 de la directive 2004/83/CE « Les atteintes graves [pour pouvoir bénéficier de la protection subsidiaire] sont :
 - a) la peine de mort ou l'exécution, ou
 - b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou
 - c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international.
- 2 CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, non publié, point 28.
- 3 Pour un bref commentaire voir, KAUFF-GAZIN F., Europe, avril 2009, comm. 155, pp. 17-18.
- 4 SUDRE F. « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », J.C.P. n° 1-2, 1998, pp. 9-16, sp. 12 et s. Voir également ANDIANTSIMBAZOVINA J. « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'association ? », Europe, Octobre 1998, pp. 3-7.
- 5 MASSON B. « L'harmonisation des conditions du regroupement familial : la Cour fait la leçon sur le titre IV CE », R.T.D.E. 2006, pp. 673-685, sp. 674.

protection des migrants, qu'il s'agisse du droit de mener une vie familiale normale ou de la protection contre l'éloignement¹. Cela étant dit, deux décisions récentes du juge de Strasbourg pourraient laisser transparaître un infléchissement de l'intensité de la protection accordée sur le fondement de la convention européenne des droits de l'homme. Par deux fois, le juge européen n'a pas considéré que l'Etat membre attrait devant la Cour ait violé la convention. Or, les deux affaires ont ceci de commun que le comportement contesté de l'Etat membre reposait sur des considérations de gestion des politiques migratoires. En effet, dans la première affaire², le juge européen n'a pas considéré que le placement en rétention d'un demandeur d'asile, assimilé pour l'occasion à un migrant, pour commodités administratives a constitué une violation de l'article 5, paragraphe 1, point f) de la convention³. Dans la seconde affaire⁴, la Cour de Strasbourg a restreint la portée de l'article 3 de la convention en considérant que l'éloignement d'un étranger malade, sans qu'il soit certain que la personne puisse se faire soigner dans son pays d'origine, ne constituait pas une violation de l'article 3 de la CEDH⁵. A l'appui de sa motivation, la Cour a notamment indiqué que l'article 3 ne fait pas obligation à l'Etat membre de fournir des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer et qu'une conclusion contraire « ferait peser une charge trop lourde sur les Etats contractants ». Commodités administratives dans le traitement des demandes d'asile justifiant d'un côté la détention d'un demandeur de protection internationale, charge financière excessive de l'autre permettant l'éloignement d'un étranger malade, il semble que le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ne soit plus totalement assuré et qu'il bénéficie désormais davantage à l'Etat qu'à l'individu. Sans prétendre que ces deux affaires puissent constituer le fondement d'une nouvelle ligne de jurisprudence de la Cour européenne, elles doivent néanmoins être considérées avec attention dans la mesure où les considérations économiques permettent désormais de justifier des restrictions aux droits fondamentaux reconnus par la Convention. Et certains Etats parties n'en attendaient pas moins...

Seulement, il n'est pas totalement certain que ce nouveau levier puisse jouer dans le cadre communautaire. La directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures de retour⁶ ne fournit pas d'élément précis à ce sujet. Elle se borne à indiquer que lorsque les Etats membres mettent en œuvre la directive, ils tiennent dûment compte

1 Voir notamment, LAMBERT P. et PETTTTI C. (éd.) « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Droit et Justice, BRUYLANT-NEMESIS, Bruxelles, 2003, 149 p.

2 CEDH, 29 janvier 2008, *Saadi c/ Royaume-Uni*, req. n° 13229/03.

3 Pour un commentaire, voir notamment O'NIONS H. « No Right to Liberty : The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience », EJML, 2008, pp. 149-185.

4 CEDH, 27 mai 2008, *N. c/ Royaume-Uni*, req. n° 26565/05.

5 Pour un commentaire, voir JULIEN-LAFERRIERE F. « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », R.T.D.H. 2009, pp. 261-277.

6 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 du 24.12.2008.

« de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers »¹. Si la jurisprudence de la Cour européenne trouve à s'appliquer dans ce cas, il n'est pas certain que la Cour de justice, saisie par la voie préjudicielle pour interpréter cette disposition, statue dans le même sens que la Cour de Strasbourg. Il y a donc là tout intérêt à suivre les développements de la jurisprudence communautaire. En revanche, la situation juridique des demandeurs d'asile en droit communautaire est mieux protégée. La directive relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile² indique que ces derniers peuvent circuler librement sur le territoire des Etats membres³. Si la possibilité de les obliger à demeurer dans un « lieu déterminé » est prévue cela ne peut être justifié que pour « des raisons juridiques ou d'ordre public »⁴. Il semble ici que la détention organisée pour permettre aux autorités de statuer rapidement et efficacement sur les demandes d'asile, autrement dit par commodité administrative, ne puisse servir de fondement. Par ailleurs, l'article 18, paragraphe 1^{er}, de la directive « procédures d'asile »⁵ indique que « les membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile ». Une lecture combinée de ces dispositions remet en cause la jurisprudence de la Cour européenne. Cette remise en cause est d'ailleurs clairement affichée par la Commission européenne dans une proposition modifiant la directive relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile⁶. Prenant appui sur la pratique des Etats membres et sur « l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », la Commission rappelle le principe selon lequel nul ne doit être placé en rétention au seul motif qu'il demande la protection internationale et indique que la proposition « garantit que la rétention ne pourra être autorisée que pour des motifs exceptionnels »⁷. En conséquence, la proposition de directive introduit plusieurs dispositions visant à réglementer précisément les conditions de placement en détention qui ne peut intervenir que si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées.

En résumé, si l'intensité de la protection accordée par la Cour européenne semble s'infléchir au bénéfice de considérations économiques ou de gestion des flux migratoires,

1 Article 5 de la directive 2008/115/CE.

2 Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.

3 Article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/9/CE « Les demandeurs d'asile peuvent circuler librement sur le territoire de l'État membre d'accueil ou à l'intérieur d'une zone qui leur est fixée par cet État membre. La zone fixée ne porte pas atteinte à la sphère inaliénable de la vie privée et donne suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages prévus par la présente directive ».

4 Article 7, paragraphe 3, de la directive 2003/9/CE « Lorsque cela s'avère nécessaire, les États membres peuvent obliger un demandeur à demeurer dans un lieu déterminé conformément à leur droit national, par exemple pour des raisons juridiques ou d'ordre public ».

5 Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

6 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2008) 815 final du 03.12.2008.

7 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2008) 815 final du 03.12.2008, sp. 6.

ce mouvement doit être considéré avec attention et sa compatibilité confrontée au droit communautaire et à la jurisprudence à venir de la Cour de Luxembourg.

Montée en puissance de la Cour de justice, assouplissement de la protection reconnue par la Cour européenne, protections garanties par le droit communautaire, le paysage est complexe. Il pose la question de la place et de l'intensité du contrôle du juge européen dans un domaine en profonde mutation et invite à essayer de proposer quelques lignes de perspectives. Compte tenu des mouvements existants actuellement dans le paysage européen, le thème récurrent du risque de divergence de jurisprudence entre les deux Cours européennes ne semble plus aussi aigu que par le passé¹. En effet, ce thème a suscité des craintes dans l'hypothèse où la protection accordée par la Cour de justice était inférieure à celle reconnue par la Cour de Strasbourg. Or, il semble qu'aujourd'hui le mouvement ne soit pas forcément celui-ci dans le domaine de la politique migratoire, voire même qu'il soit inversé. En conséquence, rien n'empêche d'imaginer et rien ne s'oppose à ce que la protection des migrants ou demandeurs d'asile soit plus importante dans les États membres de l'Union européenne que dans le cadre du Conseil de l'Europe. Dans ce contexte d'ailleurs, la perspective d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ouverte par le traité de Lisbonne ne pose aucune difficulté, d'autant que depuis la jurisprudence *Bosphorus Airlines* les difficultés ont été considérablement résorbées². Cette situation ne

- 1 Sur la question des risques de divergence entre les Cours, leurs conséquences et les solutions proposées, voir COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F. « De l'office de la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : L'arrêt *Matthews* contre Royaume-Uni du 18 février 1999 », R.U.D.H. 1999, pp. 253-262, sp. 254 ; CONSTANTINESCO V. « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam » in « Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives. Colloque, Universités de Paris I - Paris II - Bordeaux IV. Paris, 27 et 28 février 1998 », PEDONE, Paris 1999, 172 p. pp. 33-46 ; DE SCHUTTER O. « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam » in LEJEUNE Y. (Etude coordonnée par) « Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions », Université Catholique de Louvain, Collection de l'Institut d'Études Européennes, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 498 p., pp. 153-187 ; SUDRE F. « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », J.C.P., 1998, n° 1-2, pp. 9-16, sp. 13 ; DOUGLAS-SCOTT S. « A Tale of two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis », C.M.L.R. 2006, pp. 629-655, sp. 648-650 ; COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F. « A propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume Uni* (18 février 1999) », R.T.D.E. 1999, pp. 637-657, sp. 639 et s. ; SIMON D. « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime moi non plus » ? », Pouvoirs, n° 96, 2001, pp. 31-49 ; RITLÉNG D. « Le renvoi préjudiciel communautaire, modèle pour une réforme du système de protection de la CEDH ? », E.D.L., n° 7, janvier 2002, pp. 3-7 ; SPIELMANN D. « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », R.T.D.H. 1996, pp. 685-711 ; TOTH A.-G. « The European Union and Human Rights : the Way forward », C.M.L.R., Vol. 34, 1997, n° 3, pp. 491-529, sp. 512 et s. ; WACHSMANN P. « Les droits de l'homme », R.T.D.E. 1997, pp. 883-902, sp. 886 et s.
- 2 « Le dogme de la « protection équivalente » conduit à s'interroger, pour conclure, sur les effets pratiques d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention (Traité établissant une Constitution pour l'Europe, art. I-9, § 2). L'adhésion confèrera à la Cour EDH la compétence *ratione personae*, qui lui fait jusqu'alors défaut, pour connaître des requêtes dirigées contre les actes de l'Union et évitera ainsi que les particuliers se plaignant d'actes des institutions de l'Union ne forment, à titre de substitut, un recours contre les États membres de l'Union parties à la Convention EDH (CEDH, 4 juill. 2000, n° 51717/99, *Sté Guérin Automobiles c/ les 15 États de l'Union européenne*. – CEDH, gr. ch., 10 mars 2004, n° 56672/00, *Senator Lines GmbH*). Ce faisant, l'adhésion permettra d'assurer pleinement le contrôle de la compatibilité des normes communautaires à la Convention... en théorie. Car, en pratique, on peut

signifie pas pour autant que le rôle du juge européen disparaisse ou devienne subsidiaire. Ce dernier doit continuer à exercer son contrôle notamment dans les domaines que le droit communautaire n'a pas ou peu encadré. Ici, le juge européen exerce une fonction complémentaire à celle du juge communautaire, évacuant aussi le débat sur la hiérarchisation des Cours¹. Enfin, et compte tenu de la similarité de la Convention européenne et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans plusieurs domaines², cette dernière peut devenir un point de référence entre la Cour de justice et la Cour européenne. D'autant que les deux Cours s'inspirent déjà du texte³. Rien n'interdit dès lors d'imaginer que la Charte et son interprétation ne constituent le fameux point de convergence entre les deux juridictions européennes⁴.

penser que l'affirmation de l'équivalence de la protection des droits fondamentaux devrait pareillement conduire le juge européen à faire bénéficier les actes de l'Union européenne d'une commode présomption de conventionalité qui, peu ou prou, confère une immunité au système communautaire et réduit le contrôle de la Cour européenne à un exercice de style », SUDRE F. « La « conventionalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », J.C.P., édition générale, n° 39, 28 septembre 2005, II 10128, pp. 1760-1764, sp. 1764. Voir également CONSTANTINESCO V. « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande Chambre], *Bosphorus airlines*, du 30 juin 2005) », C.D.E., 2006, pp. 363-378.

- 1 NERAUDAU E. « Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 791 p., pp. 477-542 ; TULKENS F. « L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme », RUDH, 2000, pp. 50-57. Comme le soulignait par ailleurs Johann SCHOO, directeur du service juridique du Parlement européen, lors d'une audition devant le groupe II de la Convention européenne « Intégration de la Charte/Adhésion à la CEDH », « De toute façon, la Cour des droits de l'homme, après l'adhésion de l'Union, ne devient pas une Cour suprême par rapport à la Cour de justice, comme elle ne l'est pas devenue par rapport aux Cours suprêmes des Etats membres. Sa compétence restera limitée au contrôle du respect des droits fondamentaux inscrits à la CEDH. Aucune autre compétence ne lui sera attribuée. La Cour de justice de Luxembourg restera seul maître des litiges entre les Etats membres ainsi qu'entre ceux-ci et les institutions », WG II – WD 13, 2 août 2002, sp. 14.
- 2 « Pour ce qui concerne les articles inspirés de la Convention européenne, l'intention paraît évidente : il s'agit de « communautariser » le contenu matériel de la Convention en court-circuitant ainsi la compétence de la Cour européenne des droits de l'Homme », PESCATORE P. « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux. Enquête sur un problème virtuel », R.M.C.U.E., n° 466, mars 2003, pp. 151-159, sp. 155. Pour une démonstration différente au sujet de la difficulté de déterminer jusqu'à quel point les deux textes correspondent, ZANGHI C. « Premières observations sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » in *Mélanges offerts à Silvio MARCUS HELMONS*, BRUYLANT, Bruxelles 2003, 397 p. pp. 375-393, sp. 389 et s.
- 3 Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir CEDH, 3 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, Rec. 2002-VI, pp. 45-87. Pour la Cour de justice, CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, point 38. Voir notamment, BURGORGUE-LARSEN L. « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », A.J.D.A. 2006, Actualité jurisprudentielle, pp. 2285-2288.
- 4 Voir également la position de H. LABAYLE qui souligne que la Charte contraindra les systèmes nationaux à l'excellence en matière de protection des droits fondamentaux et que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme conduira « à accepter la convergence, ne serait-ce que pour limiter l'impact d'un contrôle extérieur », LABAYLE H « Le juge de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne » in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, 1166 p., pp. 591-615. sp. 613.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le contrôle de la compétence communautaire dans le domaine de l'immigration et de l'asile a été largement débattu après l'adoption du traité d'Amsterdam. Il a principalement porté sur l'aménagement de la procédure préjudicielle et la protection des droits fondamentaux. Le premier volet du débat a notamment soulevé la problématique de la restriction du dialogue entre les juges et de ses répercussions sur le contrôle de la validité des actes de droit communautaire dérivés et l'application uniforme du droit communautaire dans les Etats membres. La problématique du respect des droits fondamentaux a souligné la nécessité d'envisager le contrôle concurrent de la Cour européenne des droits de l'homme compte tenu des évolutions de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg vis-à-vis du droit communautaire.

Toutefois, et même si le schéma demeure imparfait notamment en l'absence de « normalisation » des conditions d'intervention de la Cour de justice après la période de transition, l'analyse a permis de relativiser les craintes avancées. Au plan temporel, tout d'abord, dans la mesure où le temps législatif a conditionné l'émergence du temps judiciaire. Ainsi, l'adoption de directives longuement négociées et prévoyant des périodes de transposition importantes a repoussé le moment de la confrontation du juge national avec le droit communautaire. Au regard de l'action de la Cour de justice, ensuite, dans la mesure où elle a relevé le défi des droits de l'homme. En effet, l'émergence d'un contentieux intrinsèquement lié à la thématique des droits fondamentaux avait un temps soulevé des doutes sur la capacité de la Cour de justice à pleinement investir ce domaine, ayant été invitée durant plusieurs décennies à se prononcer sur des questions à caractère économique. Son action dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice en général¹, et dans le domaine de la politique migratoire en particulier démontre que le juge s'est saisi de la problématique. A cet égard, l'arrêt rendu dans le recours en annulation introduit contre la directive relative au droit au regroupement familial est significatif². Prenant appui sur la Convention européenne des droits de l'homme, sur la Convention des nations Unies sur la protection des enfants tout en offrant une valeur interprétative à la Charte des droits fondamentaux, la Cour ne s'est pas dérobée et a posé les jalons de son action future. Au plan institutionnel enfin, la création d'une procédure préjudicielle d'urgence applicable à l'espace de liberté, de sécurité et de justice doit assurer une meilleure protection des ressortissants de pays tiers et dans le même mouvement éloigner le spectre de l'intervention du juge européen.

Malgré tout, ces éléments ne doivent pas évacuer la nécessité de procéder à un alignement de la compétence de la Cour de justice sur les procédures classiques, ni évacuer d'un revers de main la problématique de la concurrence entre les Cours européennes qui demeure toujours possible. L'entrée en vigueur du traité de

1 LABAYLE H « Le juge de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne » in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, 1166 p., pp. 591-615.

2 CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.

Lisbonne devrait permettre de dépasser et de lisser les imperfections de l'organisation juridictionnelle délimitée à Amsterdam.

Conclusion du Titre 2

L'analyse des modalités d'exercice et de contrôle de la compétence communautaire dans le domaine de la politique d'immigration et d'asile révèle plusieurs caractéristiques. Tout d'abord, l'exercice de la compétence communautaire s'est inscrit dans un schéma dérogatoire, qu'il s'agisse de l'initiative partagée ou encore de la limitation des modalités de saisine de la Cour de justice par la voie préjudicielle. Ensuite, l'exercice de la compétence s'est développé de manière spécifique, comme en témoignent l'aménagement des travaux au sein du Conseil et la revendication du pouvoir d'exécution par le Conseil. Enfin, l'exercice de la compétence a témoigné d'une approche inédite de la politique européenne au regard d'une action déterminante dans le domaine de l'exécution opérationnelle.

Cela étant dit, les premières années de mise en œuvre de la politique d'immigration et d'asile de la Communauté européenne ont témoigné d'une mutation constante des procédures et cadres d'action. Si l'extension de la procédure de codécision constitue un premier élément de mutation, la création d'une procédure préjudicielle d'urgence manifeste la nécessité d'adapter le domaine à la réalité de politiques liées au statut des personnes et partant aux droits fondamentaux. S'il faut attendre l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pour assister à un alignement de la politique migratoire sur les procédures classiques de décision ou de contrôle, la force de l'intégration communautaire a déjà permis de procéder à des modifications substantielles.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

A n'en pas douter, la communautarisation de l'asile et de l'immigration a constitué une véritable « révolution » pour les Etats membres. Contraints de franchir le pas de la communautarisation afin de mettre en cohérence les actions avec les objectifs, mais arc-boutés sur la sauvegarde de leur souveraineté, l'attribution d'une compétence à la Communauté s'est effectuée *a minima*. Au regard des objectifs de la politique migratoire, tout d'abord, dont la définition n'a été précisée qu'après la signature du traité. Au regard du dispositif institutionnel, ensuite, qui a lourdement souffert des exigences nationales, au point de remanier de manière inédite et inquiétante la méthode communautaire dans sa mise en œuvre et son contrôle. Au fond le traité d'Amsterdam est le résultat d'une focalisation démesurée des Etats membres sur les aspects institutionnels qui explique la complexité de la structuration de la politique.

Cette focalisation est démesurée pour deux raisons. D'une part, parce qu'elle évacue toute prise en considération du projet politique et de ses implications dans le système et l'ordre juridique communautaire. D'autre part, et par conséquent, parce qu'elle reporte dans le temps les adaptations qui doivent nécessairement s'opérer. La mise en œuvre de la compétence est de ce point de vue caractéristique. Du Conseil européen de Tampere jusqu'au Pacte européen sur l'immigration et l'asile, l'histoire a démontré que les Etats membres ne pouvaient faire l'économie de la définition des objectifs à poursuivre et des actions à mettre en œuvre. Il a donc fallu poser, exposer et orienter le contenu d'une « politique commune », quitte par certains moments à forcer la lettre du traité comme en matière d'asile. C'est ensuite sur le terrain institutionnel que les adaptations ont dû s'opérer. Le carcan d'Amsterdam a donc été desserré par touches successives. Si la difficulté de mettre en œuvre les actions peut justifier ce mouvement,

là ne se situe pas la raison fondamentale. En réalité, les modifications du traité et des procédures n'ont été acceptées qu'après la mise en œuvre de la première phase d'action législative. Autrement dit, lorsque les Etats membres ont été assurés de conserver la maîtrise du domaine et ont acquis une confiance mutuelle y compris vis-à-vis des institutions communautaires. Cela explique également pourquoi les Etats membres ont accepté d'abandonner sans contrainte des sauvegardes qu'ils avaient si durement négociées à Amsterdam. Ainsi, et de manière significative, la procédure de codécision s'est progressivement imposée à partir du moment où des règles minimales ont été adoptées en commun. Cela était le cas à Amsterdam en matière de visa dans la mesure où la compétence avait déjà été communautarisée à Maastricht. Cela a été le cas à Nice pour l'asile et en décembre 2004, par décision, pour l'immigration irrégulière. Le traité de Lisbonne parachève cette approche « par à coups », en ouvrant la codécision à l'immigration légale et en rétablissant enfin la Cour de justice dans ses prérogatives au moment où le contentieux au fond doit émerger et où les questions relatives à la protection des droits fondamentaux vont inévitablement se manifester.

Si cette approche progressive entretient une forte similarité avec les vieux schémas de la coopération de Schengen, dont elle semble finalement constituer la reproduction, avançant pas à pas et domaine par domaine, elle a lourdement ralenti la mise en œuvre d'une « politique commune » notamment dans le domaine de l'immigration légale. Mais là encore, n'était-ce pas le projet des Etats membres que de doter la Communauté de règles dans des domaines spécifiques et de reléguer « à plus tard » l'établissement d'une véritable politique commune d'asile et d'immigration ? L'analyse des différents textes adoptés donne des réponses à cette question.



PARTIE 2

**LES DÉSÉQUILIBRES
VOLONTAIRES
DE LA POLITIQUE
MIGRATOIRE
DE L'UNION EUROPÉENNE**

Dix ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le bilan quantitatif de l'action communautaire en matière migratoire est considérable. Un nombre impressionnant de règlements, directives et décisions a été adopté sur le fondement du titre IV du traité CE. Cependant, ce bilan quantitatif doit être évalué à l'aune de son impact qualitatif. Autrement dit, au nombre doit être opposée la capacité du droit communautaire à harmoniser les législations et pratiques nationales. Ici, le bilan est moins marqué. Plus précisément, l'harmonisation par le droit communautaire présente de profonds déséquilibres entre les domaines concernés. Qu'il s'agisse du régime de franchissement des frontières extérieures, de la politique d'asile ou encore de la politique d'immigration, l'intensité des règles adoptées sur le fondement du titre IV varie considérablement. Une première explication de ce phénomène résulte de l'existence préalable de règles communes. Tel est le cas des règles antérieurement adoptées dans le cadre de la coopération de Schengen. Leur intégration dans le système juridique communautaire ainsi que leur développement ultérieur par des règlements ou directives enrichit l'acquis communautaire et assure une intensification de l'harmonisation des règles nationales. A cette première explication doit toutefois être privilégiée une seconde. Celle de la volonté des Etats membres de doter la politique européenne d'une dimension opérationnelle forte, de préférence dans le domaine sécuritaire. Ici, les considérations juridiques rejoignent la préoccupation politique dans la mesure où l'action opérationnelle ne peut être engagée sans avoir au préalable harmonisé les règles nationales. Ainsi, l'action législative a été instrumentalisée afin d'atteindre cet objectif opérationnel. Autrement dit, les déséquilibres constatés dans la mise en œuvre de la politique migratoire de l'Union européenne résultent de la

combinaison du projet politique poursuivi par les Etats membres et sa transcription en droit. Dans ce contexte, les disparités de l'harmonisation législative (Titre 1) sont le reflet et correspondent aux priorités de l'approche opérationnelle souhaitée par les Etats membres (Titre 2).

TITRE 1. LES DISPARITÉS DE L'HARMONISATION LÉGISLATIVE

TITRE 2. LES PRIORITÉS DE L'APPROCHE OPÉRATIONNELLE

TITRE 1

LES DISPARITÉS DE L'HARMONISATION LÉGISLATIVE

Le traité d'Amsterdam ne donne pas d'indications sur la nature de la politique à mettre en œuvre. Si le degré d'action apparaît limité dans le domaine de la politique d'asile, qui prévoit l'adoption de « normes minimales », l'inconnue frappe le domaine de la politique d'immigration pour laquelle la Communauté adopte des « mesures ». Ainsi, l'action de la Communauté peut être tout à la fois libérale ou restrictive sans qu'aucune contrainte juridique ne lui soit opposable. Si les conclusions des Conseils européens successifs ont cherché à dessiner le contenu de la politique à mettre en œuvre, ces engagements politiques n'ont pas toujours trouvé de prolongements juridiques correspondants. Aussi, l'action de la Communauté dévoile une réalité parfois éloignée des discours relatifs à l'établissement d'une « politique commune » de l'immigration et de l'asile. Plus précisément, la réalité démontre que l'action normative de la Communauté présente des disparités importantes qui sont le reflet des objectifs et dispositions du traité et de la volonté politique des Etats membres. Ainsi, de la gestion des frontières extérieures à la lutte contre l'immigration irrégulière en passant par l'immigration légale ou la politique d'asile, le droit communautaire se présente sous des formes variées qui mettent en lumière le degré d'engagement des Etats membres. Il en résulte que les priorités poursuivies par les Etats membres affectent la cohérence globale de l'action communautaire de sorte que la politique d'immigration demeure insuffisante (Chapitre 1) et la politique d'asile inachevée (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'harmonisation insuffisante de la politique d'immigration

Chapitre 2. L'harmonisation inachevée de la politique d'asile

Chapitre 1

L'harmonisation insuffisante de la politique d'immigration

La politique d'immigration de l'Union européenne présente un caractère largement insuffisant, voire incomplet. En effet, lorsque l'on examine le bilan de l'action législative, les résultats démontrent un niveau d'harmonisation très inégal. A l'harmonisation importante des règles relatives au franchissement des frontières et à la lutte contre l'immigration irrégulière s'oppose une harmonisation limitée des dispositifs relatifs à l'immigration légale. Cette situation s'explique tout d'abord par la volonté des Etats membres d'assurer la sécurité sur le territoire commun au moyen d'une politique forte de contrôle des flux d'immigration irrégulière ou clandestine. Ensuite, parce que les bases de cette politique ont été posées dans le cadre de la coopération de Schengen¹ et que la communautarisation de la politique migratoire implique d'en assurer la continuité² et l'approfondissement au travers des compétences et instruments communautaires. A l'inverse, la nécessité d'adopter des règles communes en matière d'immigration légale ne s'est pas imposée comme une priorité. D'autant que ce versant de la politique migratoire n'a pas connu de phénomène de convergence législative aussi important. Ainsi, la politique d'immigration de l'Union européenne comporte une gradation dans les niveaux d'harmonisation. Si la Communauté a procédé à une harmonisation complète des règles relatives au franchissement des frontières (Section 1) ainsi qu'à une harmonisation progressive des règles relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière (Section 2), elle n'est en revanche parvenue qu'à une harmonisation minimale, voire une simple coordination, des règles et politiques en matière d'immigration légale (Section 3).

1 Voir sur ce point, GUILD E. « Immigration Law in the European Community », Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001, 370 p., sp. 240-253.

2 Déclaration n° 14 annexée au traité d'Amsterdam « La Conférence estime que les mesures adoptées par le Conseil qui auront pour effet de remplacer les dispositions relatives à l'abolition des contrôles aux frontières communes contenues dans la Convention de Schengen de 1990 devraient assurer au moins le même niveau de protection et de sécurité que lesdites dispositions de la Convention de Schengen ».

SECTION 1. L'HARMONISATION COMPLÈTE DES RÈGLES RELATIVES AU FRANCHISSEMENT DES FRONTIÈRES EXTÉRIEURES

La réalisation d'un espace sans contrôles aux frontières intérieures impose l'harmonisation des législations nationales relatives au franchissement des frontières extérieures. Cette règle, largement reconnue¹, a constitué un dispositif central de la coopération de Schengen² qui a permis une harmonisation progressive des législations et pratiques nationales. Toutefois, la coopération de Schengen ne s'est pas limitée au domaine du contrôle de la frontière extérieure mais a aussi étendu le champ de l'harmonisation au domaine de la politique des visas de court séjour³. En effet, le visa de court séjour constituant une condition d'accès au territoire pour certaines catégories de personnes, la coopération intergouvernementale a développé une approche commune dans ce domaine. Ainsi, la communautarisation de l'acquis de Schengen par le traité d'Amsterdam permet à la Communauté de disposer d'un domaine déjà largement harmonisé en matière de franchissement des frontières. Cela étant, la Communauté a approfondi le cadre existant élaborant ainsi un régime⁴ de franchissement des frontières (Sous-section 1) et une politique des visas de court séjour (Sous-section 2).

1 Cette logique ressort de manière claire de l'affaire *Wijsenbeek* à l'occasion de laquelle la Cour de justice a établi la corrélation entre liberté de circulation inconditionnelle à l'intérieur de l'espace commun et harmonisation des législations des États membres en matière de contrôle des frontières extérieures. La Cour indique « dès lors, il suffit de constater que, au moment des faits au principal, il n'existait pas de règles communes ni d'harmonisation des législations des États membres, notamment en matière de contrôles aux frontières extérieures, de politique d'immigration, de visas et d'asile. Par conséquent, même au cas où, en vertu de l'article 7 A ou de l'article 8 A du traité, les ressortissants des États membres auraient un droit inconditionnel de circuler librement sur le territoire des États membres, ces derniers conserveraient le droit d'effectuer des contrôles d'identité aux frontières intérieures de la Communauté, obligeant un intéressé à présenter une carte d'identité ou un passeport en cours de validité, ainsi que le prévoient les directives 68/360, 73/148, 90/364, 90/365 et 93/96, afin de pouvoir établir si la personne concernée est un ressortissant d'un État membre, ayant donc le droit de circuler librement sur le territoire des États membres, ou un ressortissant d'un pays tiers, n'ayant pas ce droit », CJCE, 21 septembre 1999, *Florus Ariel Wijsenbeek*, aff. C-378/97, Rec. I-6251, point 43.

2 Ainsi, de l'article 5 de la convention d'application à l'institutionnalisation du système informatisé de Schengen en passant par l'adoption d'un manuel commun, l'harmonisation des conditions de franchissement des frontières extérieures a été largement réglementée.

3 Chapitre 3 de la convention d'application de Schengen.

4 La notion de régime est définie comme suit « Système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière (...), soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles (...) », CORNU G. « Vocabulaire juridique », P.U.F., Paris, 2000, 925 p., sp. 736.

Sous-section 1. LE RÉGIME DU FRANCHISSEMENT DES FRONTIÈRES

La coopération de Schengen a procédé à une harmonisation importante des règles relatives au contrôle des frontières extérieures¹. En conséquence, et après communautarisation de l'acquis de Schengen, la priorité de l'action communautaire repose davantage sur l'aspect opérationnel de la politique². Toutefois, l'existence préalable du dispositif n'évacue pas la nécessité d'une clarification de la nature des règles³ et d'une amélioration de leurs effets. Sur ce dernier point, l'évaluation de l'acquis et de sa mise en œuvre démontre que l'harmonisation demeure encore imparfaite⁴ et impose une « refonte »⁵ du dispositif. Compte tenu de la distinction entre la dimension normative et opérationnelle de la matière⁶, la « consolidation »⁷ s'effectue sur la base

- 1 Sur ce point voir entre autres, GORTAZAR C. « Abolishing Border Controls : Individual Rights and Common Control of EU External Borders » in GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC law », Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, pp. 121-140, sp. 129-131.
- 2 « L'Union européenne possède déjà un acquis communautaire précis dans le domaine des frontières extérieures, mais la principale difficulté actuelle est de pouvoir organiser entre Etats membres toutes les synergies opérationnelles qui permettraient d'avoir des actions mieux coordonnées et donc un niveau de sécurité plus homogène à toutes les frontières extérieures », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 du 07.05.2002, p. 4.
- 3 Plusieurs interrogations ont notamment porté sur la justiciabilité des règles adoptées dans le cadre de la coopération de Schengen. Voir à ce sujet Proposition de règlement du Conseil établissant le code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, COM(2004) 391 final du 26.05.2004, sp. 5-6 ; PEERS S. « Key Legislative Developments on Migration in the European Union », E.J.M.L., Volume 8, n° 3-4, 2006, pp. 321-356, sp. 326. Et de manière générale sur le déficit démocratique de la construction. Voir MASSON P. « Les Accords de Schengen : du mythe aux réalités », Les Cahiers de la Sécurité Intérieure, n° 19, 1^{er} trimestre 1995, pp. 105-114, sp. 107-108.
- 4 Qu'il s'agisse de la notion d'ordre public, inscrite à l'article 5 de la convention de Schengen et soumise à des critères nationaux, des différences entre les législations et pratiques administratives nationales en matière de contrôles, des variations d'interprétation des règles de signalement des personnes dans le système d'information de Schengen ou encore des contrôles effectués à la sortie de l'espace commun conformément à l'article 6 de la convention, voir à ce sujet, Plan pour la gestion des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *Doc. 10019/02* du 14 juin 2002, sp. 9-10.
- 5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 du 07.05.2002, p. 13-14 ; Plan pour la gestion des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *Doc. 10019/02* du 14 juin 2002, sp. 25-26 ; Conseil européen de Thessalonique, 19 et 20 juin 2003, Conclusions de la présidence, Bull-CE, n° 6-2003, pp. 9-24, sp. 11-12. Telle que la Commission la définit, la refonte consiste à « éliminer d'un côté, les dispositions obsolètes ou redondantes du Manuel et, de l'autre côté, de développer ou clarifier les aspects qui le nécessiteraient, sur la base d'une analyse des problèmes rencontrés », Proposition de règlement du Conseil établissant le code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, COM(2004) 391 final du 26.05.2004, sp. 8.
- 6 PEERS S. « Key Legislative Developments on Migration in the European Union », E.J.M.L., Volume 8, n° 3-4, 2006, pp. 321-356, sp. 326.
- 7 CHETAIL V. « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis de Schengen », Europe, Août-Septembre 2006, pp. 4-8.

d'un Code communautaire de franchissement des frontières¹ (I). Le Code marque une étape supplémentaire dans le processus d'harmonisation établissant ainsi un régime communautaire de franchissement des frontières. L'harmonisation complète des conditions de franchissement des frontières extérieures impose parallèlement de procéder à plusieurs aménagements spécifiques tenant compte de l'existence d'un « espace disloqué »² de libre circulation et de certaines situations transitoires (II).

I. LE CODE SCHENGEN DE FRANCHISSEMENT DES FRONTIÈRES

Communément nommé « Code frontières Schengen », le Code communautaire relatif au franchissement des frontières par les personnes³ réalise un approfondissement déterminant des règles adoptées dans le cadre de la coopération intergouvernementale. Il établit en réalité un régime complet de règles relatives au franchissement des frontières intérieures et extérieures des Etats membres⁴ (A) indépendamment de certaines marges de manœuvre encore ouvertes aux Etats membres et portant sur la procédure applicable aux refus d'entrée (B).

A. L'harmonisation complète des règles relatives au franchissement des frontières extérieures

Si le Code précise de nombreuses règles adoptées dans le cadre de Schengen, à l'instar des règles relatives aux points de passage⁵, l'apport du règlement repose sur l'encadrement des conditions d'accès à l'espace commun (1) et des contrôles exercés

1 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.

2 NERAUDAU E. « Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 791 p., sp. 618.

3 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.

4 Le développement concerne principalement les contrôles aux frontières extérieures de l'espace Schengen. Pour un aperçu des contrôles aux frontières intérieures et des changements apportés par le code communautaire, voir notamment, CHETAIL V. « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis de Schengen », Europe, Août-Septembre 2006, pp. 4-8, sp. 4-5, ou encore l'analyse parlementaire de la proposition de la Commission, COURTOIS J. P., Rapport sur la proposition de règlement du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, n° 170, Sénat, 2 février 2005.

5 On notera par exemple que l'article 4 du règlement précise les exceptions à l'obligation de franchir les frontières extérieures aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture. Ainsi, les frontières peuvent être franchies en dehors des heures d'ouverture dans le cadre de la navigation de plaisance ou de la pêche côtière, pour les marins se rendant à terre pour séjourner dans la localité du port où leur navire fait escale ou dans les communautés limitrophes ou, enfin, pour les individus ou groupes de personnes, en cas de nécessité revêtant un caractère particulier, pour autant qu'ils soient en possession

aux frontières (2). En effet, le renforcement de l'harmonisation de ces règles contribue à ce que les conditions d'accès et le contrôle de l'accès à l'espace commun soient identiques quelle que soit la frontière franchie.

1. Les conditions d'accès à l'espace commun

L'article 5, paragraphe 1^{er}, du Code frontières Schengen reprend, précise et enrichit les conditions requises pour l'entrée sur le territoire établies par la convention de Schengen¹. Les précisions concernent, d'une part, la prise en compte des développements communautaires en matière de politique des visas et, d'autre part, les conditions requises pour l'accès à l'espace commun. Ainsi, le paragraphe 3 encadre les conditions d'appréciation des moyens de subsistance² et les moyens permettant de les justifier³. Si cette disposition ne va pas jusqu'à définir le niveau des moyens de subsistance, comme l'avait proposé la France⁴, elle précise de manière importante un critère qui laissait antérieurement de larges marges de manœuvre aux Etats membres. Sur ce terrain, l'effet harmonisateur du règlement est important.

L'enrichissement des règles préexistantes découle de l'intégration d'une condition additionnelle portant sur la santé publique. L'introduction de cette disposition dans

des autorisations requises par le droit national et que cela ne soit pas contraire aux intérêts des Etats membres en matière d'ordre public et de sécurité intérieure.

- 1 Article 5, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 562/2006 « Pour un séjour n'excédant pas trois mois sur une période de six mois, les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont les suivantes :
 - a) être en possession d'un document ou de documents de voyage en cours de validité permettant le franchissement de la frontière ;
 - b) être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis en vertu du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité ;
 - c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquiescer légalement ces moyens ;
 - d) ne pas être signalé aux fins de non-admission dans le SIS ;
 - e) ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres et, en particulier, ne pas avoir fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans les bases de données nationales des États membres pour ces mêmes motifs ».
- 2 Article 5, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, du règlement (CE) n° 562/2006 « L'appréciation des moyens de subsistance se fait en fonction de la durée et de l'objet du séjour et par référence aux prix moyens en matière d'hébergement et de nourriture dans l'Etat membre ou les Etats membres concernés, pour un logement à prix modéré, multipliés par le nombre de jours de séjour ».
- 3 Article 5, paragraphe 3, alinéa 2, du règlement (CE) n° 562/2006 « L'appréciation des moyens de subsistance suffisants peut se fonder sur la possession d'argent liquide, de chèques de voyage et de cartes de crédit par le ressortissant de pays tiers. Les déclarations de prise en charge, lorsqu'elles sont prévues par le droit national, et les lettres de garantie telles que définies par le droit national, dans le cas des ressortissants de pays tiers logés chez l'habitant, peuvent aussi constituer une preuve de moyens de subsistance suffisants. »
- 4 Une initiative française proposait d'encadrer les moyens de subsistance dans une fourchette située entre 40 et 60 euros par jour, voir, *Doc. 5572/04* du 21 janvier 2004, sp. 4.

le règlement est motivée par un souci de cohérence entre les règles applicables aux citoyens européens, dont la libre circulation peut être limitée pour des raisons de santé publique, et celles relatives aux ressortissants de pays tiers¹. Le souhait d'aligner le statut du ressortissant de pays tiers sur celui du citoyen s'arrête toutefois là². En effet, l'alignement ne vaut que dans le sens d'un durcissement des conditions d'accès au territoire et non dans l'hypothèse inverse. Malgré tout, le règlement définit la « menace pour la santé publique »³ et contribue à harmoniser les conditions d'utilisation de ce critère.

Ainsi, en précisant et en enrichissant l'existant, le règlement renforce de manière importante le processus d'harmonisation et réduit de manière significative les marges de manœuvre et d'interprétation des Etats membres. Le texte contribue ainsi à uniformiser les conditions d'accès à l'espace commun.

2. *Les contrôles exercés aux frontières extérieures*

L'article 7 relatif aux vérifications opérées aux frontières extérieures par les agents nationaux constitue également un développement sensible des règles existantes. Définissant les conditions des contrôles aux frontières extérieures applicables aux citoyens européens et aux membres de leur famille⁴, il détermine surtout les modalités des contrôles du franchissement des frontières extérieures par les ressortissants de pays tiers qui sont soumis à une « vérification approfondie ».

L'article 7, paragraphe 3, du règlement détaille avec précision l'examen approfondi auquel sont soumis les ressortissants de pays tiers lors de l'entrée sur l'espace commun. Cet examen comprend, entre autres, les vérifications approfondies relatives aux documents de voyage, à l'itinéraire emprunté, à l'objet du séjour, aux moyens de subsistance ou encore à la menace à l'ordre public. Il implique également une consultation obligatoire du système d'information de Schengen. Par opposition, le contrôle des documents de

1 « Aux conditions déjà prévues dans la convention de Schengen, est ajouté le fait de ne pas représenter une menace pour la santé publique. Cette dernière est déjà considérée, dans certains cas limités, comme une raison valable justifiant le refus d'entrée d'un citoyen de l'Union (directive 64/221/CEE). Elle est reprise dans la nouvelle directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, qui précise les conditions d'application de ce critère. L'introduction de la santé publique dans le présent règlement permet de rendre cohérentes ces deux législations et d'éviter des différences de traitement entre les ressortissants de l'Union et les ressortissants des Etats tiers », Proposition de règlement du Conseil établissant le code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, COM(2004) 391 final du 26.05.2004, sp. 19.

2 En effet, la définition de l'article 29 de la directive 2004/38/CE relative à la libre circulation des citoyens et des membres de leur famille est identique à celle utilisée dans le règlement (CE) n° 562/2006.

3 Au terme de l'article 2, paragraphe 19, du règlement (CE) n° 562/2006 la menace pour la santé publique est constituée par « toute maladie à potentiel épidémique telle que définie par le règlement sanitaire international de l'Organisation mondiale de la santé et les autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants des États membres ».

4 Ces personnes sont soumises à une « vérification minimale » définie par l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 562/2006.

voyage des bénéficiaires de la libre circulation relève d'un « examen simple et rapide » et la consultation du SIS est facultative. Le contrôle approfondi doit permettre de s'assurer méthodiquement que le ressortissant de pays tiers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres remplit l'ensemble des conditions requises. A cet effet, le Code frontières Schengen détermine également des modalités d'organisation des contrôles approfondis¹.

L'article 7, paragraphe 3, détermine également les conditions d'exercice des contrôles à la sortie de l'espace commun. Ici, la vérification approfondie est en revanche allégée. Si elle comporte la vérification de la validité des documents de voyage et dans la mesure du possible la vérification que la personne ne constitue pas une menace pour l'ordre public, la vérification des visas, du respect du délai de séjour ou encore la consultation du SIS sont optionnelles. De même, la recherche d'éléments de falsification ou de contrefaçon ne répond plus d'un « examen approfondi » mais d'un simple « examen » du document. Au fond, et dans la lignée de l'acquis de Schengen, la priorité repose sur les contrôles exercés à l'entrée de l'espace de circulation.

Enfin, le Code frontières Schengen détermine les conditions d'assouplissement des contrôles commandées par des circonstances exceptionnelles. Dans ces situations, et à l'instar de la convention de Schengen², « les vérifications des mouvements à l'entrée ont, en principe, priorité sur les mouvements à la sortie »³. En revanche, et à la différence du droit « schengénien », le Code communautaire définit les conditions dans lesquelles les circonstances exceptionnelles sont remplies. Ces dernières peuvent être mises en œuvre « lorsque des événements imprévisibles provoquent une intensité de trafic telle qu'elle rend excessif le délai d'attente au point de passage frontalier, alors que toutes les ressources en personnel, en moyens et en organisation ont été épuisées ». En outre, le règlement précise que la mise en œuvre des contrôles assouplis est temporaire, adaptée aux circonstances qui la motivent et mise en œuvre progressivement. Sur ce terrain, le règlement encadre fortement les conditions d'assouplissement des contrôles frontaliers. La mise en commun de la sécurité intérieure commandant de verrouiller cette procédure.

Enfin, qu'il s'agisse de l'entrée ou de la sortie, le Code frontières Schengen reprend le dispositif mis en œuvre par un règlement antérieur comportant l'obligation de composter les documents de voyage⁴. L'article 10 établit le principe du compostage

1 Voir par exemple la possibilité de réaliser les vérifications approfondies dans un lieu privé comme prévu à l'article 7, paragraphe 4, ou encore les garanties prévues par l'article 7, paragraphe 5, du règlement (CE) n° 562/2006 dans le cadre des vérifications approfondies de deuxième ligne.

2 Article 6, paragraphe 2, point e) de la convention de Schengen.

3 Article 8, paragraphe 2, aliéna 1^{er} du Code communautaire.

4 Règlement (CE) n° 2133/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 concernant l'obligation, pour les autorités compétentes des Etats membres, de procéder au compostage systématique des documents de voyage des ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, et modifiant à cette fin les dispositions de la convention d'application de l'accord de Schengen et le manuel commun, JO L 369/5 du 16.12.2004.

systématique des documents de voyage et aménage des exceptions¹ pendant que l'article 11 détermine la charge de la preuve en l'absence de cachet d'entrée².

En fin de compte, le règlement procède non seulement à une rationalisation importante des règles adoptées, y compris après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, mais surtout à une délimitation précise des conditions d'exercice des contrôles aux frontières extérieures. Ainsi, la limitation des marges de manœuvre des Etats membres concourt à une harmonisation très forte des contrôles exercés par les autorités nationales. Toutefois, la rigidité des conditions d'entrée requises et des contrôles opérés à la frontière extérieure constitue un obstacle pour certains ressortissants de pays tiers qualifiés de « bonne foi ». A ce titre, la Commission a proposé de créer un statut de « voyageur enregistré » pour lequel les conditions tenant au motif du séjour, aux moyens de subsistance et à l'absence de menace pour l'ordre public ne seraient plus vérifiées lors du franchissement de la frontière extérieure³. Un tel système permet un allègement des contrôles des personnes voyageant régulièrement dans l'Union européenne et ne constituant pas un risque d'immigration irrégulière. Cette proposition démontre que les règles relatives au franchissement des frontières extérieures bénéficient d'une harmonisation complète. En effet, il appartient désormais à la Communauté et non plus aux Etats membres de déterminer dans quelle mesure un allègement des conditions d'entrée sur l'espace commun peut être mis en œuvre.

-
- 1 Article 10, paragraphe 3, du Code communautaire « il n'est pas apposé de cachet d'entrée et de sortie :
- a) sur les documents de voyage des chefs d'Etat et des personnalités dont l'arrivée a été préalablement annoncée officiellement par voie diplomatique ;
 - b) sur les licences de pilotes ou les certificats de membre d'équipage d'un aéronef ;
 - c) sur les documents de voyage des marins, qui ne séjournent sur le territoire d'un Etat membre que pendant l'escale du navire dans la zone du port d'escale ;
 - d) sur les documents de voyage de l'équipage et des passagers d'un navire de croisière qui ne sont pas soumis à des vérifications aux frontières conformément aux points 3.2.3 de l'annexe VI ;
 - e) sur les documents permettant aux ressortissants d'Andorre, de Monaco et de Saint-Marin de franchir la frontière.
- À la demande d'un ressortissant de pays tiers, il peut, à titre exceptionnel, être renoncé à l'apposition du cachet d'entrée ou de sortie lorsqu'elle risque d'entraîner des difficultés importantes pour celui-ci. Dans ce cas, l'entrée ou la sortie est consignée sur un feuillet séparé avec mention du nom et du numéro du passeport. Ce feuillet est remis au ressortissant du pays tiers ».
- 2 En principe l'absence de cachet d'entrée sur les documents de voyage vaut présomption que le titulaire ne remplit pas ou plus les conditions de séjour. Il appartient au ressortissant de pays tiers de renverser par tout moyen crédible (titre de transport ou justificatifs de la présence de l'intéressé en dehors du territoire des Etats membres) la présomption en démontrant qu'il a respecté les conditions relatives à son séjour. Cette disposition démontre toutefois que les Etats membres font peser sur le ressortissant de pays tiers la charge de la preuve y compris dans les cas dans lesquels l'absence de cachet d'entrée résulte d'une omission des autorités nationales. Aussi, lorsque la présomption n'a pu être renversée, les autorités compétentes peuvent procéder à l'expulsion de la personne.
- 3 Sur cette proposition voir, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières de l'Union européenne », COM(2008) 69 final du 13.02.2008, sp. 6-8.

B. La consolidation partielle des règles relatives au refus d'entrée

L'apport du Code frontières Schengen sur ce terrain est inégal. Si les règles relatives à la notification des décisions de refus d'entrée font l'objet d'un encadrement renforcé (1), l'organisation des voies de recours demeure encore largement déterminée par les droits nationaux (2).

1. L'obligation de notification d'une décision de refus d'entrée

L'article 13, paragraphe 1^{er}, du Code frontières Schengen indique que l'entrée sur le territoire des Etats membres est refusée à la personne qui ne remplit pas les conditions requises. Il précise toutefois que cette règle est sans préjudice de l'application des dispositions relatives à la protection internationale ou à la délivrance des visas de long séjour laquelle demeure de la compétence exclusive des Etats membres. L'article 13, paragraphe 2, impose en outre l'obligation pour les autorités nationales compétentes de matérialiser le refus d'entrée. Ainsi, l'entrée ne peut être refusée qu'au moyen d'une décision motivée indiquant les raisons précises du refus. De ce point de vue, le Code frontières Schengen crée une obligation de notification à la charge de l'Etat membre qui assure la sécurité juridique du ressortissant de pays tiers. A cette fin, une annexe du Code frontières Schengen contient un formulaire uniforme¹ qui doit être rempli par les autorités nationales et qui établit la liste des motifs pouvant justifier un refus d'entrée². Le formulaire est remis au ressortissant de pays tiers aux fins de réception de la décision de refus d'entrée sur le territoire. Sur ce terrain, le Code frontières Schengen rationalise et consolide l'acquis existant de manière importante, qu'il s'agisse de l'obligation de notification, des motifs de refus d'entrée ou encore du formulaire type désormais applicable à l'ensemble des frontières extérieures.

1 Annexe V, Partie B.

2 Les motifs de refus d'entrée sont les suivants :

- n'est pas détenteur de documents de voyage requis ;
- est en possession d'un document de voyage faux, falsifié ou altéré ;
- n'est pas détenteur d'un visa ou d'un permis de séjour valable ;
- est en possession d'un visa ou d'un permis de séjour faux, falsifié ou altéré ;
- n'est pas détenteur du ou des document(s) attestant du but et des conditions de séjour (le formulaire devant spécifier les documents qui auraient normalement dû être produits) ;
- a déjà séjourné trois mois au cours d'une période de six mois sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ;
- ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants correspondant à la période et aux modalités de séjour, au retour vers le pays d'origine ou de transit ;
- est signalé aux fins de non-admission
 - ° dans le SIS
 - ° dans le fichier national
- est considéré comme représentant un danger pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales d'un ou de plusieurs Etats membres de l'Union européenne (chaque Etat doit indiquer les références à sa réglementation nationale relatives à ces cas de refus d'entrée).

La remise du formulaire à la personne intéressée vaut notification de la décision de refus d'entrée. Le formulaire indique aussi que la personne peut former un recours contre la décision.

2. *La faiblesse de l'harmonisation des voies de recours*

Même si le régime des voies de recours est plus étoffé que celui initialement proposé par la Commission¹, il est organisé *a minima*. Tout d'abord, le Code frontières Schengen indique que le droit de recours doit être formé conformément au droit national. Cette disposition évacue toute harmonisation des procédures et ne garantit pas l'accès à un juge dans la mesure où le recours peut être gracieux ou contentieux selon la législation nationale. Ensuite, et surtout, l'article 13, paragraphe 3, précise que « l'introduction de tels recours n'a pas d'effet suspensif ». Ainsi, une décision de refus d'entrée ayant un effet immédiat, le ressortissant de pays tiers peut être reconduit vers un pays tiers dès l'introduction de son recours. A ce titre, il est regrettable que le Code frontières Schengen n'ait pas introduit un délai minimal avant que le ressortissant de pays tiers puisse faire l'objet d'une mesure d'éloignement². Ce dispositif remet d'ailleurs en cause les dispositions minimales prétendant assurer une protection aux ressortissants de pays tiers. Le Code frontières Schengen prévoit en effet que les ressortissants de pays tiers doivent recevoir des « indications » écrites en ce qui concerne les points de contact en mesure de communiquer des informations sur des représentants compétents pour agir au nom du ressortissant de pays tiers conformément au droit national. Or, le caractère immédiat de la décision de refus d'entrée, l'effet non suspensif du recours et l'absence de délai prévu entre la notification de la décision et l'éloignement de la personne rendent aléatoire la mise en œuvre de cette disposition. Par ailleurs, le règlement n'impose pas que les indications écrites soient rédigées dans une langue que le ressortissant comprenne.

En second lieu, le Code frontières Schengen indique que dans l'hypothèse où une décision de refus d'entrée est déclarée non fondée suite à l'introduction d'un recours, « le ressortissant de pays tiers concerné a le droit à la rectification du cachet d'entrée annulé, ainsi que toute autre annulation ou ajout, de la part de l'Etat membre qui a refusé l'entrée ». Cette disposition annule les effets du refus d'une décision d'entrée tels que l'annexe V du Code communautaire les organisait³. Malgré la reconnaissance

1 Article 11, paragraphe 3, de la proposition de la Commission « Le refus d'entrée est une décision motivée d'application immédiate ou, le cas échéant, applicable dès l'expiration du délai prévu par la législation nationale, prise par l'instance compétente en droit national qui indique les modalités du recours », Proposition de règlement du Conseil établissant le code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, COM(2004)391 final du 26.05.2004, sp. 55.

2 A titre d'exemple, le droit français conservait à l'article L. 231-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile la possibilité pour le ressortissant de pays tiers de refuser « d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc ».

3 Cette annexe établit les modalités du refus d'entrée à la frontière. Elle vise à définir les actions qui incombent aux gardes-frontières. Ces derniers doivent remplir le formulaire uniforme de refus d'entrée, apposer sur le passeport un cachet d'entrée barré d'une croix à l'encre indélébile et inscrire à l'encre indélébile les lettres correspondant au motif de refus d'entrée, procéder si nécessaire à l'annulation du

d'un droit à la rectification des cachets d'entrée, le règlement ne détermine pas les conséquences attachées au rétablissement des conditions d'entrée. A titre d'exemple, la rectification applicable à un visa annulé sur un fondement erroné vaut-elle à compter de la décision invalidant les mesures nationale d'annulation ou bien pour la période de validité du visa ? Sachant qu'un recours en ce sens peut intervenir après le délai de validité du visa.

Le Code frontières Schengen présente d'importantes faiblesses sur le terrain de l'harmonisation des voies de recours. Peut-être le juge communautaire sera-t-il saisi de l'interprétation de ces dispositions et procédera ainsi à une harmonisation prétorienne, comme il l'a déjà réalisé en matière de signalement dans le SIS de ressortissants de pays tiers bénéficiaires du droit à la libre circulation¹.

Le Code frontières constitue un instrument juridiquement intégré et matériellement complet. Il assure à la fois un cadre de référence commun pour les autorités nationales et améliore les droits des personnes². Refusant la reprise mécanique de l'existant, le Code frontières améliore le dispositif Schengen de règles et de garanties allant plus loin que la simple refonte initialement envisagée³. Certes, l'œuvre accomplie n'est pas parvenue à gommer toutes les aspérités, comme la problématique des recours contre une décision d'entrée le démontre, mais le cadre est considérablement approfondi, établissant un régime juridique complet de franchissement des frontières. L'intégration croissante des règles relatives au franchissement des frontières impose de prendre des mesures pour adapter le régime au cadre communautaire.

visa au moyen d'un cachet et consigner tout refus d'entrée sur un registre. Dans le cas d'un ressortissant de pays tiers acheminé par un transporteur, l'autorité compétente lui ordonne de reprendre en charge le ressortissant de pays tiers auquel le droit d'entrée a été refusé conformément aux dispositions de la directive 2001/51/CE du Conseil. En outre, si le ressortissant de pays tiers présente des motifs de refus d'entrée et d'arrestation, le garde frontière prend contact avec les autorités compétentes pour décider de la conduite à tenir conformément au droit national.

- 1 CJCE 31 janvier 2006, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122.
- 2 Sur ces deux points voir en particulier, « L'implication de la politique européenne de voisinage dans le cadre des contrôles aux frontières (Accords de réadmission, politique des visas, droits de l'homme) », Briefing Paper, Parlement européen, Direction générale Politiques internes de l'Union, Département thématique C, Droits de citoyens et Affaires Constitutionnelles, PE 393.284, Mars 2008, 66 p., sp. 40-41.
- 3 La refonte requérait que l'on s'attache, avant toute proposition concrète, à « procéder à une analyse approfondie de l'acquis en matière de frontières extérieures, des lacunes existantes et de la complexité de la procédure de révision », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier », COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 8.

II. LES AMÉNAGEMENTS SPÉCIFIQUES DU FRANCHISSEMENT DES FRONTIÈRES

Le régime juridique de franchissement des frontières ne peut s'appliquer de manière homogène sur l'ensemble des frontières des Etats membres en raison de statuts dérogatoires, du caractère transitoire de la nature des frontières entre nouveaux et anciens Etats membres ou encore des relations entretenues par les Etats membres de l'Union européenne avec leurs proches voisins. Ainsi, des aménagements du Code frontières Schengen ont été mis en œuvre vis-à-vis des Etats membres (A) et des pays tiers (B).

A. Les aménagements applicables aux Etats membres

Ces aménagements concernent tout d'abord les Etats membres qui, bénéficiant d'un statut dérogatoire, ne peuvent appliquer le Code frontières Schengen qu'après la mise en œuvre d'une procédure prévue par le traité (1). Les aménagements applicables aux nouveaux Etats membres relèvent essentiellement de la nature évolutive de la frontière qui les sépare des anciens Etats membres (2).

1. Les Etats membres bénéficiant de statuts dérogatoires

Ces situations concernent classiquement la Grande-Bretagne, l'Irlande et le Danemark qui ont obtenu un statut dérogatoire au regard des règles adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE.

Si la Grande-Bretagne n'a pas formulé le souhait de participer à l'adoption du Code frontières Schengen, tel n'a pas été le cas de l'Irlande qui a présenté une demande en ce sens au président du Conseil en juin 2001. Dans une décision de février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, le Conseil rappelle que « l'acquis de Schengen forme, dans sa conception et par son fonctionnement, un ensemble cohérent qui doit être intégralement accepté et appliqué par tous ceux des Etats qui approuvent le principe de la suppression du contrôle des personnes à leurs frontières communes »¹. L'application intégrale de l'acquis de Schengen par l'Irlande n'étant pas assurée, le Conseil a rejeté la demande irlandaise, comme le rappelle d'ailleurs le Code frontières Schengen en son 28^{ème} considérant². En conséquence, le Code communautaire ne s'applique ni en Grande-Bretagne, ni

1 Décision (2002/192/CE) du Conseil du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JO L 64/20 du 07.03.2002.

2 « Le présent règlement constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auxquelles l'Irlande ne participe pas, conformément à la décision 2002/192/CE du Conseil du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines des dispositions de l'acquis de Schengen [14]. Par conséquent, l'Irlande ne participe pas à son adoption et n'est pas liée par son application ni soumise à celui-ci ».

en Irlande et le franchissement des frontières de ces deux Etats membres s'effectue conformément à la législation nationale.

Une décision étendant l'application du Code frontières Schengen à ces deux Etats membres est toujours possible sous réserve de leur participation pleine et entière au principe de la suppression du contrôle aux frontières communes. Or, tant que la Grande-Bretagne s'oppose à cette logique, et que l'Irlande demeure liée à son voisin par les accords de voyage, une extension des dispositions du Code frontières Schengen à ces deux Etats membres demeure difficile.

Concernant le Danemark, il n'est pas lié par le Code frontières Schengen mais peut décider, dans un délai de 6 mois après son adoption, de le transposer dans son ordre juridique national. N'ayant pas formulé de demande en ce sens, les règles applicables au franchissement des frontières extérieures du Danemark demeurent celles adoptées dans le cadre de la coopération Schengen. Si cet Etat membre décide de transposer les dispositions du Code frontières Schengen dans son ordre juridique, l'entrée en vigueur du texte nécessite l'adoption d'un Accord avec la Communauté¹.

Ces situations démontrent la complexité juridique découlant des statuts dérogatoires reconnus à certains Etat membres. Les clauses transitoires en matière de libre circulation des personnes applicables aux nouveaux Etats membres ont également nécessité l'adoption de règles spécifiques afin de faciliter le franchissement des frontières.

2. Les mesures de facilitation applicables aux nouveaux Etats membres

L'article 3 de l'acte d'adhésion des nouveaux Etats membres à l'Union européenne indique que l'intégration dans l'espace Schengen ne peut intervenir qu'à la suite d'une décision du Conseil certifiant que les nouveaux Etats membres appliquent l'intégralité de l'acquis de Schengen². Cette situation a pour effet de maintenir la frontière extérieure

1 Voir en ce sens, Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark concernant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers au Danemark ou dans tout autre État membre de l'Union européenne et le système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 66/38 du 06.03.2006.

2 Article 3, paragraphes 1 et 2 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, JO L 236/33 du 23.09.2003 « 1. Les dispositions de l'acquis de Schengen qui ont été intégrées dans le cadre de l'Union européenne par le protocole annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne (ci-après dénommé le « protocole Schengen »), et les actes fondés sur celles-ci ou qui s'y rapportent, énumérés à l'annexe I du présent acte, ainsi que tout nouvel acte de cette nature qui serait pris avant la date d'adhésion, sont contraignants et s'appliquent dans les nouveaux Etats membres à compter de la date d'adhésion.

2. Les dispositions de l'acquis de Schengen qui ont été intégrées dans le cadre de l'Union européenne et les actes fondés sur celles-ci ou qui s'y rapportent et qui ne sont pas visés au paragraphe 1, bien qu'elles soient contraignantes pour les nouveaux États membres à compter de la date d'adhésion, ne s'appliquent dans un nouvel État membre qu'à la suite d'une décision du Conseil à cet effet, après qu'il a été vérifié, conformément aux procédures d'évaluation de Schengen applicables en la matière, que les conditions

de l'Union entre les nouveaux et les anciens États membres. En conséquence, les règles relatives au franchissement des frontières extérieures demeurent applicables à cette zone. Cette situation spécifique ressort du Code frontières qui refuse de donner une définition de la frontière extérieure, au risque d'exclure *de facto* les nouveaux États membres¹.

Or, ce cadre juridique, s'il était appliqué avec rigueur, aurait pour effet de faire naître des situations complexes, en particulier en matière de politique des visas étant donné que les nouveaux États membres seraient tenus d'appliquer l'acquis de Schengen sans être habilités à délivrer des « visas Schengen ». En pratique, un ressortissant de pays tiers soumis à l'obligation de visa désirant se rendre dans un État membre en transitant par un nouvel État membre devrait être en possession d'un « visa Schengen » mais également d'un visa national délivré par le nouvel État membre par lequel il souhaite transiter. Cette situation pourrait poser de lourdes contraintes administratives pour les nouveaux États membres qui devraient délivrer des visas nationaux à des ressortissants de pays tiers déjà munis d'un « visa Schengen » et qui auraient par conséquent été soumis à tous les contrôles nécessaires pour pénétrer dans l'espace Schengen. Ainsi, le Conseil a donc adopté, sur proposition de la Commission², une décision établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures afin d'alléger la charge administrative injustifiée pesant sur les ambassades et bureaux consulaires des nouveaux États membres³. Ce régime facultatif est fondé sur la reconnaissance unilatérale par les nouveaux États membres de certains documents équivalents à leurs visas nationaux aux fins du transit par leur territoire. Ainsi, un nouvel État membre peut considérer comme équivalent à son visa national un « visa Schengen », un visa de long séjour ou un titre de séjour délivré par un État appliquant l'intégralité de l'acquis de Schengen ». Comme

nécessaires à l'application de toutes les parties concernées de l'acquis sont remplies dans ce nouvel État membre, et après consultation du Parlement européen. Le Conseil statue à l'unanimité de ses membres représentant les gouvernements des États membres pour lesquels les dispositions du présent paragraphe ont déjà pris effet et du représentant du gouvernement de l'État membre pour lequel ces dispositions doivent prendre effet. Les membres du Conseil représentant le gouvernement de l'Irlande et celui du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord participent à la prise de cette décision dans la mesure où elle a trait aux dispositions de l'acquis de Schengen et aux actes fondés sur celui-ci ou qui s'y rapportent, auxquels ces États membres sont parties ».

- 1 L'article 2, point 2), du Code communautaire définit les frontières extérieures de la manière suivante « les frontières terrestres des États membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que leurs aéroports, ports maritimes et ports lacustres, pour autant qu'ils ne soient pas des frontières intérieures ».
- 2 Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovénie et la Slovaquie de certains documents comme équivalents à leurs visas nationaux aux fins de transit sur leur territoire, COM(2005)381 final du 22.08.2005.
- 3 Décision n° 895/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovénie et la Slovaquie de certains documents comme équivalents à leur visas nationaux aux fins de transit par leur territoire, JO L 167/1 du 20.06.2006.

le souligne le préambule de la décision¹, les nouveaux Etats membres appliquant ce régime sont désormais tenus de s'assurer que les conditions d'entrée fixées par l'article 5 du Code communautaire sont remplies par le ressortissant de pays tiers à l'exception de celle requise par l'article 5, paragraphe 1, point b)². La décision précise que ce principe de reconnaissance unilatérale ne vaut que pour un transit dont la durée ne peut être supérieure à cinq jours³. Le principe de reconnaissance unilatérale peut être étendu entre les nouveaux États membres de sorte qu'un nouvel Etat membre, qui applique le principe de reconnaissance des documents délivrés par les Etats membres « Schengen », peut reconnaître les visas nationaux délivrés par un ou plusieurs autres nouveaux Etats membres comme équivalents à son visa national aux fins de transit⁴.

Une décision motivée par des raisons identiques et poursuivant les mêmes objectifs établit un système de reconnaissance unilatérale pour la Bulgarie et la Roumanie vis-à-vis des autres Etats membres⁵.

Le maintien de ce régime simplifié de contrôle dépend de l'ouverture de l'espace Schengen aux nouveaux Etats membres. Ainsi, la décision relative à l'application de l'acquis de Schengen à neuf nouveaux Etats membres précise que le système de reconnaissance unilatérale continue à s'appliquer pendant la période transitoire limitée nécessaire à la levée totale des contrôles aux frontières intérieures⁶. Autrement dit, jusqu'au 21 décembre 2007, pour les frontières terrestres et maritimes, et jusqu'au 30 mars 2008 pour les frontières aériennes.

Ce principe de reconnaissance unilatérale a été étendu à certains pays tiers en raison de leur situation géographique.

B. Les aménagements applicables aux pays tiers

Ces aménagements sont de deux ordres. Le premier concerne certaines règles applicables à la Suisse et au Liechtenstein (1). Le second intéresse les difficultés

1 Point 8 du préambule.

2 « être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis en vertu du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité ».

3 Article 4 de la décision.

4 Article 3 de la décision.

5 Décision n° 582/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la Bulgarie, Chypre et la Roumanie de certains documents comme équivalents à leurs visas nationaux aux fins de transit par leur territoire, JO L 161/30 du 20.06.2008.

6 Décision (2007/801/CE) du Conseil du 6 décembre 2007 sur l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen à la République tchèque, à la République d'Estonie, à la République de Lettonie, à la République de Lituanie, à la République de Hongrie, à la République de Malte, à la République de Pologne, à la République de Slovénie et à la République slovaque, JO L 323/34 du 08.12.2007.

pouvant naître de l'émergence d'une frontière extérieure de l'Union européenne entre les nouveaux Etats membres et leurs voisins demeurés des pays tiers. Cette situation implique la mise en œuvre d'un régime de petit trafic frontalier afin de préserver les relations en zone transfrontalière (2).

1. Les mesures de facilitation applicables à la Suisse et au Liechtenstein

Un régime de reconnaissance unilatérale, identique à celui exposé précédemment, est institué concernant la reconnaissance des titres de séjour délivrés par deux pays tiers situés au cœur de l'espace Schengen, la Suisse et le Liechtenstein¹. Cette décision vise les ressortissants de pays tiers titulaires de titres de séjour délivrés par la Suisse et le Liechtenstein souhaitant retourner dans leur pays d'origine en transitant par un Etat membre. En application des règles communautaires en matière de visas, lorsque ces personnes sont soumises à une obligation de visa, elles doivent être munies d'un « visa Schengen » ou d'un visa national délivré par un nouvel État membre pour pouvoir retourner dans leur pays d'origine en transitant par l'Union européenne. En pratique, cette situation fait peser un risque de surcharge administrative sur les bureaux consulaires des États membres situés en Suisse et au Liechtenstein alors que les ressortissants de pays tiers concernés ne présentent qu'un faible risque d'immigration clandestine.

Le régime de contrôle simplifié prévu par la décision indique que « les États membres qui mettent en œuvre l'intégralité de l'acquis de Schengen reconnaissent unilatéralement les titres de séjour délivrés par ces deux pays tiers et dont la liste figure en annexe de la décision »². Ce principe de reconnaissance unilatérale n'est valable, comme l'a indiqué la Cour de justice³, que pour un transit d'une durée maximale de cinq jours par le territoire d'un ou plusieurs États membres⁴. Ainsi, la condition posée par l'article 5, paragraphe 1, point b) du Code communautaire est réputée remplie.

La décision prévoit la possibilité d'étendre ce régime aux nouveaux Etats membres n'appliquant pas l'intégralité de l'acquis de Schengen⁵, pour peu qu'ils aient choisi de

1 Décision n° 896/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un régime de contrôle simplifié des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par les Etats membres de certains titres de séjours délivrés par la Suisse et le Liechtenstein aux fins du transit par leur territoire, JO L 167/8 du 20.06.2006.

2 Article 2 de la décision.

3 « (...), il en résulte qu'un titre de séjour délivré par la Confédération suisse ou par la Principauté de Liechtenstein aux ressortissants des pays tiers soumis à l'obligation de visa est un document qui doit être considéré comme équivalent à un visa de transit par le territoire des États membres. Dans le cadre de la procédure simplifiée introduite par la décision n° 896/2006, il n'est donc pas fait obligation aux personnes concernées par cette décision d'être en possession d'un visa de transit lorsqu'elles franchissent les frontières extérieures aux fins de transiter par le territoire des États membres, à condition que la durée du transit ne dépasse pas cinq jours », CJCE, 2 avril 2009, *Rafet KQIKU*, aff. C-139/08, non publiée, point 31.

4 Article 3 de la décision.

5 Ce système est par ailleurs étendu à la Bulgarie et la Roumanie depuis juin 2008, Décision n° 586/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 modifiant la décision n° 896/2006/CE

faire application du principe de reconnaissance unilatérale entre les Etats membres, institué par la décision n° 895/2006/CE précitée¹. Tout comme le régime précédent, le régime applicable à la Suisse et au Liechtenstein est transitoire jusqu'à la mise en œuvre de l'accord entre ces pays et l'Union européenne relatif à la mise en œuvre, l'application et le développement de Schengen², c'est-à-dire à compter du 12 décembre 2008³.

2. *Le petit trafic frontalier*

L'article 35 du Code frontières Schengen mentionne « le présent règlement est sans préjudice des règles communautaires applicables au petit trafic frontalier et des accords bilatéraux existants en la matière ». La concision du renvoi ne doit toutefois pas tromper sur l'ampleur de l'aménagement que provoque le petit trafic frontalier sur le régime de franchissement des frontières extérieures. En effet, fondé sur l'idée que les frontières extérieures des Etats membres ne doivent pas devenir pour les pays tiers voisins de l'Union européenne une barrière aux échanges commerciaux, sociaux, culturels, ni un obstacle à la coopération régionale, les règles relatives au petit trafic frontalier instituent une dérogation aux dispositions du Code frontières Schengen.

Après plusieurs propositions de la Commission, motivées par la nature des frontières européennes⁴ ou les nécessités de la procédure décisionnelle⁵, deux règlements

établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par les États membres, aux fins de transit par leur territoire, de certains titres de séjour délivrés par la Suisse et le Liechtenstein, JO L 162/27 du 21.06.2008.

- 1 Décision n° 895/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovénie et la Slovaquie de certains documents comme équivalents à leur visas nationaux aux fins de transit par leur territoire, JO L 167/1 du 20.06.2006.
- 2 Article 15, paragraphe 1^{er}, de l'Accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen « Les dispositions visées aux annexes A et B, ainsi que celles déjà adoptées conformément à l'article 2, paragraphe 3, sont mises en application par la Suisse à une date qui sera fixée par le Conseil statuant à l'unanimité de ses membres représentant les gouvernements des États membres qui appliquent toutes les dispositions visées aux annexes A et B, après consultation au sein du comité mixte et après s'être assuré que la Suisse a rempli les conditions préalables à la mise en œuvre des dispositions pertinentes et que les contrôles à ses frontières extérieures sont efficaces », *Doc. 13054/04* du 22 octobre 2004.
- 3 Décision (2008/903/CE) du Conseil du 27 novembre 2008 relative à l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen dans la Confédération suisse, JO L 327/15 du 05.12.2008.
- 4 Dès l'été 2003, la Commission présente deux propositions de règlement tenant compte, d'une part, de la frontière terrestre entre les Etats membres et, d'autre part, de la frontières terrestre extérieure temporaire des Etats membres vouée à disparaître sous l'effet de l'intégration des nouveaux Etats membres dans l'espace Schengen. Respectivement, proposition de règlement du Conseil portant création d'un régime propre au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres, COM(2003) 502 final du 14.08.2003 et proposition de règlement du Conseil portant création d'un régime propre au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures temporaires entre les États membres, COM(2003) 502 final du 14.08.2003.
- 5 La modification de la procédure décisionnelle a obligé la Commission à introduire une nouvelle proposition : proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles relatives au

organisent le régime du petit trafic frontalier. Le règlement n° 1931/2006 fixant les règles relatives au petit trafic frontalier¹ et le règlement n° 1932/2006 instituant une exemption de visa pour les ressortissants de pays tiers bénéficiaires du régime du petit trafic frontalier². La singularité de ces règles, et en particulier du règlement n° 1931/2006, repose sur l'encadrement minimal du régime du petit trafic frontalier. En effet, le règlement n° 1931/2006 pose des définitions³, notamment celles de « petit trafic frontalier »⁴ et de « frontaliers »⁵, détermine les conditions de délivrance⁶ et les

petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant la Convention de Schengen et les Instructions consulaires communes, COM(2005) 56 final du 23.02.2005.

A cet égard, la Commission explique que « Au 1er mai 2004, des mesures fondées sur l'article 62, paragraphe 2, point b), (ii), et sur l'article 62, paragraphe 2, point b), (iv), seront adoptées par le Parlement européen et le Conseil selon la procédure de codécision (article 67, paragraphe 4). Les mesures fondées sur l'article 62, paragraphe 2, point a), doivent encore être adoptées à l'unanimité par le Conseil après consultation du Parlement européen. Les deux procédures étant incompatibles, il n'était plus possible, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, de prévoir dans une même proposition des dispositions concernant le contrôle aux frontières extérieures et des dispositions relatives à l'instauration d'un visa spécial à délivrer aux frontaliers aux fins du petit trafic frontalier.

C'est pourquoi il a été décidé de rédiger deux nouvelles propositions :

- 1) une première proposition de règlement du Conseil fondée sur l'article 62, paragraphe 2, point a) (procédure de consultation), fixant les règles générales relatives au petit trafic frontalier, à l'exception des dispositions instaurant le visa spécial ;
 - 2) une deuxième proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, fondée sur l'article 62, paragraphe 2, point b), (ii) et (iv), (procédure de codécision), instaurant un visa spécial « L » à délivrer aux fins du petit trafic frontalier. »
- 1 Règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, JO L 405/1 du 30.12.2006.
 - 2 Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) no 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.
 - 3 Le règlement pose plusieurs définitions encadrant le domaine d'application du texte. En premier lieu, la frontière extérieure est définie comme « la frontière terrestre commune entre un Etat membre et un pays tiers » de sorte que le régime du petit trafic frontalier ne s'applique pas aux frontières communes entre anciens et nouveaux Etats membres. En second lieu, le texte définit la zone frontalière comme « une zone qui ne s'étend pas à plus de trente kilomètres de la frontière ». Le règlement précise que « Les communes qui doivent être considérées comme la zone frontalière sont précisées par les États concernés dans leurs accords bilatéraux visés à l'article 13. Toute partie d'une de ces communes située à plus de trente kilomètres mais à moins de cinquante kilomètres de la ligne frontalière est néanmoins considérée comme appartenant à la zone frontalière »
 - 4 Article 3, point 3) « petit trafic frontalier » le franchissement régulier d'une frontière terrestre extérieure par des frontaliers, en vue d'effectuer un séjour dans une zone frontalière, par exemple pour des raisons sociales, culturelles ou pour des raisons économiques justifiées, ou pour des raisons d'ordre familial, d'une durée ne dépassant pas la durée fixée par le présent règlement »
 - 5 Article 3, point 6) « frontalier, tout ressortissant d'un pays tiers qui réside légalement dans la zone frontalière d'un pays voisin d'un État membre depuis une période précisée dans les accords bilatéraux visés à l'article 13, laquelle est d'un an au moins. Dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, précisés dans ces accords bilatéraux, une période de résidence inférieure à un an peut également être considérée comme appropriée ».
 - 6 Articles 9 et 12 du règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, JO L 405/1 du 30.12.2006.

spécificités¹ du permis de franchissement local ainsi que les conditions du franchissement des frontières extérieures par les titulaires du permis. Cela étant, les conditions de franchissement des frontières font l'objet d'un simple encadrement dont la mise en œuvre peut être définie par des accords bilatéraux conclus entre les Etats membres et les pays tiers. En d'autres termes, l'uniformité des règles relatives au franchissement des frontières extérieures est remise en cause en raison de la singularité historique, sociologique et culturelle des zones frontalières. Cette singularité impose d'aménager la rigueur de la règle commune au bénéfice de populations ayant une histoire commune mais séparées par l'introduction de la frontière européenne. Le régime du petit trafic frontalier vise donc à atténuer les effets de l'introduction d'une frontière entre les nouveaux Etats membres et les pays tiers demeurés extérieurs à l'Union européenne sans porter atteinte à la « solidité » de la frontière extérieure des Etats membres.

Ainsi, et conformément au chapitre IV du règlement n° 1931/2006, les accords bilatéraux peuvent convenir de créer des points de passages spéciaux réservés aux frontaliers, de réserver des couloirs spéciaux aux frontaliers aux points de passages ordinaires ou encore d'autoriser à titre exceptionnel le franchissement de la frontière en dehors des points de passage autorisés et des heures prévues à cet effet. Le franchissement facilité de la frontière extérieure par les points de passage et couloirs spéciaux peut même conduire, lorsque les personnes concernées « sont connues des gardes-frontières », à un simple contrôle par sondage. Le règlement précise que ces personnes sont toutefois soumises « de temps en temps, inopinément et à intervalles réguliers, à des contrôles approfondis ». Ce régime est également applicable lorsque le passage est autorisé en dehors des points de passage autorisés.

Les effets de ce régime demeurent toutefois incertains. Tout d'abord en raison du caractère optionnel de la conclusion de tels accords bilatéraux. Ensuite, au regard du contenu des accords bilatéraux et de leur application pratique dans la mesure où l'intensité des assouplissements dépend des liens entretenus par les Etats membres avec les pays tiers. Ainsi, le règlement accorde d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres concernant les justificatifs à produire pour attester de la qualité de frontalier, le délai jugé nécessaire pour entrer dans cette catégorie ou encore les raisons pouvant motiver les séjours qui peuvent « par exemple » être exercés pour des motifs sociaux, culturels ou familiaux. En fin de compte, le régime applicable aux frontières extérieures jouxtant le Belarus et celui applicable à la frontière extérieure entre la Roumanie et la Moldavie risquent d'être profondément différents. D'ailleurs, suite à l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, un accord roumano-moldave a été conclu afin de faciliter le franchissement de la frontière aux ressortissants frontaliers moldaves².

Le régime du franchissement des frontières de l'Union européenne constitue un ensemble dense et complexe de règles communes. Articulé autour du Code frontières Schengen établissant une harmonisation complète des règles d'entrée sur l'espace

1 Articles 7, 8 et 10 du règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, JO L 405/1 du 30.12.2006.

2 Voir sur ce point, IP/07/561 du 25 avril 2007.

commun, il détermine et encadre les conditions permettant d'y déroger compte tenu du caractère évolutif de la frontière européenne et de la sociologie des zones frontalières.

Le développement de l'action de la Communauté en matière de franchissement des frontières extérieures s'est également fortement illustré dans la consolidation des règles relatives à la politique des visas.

Sous-section 2. LA POLITIQUE DES VISAS DE COURT SÉJOUR

Hormis le cas spécifique des ressortissants des Etats membres¹ et des membres de leur famille², la question des visas de court séjour délivrés aux ressortissants de pays tiers est longtemps demeurée une compétence nationale. Pourtant, une politique commune aux Etats membres constituait un accompagnement nécessaire de la réalisation du marché intérieur prônée par l'Acte unique européen³. Si la coopération de Schengen a contribué à harmoniser les législations nationales dans le domaine de la politique des visas de court séjour, la communautarisation réalisée par le traité de Maastricht n'est parvenue que partiellement⁴ à aborder la thématique au niveau communautaire. La diversité des cadres normatifs, communautaires et intergouvernementaux, brouillait la lisibilité du domaine et n'assurait pas la réalisation du marché intérieur pourtant promis depuis longtemps. Cette situation a imposé une rationalisation à laquelle le traité d'Amsterdam répond, d'une part, par l'attribution de compétences communautaires élargies en matière de visas et, d'autre part, par l'absorption de l'acquis de Schengen. En clarifiant le domaine, le traité d'Amsterdam procède à la communautarisation d'un vaste ensemble de règles et de pouvoirs assurant la mise en œuvre et le développement d'une véritable politique commune des visas (I). Malgré un puissant processus d'harmonisation, les Etats membres conservent encore d'importantes marges de manœuvre dans la mise en œuvre des règles communautaires et la délivrance des visas de court séjour (II).

1 Article 3, paragraphe 2, de la directive 68/360/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO L 257/13 du 19.10.1968.

2 Voir en particulier les jurisprudences, CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) et Etat belge*, aff. C-459/99, Rec. I-6591 ; CJCE, 14 avril 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-157/03, Rec. I-2911.

3 Voir notamment, Communication de la Commission sur l'abolition des contrôles des personnes aux frontières intracommunautaires, COM(88) 640 final du 7.12.1988.

4 Puisqu'en guise de compétence, le traité de Maastricht n'affectait que deux domaines à la compétence communautaire au travers de l'article 100 C, les autres domaines de la politique des visas relevaient du troisième pilier et constituaient des « questions d'intérêt commun » aux Etats membres énumérées à l'article K1 du traité UE.

I. LA COMMUNAUTARISATION DE LA POLITIQUE DES VISAS DE COURT SÉJOUR

Si la communautarisation de l'acquis de Schengen assure la réalisation des objectifs du traité¹, l'action de la Communauté contribue à profondément consolider les règles existantes en matière de visa de court séjour (A). Devenant progressivement une compétence exclusive de la Communauté, la politique commune des visas de court séjour s'affirme au travers d'un mécanisme de réciprocité pleinement contrôlé par les institutions communautaires (B).

A. La consolidation de la politique

L'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne assure une rationalisation des instruments à disposition en matière de visas de court séjour. Cela étant, l'action de la Communauté dans le domaine poursuit une œuvre importante de consolidation qu'il s'agisse de la liste des pays tiers soumis ou exemptés de l'obligation de visa (1), des conditions de délivrance des visas (2) ou encore de leur sécurisation (3).

1. La liste des pays tiers soumis ou exemptés de l'obligation de visa

On se souvient² que les différents actes adoptés avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ont présenté des lacunes, soit que la coopération Schengen a laissé subsister une liste « grise »³, soit que le droit communautaire n'a harmonisé que la liste « noire » des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visas⁴, omettant de

1 « Dès lors que l'acquis de Schengen sera intégré dans le cadre de l'Union européenne, les objectifs de la Communauté énoncés dans tout l'article 62 du traité CE et, dans une large mesure, ceux énoncés à l'article 63, point 3, sous b), du traité CE, (...) auront largement été réalisés (...) », Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JO C 19/1 du 23.01.1999, sp. 7.

2 Voir Première partie, Chapitre 1, section 2.

3 Voir notamment KUIJPER P. J. « Some Legal Problems associated with the Communautarization of the Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen Acquis », C.M.L.R., Vol. 37, n° 2, April 2000, pp. 345-366, sp. 357-358. Même si la liste « grise » a été abandonnée par les Etats Schengen par une décision du Comité exécutif, la Convention de Schengen entretenait l'incertitude, voir décision du Comité exécutif du 16 décembre 1998 concernant la suppression de la liste des Etats dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa par certains Etats Schengen, [SCH/Com-ex (98) 53, rév. 2].

4 Règlement (CE) n° 574/1999 du 12 mars 1999 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, JO L 72/2 du 18.03.1999.

dresser une liste « blanche »¹ de pays tiers dont les ressortissants sont exemptés de l'obligation de visa. L'article 62, point 2, b), i)², rompt avec les incertitudes passées et établit une base juridique permettant au Conseil d'adopter un règlement n° 539/2001³ créant une « harmonisation totale »⁴ des listes « noires » et « blanches »⁵.

Ce premier instrument d'harmonisation des législations a fait l'objet de plusieurs modifications. La première, par un règlement n° 2414/2001⁶, a consisté, après évaluation de la Commission⁷, à intégrer la Roumanie dans la liste « blanche » des pays tiers en tenant compte notamment des progrès réalisés par ce pays en matière de lutte contre l'immigration illégale en provenance de son territoire, de politique des visas et de contrôles à ses frontières⁸. La seconde modification adoptée en mars 2003⁹ a concerné l'intégration de l'Equateur dans la liste « noire », afin de stopper les séjours irréguliers de ressortissants équatoriens demeurant au-delà de la date d'expiration

1 Contrairement à l'idée défendue par la Commission européenne selon laquelle les bases juridiques de l'article 100 C du traité de Maastricht permettaient l'adoption d'une telle liste. Pour un plaidoyer en faveur de l'adoption d'une liste blanche, voir en particulier HAILBRONNER K. « Visa regulations and third – country nationals in EC law », C.M.L.R., vol. 31, n° 5, 1994, pp. 969-995, sp. 979 et s.

2 « Le Conseil (...) arrête (...) :

la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation ».

3 Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001.

4 Point 12 du préambule du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001.

5 L'affirmation d'une « harmonisation totale » doit être nuancée dans la mesure où la Grande-Bretagne et l'Irlande ne participent pas à l'adoption du règlement (CE) n° 539/2001 et demeurent liés par le règlement (CE) n° 574/1999 adopté sur le fondement de l'article 100 C du traité de Maastricht. C'est la raison pour laquelle le règlement (CE) n° 539/2001 n'abroge pas le règlement (CE) n° 574/1999 (contrairement à l'affirmation avancée par le rapporteur du Parlement européen LEHNE K.-H., A5-0179/2000, sp. 12.) mais le « remplace ». Voir notamment Article 7, paragraphe 1, Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001.

6 Règlement (CE) n° 2414/2001 du Conseil du 7 décembre 2001 modifiant le Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 327/1 du 12.12.2001.

7 Rapport intermédiaire sur les questions relatives aux visas (Roumanie), COM(2001) 61 final du 02.02.2001 ; Rapport de la Commission au Conseil relatif à l'exemption de l'obligation de visa pour les ressortissants roumains, COM(2001) 361 final du 29.06.2001.

8 Pour une approche critique de la méthode utilisée par la Communauté pour intégrer la Roumanie dans la liste « blanche », voir en particulier BEAUDU G. « La politique européenne des visas de court séjour », Cultures & Conflits, n° 50, 2/2003, pp. 5-30.

9 Règlement (CE) n° 453/2003 du Conseil du 6 mars 2003 modifiant le Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 69/10 du 13.03.2003.

de leur visa¹, et la modification de la sous-partie réservée aux « entités et autorités territoriales non reconnues comme Etat par au moins un Etat membre » afin de tenir compte de la modification du statut international du Timor oriental². En raison de l'accord sur la libre circulation conclu entre la Communauté européenne et la Suisse, ce pays tiers ne figure plus dans le règlement n° 539/2001, à l'instar des Etats membres. Enfin, la troisième modification du règlement n° 539/2001 est plus importante³. Elle modifie en premier lieu les listes « blanches » et « noires » annexées au texte. Ainsi, elle impose une obligation de visa aux ressortissants boliviens et à certaines catégories de ressortissants de pays tiers entretenant des liens particuliers avec la Grande-Bretagne au titre de la citoyenneté britannique⁴. A l'inverse, le règlement n° 1932/2006 exempte de l'obligation de visa les ressortissants d'Antigua-et-Barbuda, des Bahamas, de la Barbade, de Maurice, de Saint-Christophe-et-Nevis, des Seychelles ainsi que les ressortissants britanniques d'outre-mer (*British Nationals Overseas*). En second lieu, la modification concerne la clarification du régime applicable à plusieurs catégories de personnes. Sont désormais exemptés de l'obligation de visa, les ressortissants de pays tiers titulaires d'un permis de franchissement local de la frontière délivré conformément au règlement n° 1931/2006⁵. Ensuite, le règlement clarifie les règles applicables aux écoliers, réfugiés statutaires et apatrides. Schématiquement, ces personnes sont exemptées de l'obligation de visa lorsqu'elles résident dans un Etat membre. En revanche, le régime d'exemption peut être accordé par l'Etat membre lorsque les écoliers, réfugiés statutaires ou apatrides résident dans un pays tiers figurant sur la liste « blanche ». Sur ce dernier point, le règlement ne consacre pas la proposition de la Commission visant à exempter de plein droit les réfugiés statutaires et apatrides ainsi que les écoliers⁶ et opte pour une solution laissant davantage de marge de manœuvre aux Etats membres. Une solution identique s'appliquant au cas particulier des membres de forces armées se déplaçant dans le cadre de l'OTAN ou du Partenariat pour la paix.

Si ces derniers exemples démontrent que les Etats membres disposent encore de certaines marges de manœuvre, ils ne masquent pas un puissant phénomène de communautarisation de la matière. D'une part, la marge de discrétion maintenue concerne une proportion minimale des demandes de visas adressées aux autorités

1 Voir notamment le rapport de HERNANDEZ MOLLAR J. S., A5-0005/2003 final du 22 janvier 2003, sp. 8.

2 Voir, COM(2002) 679 final du 28 novembre 2002, sp. 3.

3 Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.

4 Citoyens des territoires britanniques d'outre-mer, citoyens britanniques d'outre-mer, sujets britanniques ne bénéficiant pas du droit de résidence, personnes britanniques protégées.

5 Règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, JO L 405/1 du 30.12.2006.

6 Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, COM(2006) 84 final du 13.07.2006.

consulaires des Etats membres. D'autre part, le cas des réfugiés statutaires est significatif d'une communautarisation progressive. Initialement soumis au même régime que les ressortissants de pays tiers, les réfugiés statutaires ou apatrides bénéficient désormais d'une exemption de visa lorsqu'ils résident dans un Etat membre. Logiquement, l'étape suivante devrait concerner l'exemption de visa pour les réfugiés statutaires résidant dans un pays tiers figurant sur la liste « blanche ». Enfin, le renvoi par le règlement n° 1932/2006 à une procédure communautaire pour encadrer les conditions d'exemption des titulaires de passeports diplomatiques et de service atteste là encore d'un important mouvement d'intégration communautaire¹.

L'action communautaire dans ce domaine contribue à l'affirmation d'une compétence exclusive à la Communauté pour adopter et adapter les listes de pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou exemptés de l'obligation de visa. En outre, ce dispositif crée une situation juridique nouvelle puisqu'il formalise un droit au bénéfice des ressortissants de pays tiers figurant sur la liste « blanche »². En effet, les Etats membres ne sont plus en droit, sauf exception³, de leur imposer la détention d'un visa pour entrer sur le territoire commun.

Les modifications successives du règlement n° 539/2001 ont modifié la structure et la lisibilité du texte⁴. Ainsi, une version consolidée du règlement n° 539/2001 devrait être adoptée pour rendre le dispositif plus lisible⁵.

2. *L'harmonisation des conditions de délivrance des visas*

Dans ce domaine, une part importante de l'action a été accomplie avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Si Maastricht n'a réalisé que des avancées limitées dans le domaine⁶, la coopération de Schengen est parvenue à un degré poussé

1 Voir article 1^{er}, point 3, du Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.

2 Voir notamment, SCHMITTER C., JULIEN-LAFFERIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 151.

3 Voir *infra*.

4 « Le règlement (CE) n° 539/2001 ayant fait l'objet de modifications successives, il est nécessaire d'en améliorer la structure et la lisibilité en procédant ultérieurement à sa refonte », point 9 du préambule du règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.

5 Proposition de règlement du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (Version consolidée), COM(2008) 761 final du 28.11.2008.

6 Deux textes non contraignants ont été adoptés sur le fondement du traité de Maastricht. Respectivement, une Action commune (96/197/JAI) du 4 mars 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative au régime du transit aéroportuaire (JO L 63/8 du 13.03.1996) et

d'harmonisation et de coordination. Si l'intégration de l'acquis de Schengen suffit à absorber les dispositifs en vigueur, le droit communautaire adopté dans ce domaine après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam contribue à approfondir et à rationaliser les règles existantes notamment depuis l'adoption d'un Code communautaire des visas¹ (a). Cela étant, le développement progressif de la politique des visas de court séjour a nécessité l'adoption de règles permettant dans certaines circonstances de faciliter la délivrance des visas (b).

a. La rationalisation et l'approfondissement des règles existantes

Concernant les critères de délivrance des visas, l'article 15 de la convention de Schengen indique qu'en principe le visa uniforme de court séjour peut être délivré si le demandeur satisfait aux conditions d'entrée déterminées par l'article 5 de la convention². L'article 17 renvoie au Comité exécutif le soin de préciser les conditions de délivrance des visas. Le 28 avril 1999, le Comité exécutif a adopté la version définitive de l'instruction consulaire commune adressée aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière³. Ce document a pour objet de procéder au rapprochement des pratiques nationales en matière de délivrance des visas de court séjour et complète en pratique les critères de délivrance édictés par l'article 15 de la convention de Schengen. Parmi les points soulevés par ce texte figurent notamment les questions relatives à l'instruction des demandes de visas, aux décisions relatives aux visas ainsi que la coopération consulaire au niveau local. La communautarisation opérée à Amsterdam procède *de facto* à l'absorption de ce dispositif, publié ultérieurement au Journal officiel⁴. Toutefois, le régime juridique de ce « droit communautaire

une Recommandation du Conseil du 4 mars 1996 relative à la coopération consulaire locale en matière de visas (JO C 80/1 du 18.03.1996). En définitive, les actes adoptés sur le fondement du troisième pilier de l'Union n'avaient produit que des effets indirects sur la politique des visas, voir sur ce point, SCHMITTER C., JULIEN-LAFFÉRIÈRE F. et CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 125-126.

- 1 Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.
- 2 Article 5, paragraphe 1^{er} de la Convention de Schengen « Pour un séjour n'excédant pas trois mois, l'entrée sur les territoires des Parties contractantes peut être accordée à l'étranger qui remplit les conditions ci-après :
 - a) Posséder un document ou des documents valables permettant le franchissement de la frontière, déterminés par le Comité exécutif ;
 - b) Être en possession d'un visa valable si celui-ci est requis ;
 - c) Présenter, le cas échéant, les documents justifiant de l'objet et des conditions du séjour envisagé et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un État tiers dans lequel son admission est garantie, ou être en mesure d'acquiescer légalement ces moyens ;
 - d) Ne pas être signalé aux fins de non-admission ;
 - e) Ne pas être considéré comme pouvant compromettre l'ordre public, la sécurité nationale ou les relations internationales de l'une des Parties contractantes ».
- 3 Décision du Comité exécutif du 28 avril 1999 concernant les versions définitives du manuel commun et de l'instruction consulaire commune [SCH / Com-ex (99) 13].
- 4 Instructions consulaires communes, adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, JO C 310/1 du 19.12.2003.

dérivé instantané »¹ est demeuré incertain qu'il s'agisse de la justiciabilité ou encore de l'invocabilité de ces dispositions². Si les modifications successives des instructions consulaires communes par des décisions du Conseil³ ont réduit ces interrogations, leur absorption par un Code communautaire des visas⁴, met un terme aux incertitudes et rationalise les critères de délivrance des visas.

Le chapitre III du code communautaire des visas établit les règles relatives à l'examen des demandes de visas et partant aux critères devant permettre leur délivrance. Après avoir déterminé les règles relatives aux modalités d'introduction des demandes de visas⁵, aux conditions de recevabilité des demandes de visas⁶, le Code communautaire détermine à l'article 21 les vérifications auxquelles l'autorité compétente doit procéder lors de l'examen de la demande. Si la satisfaction des conditions d'entrée énumérées à l'article 5 du Code frontières Schengen doit être vérifiée, le paragraphe 1^{er} de l'article 21 indique que « une attention particulière est accordée à l'évaluation du risque d'immigration illégale ou du risque pour la sécurité des États membres que présenterait le demandeur ainsi qu'à sa volonté de quitter le territoire des États membres avant la date d'expiration du visa demandé ». Ensuite, l'autorité compétente doit consulter le Visa Information System⁷, contrôler si le demandeur remplit les conditions d'entrée qui sont au nombre de cinq⁸, vérifier si le demandeur n'a pas dépassé la durée d'un

- 1 KUIJPER P.-J. « Some Legal Problems associated with the Communitarization of the Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen Acquis », C.M.L.R., Vol. 37, n° 2, April 2000, pp. 345-366, sp. 358.
- 2 Même si la jurisprudence classique de la Cour de justice « ne s'attache pas à la dénomination ou à la forme de l'acte, mais à son contenu et à sa portée », SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 1998, 2^{ème} édition, 578 p., sp. 364-365.
- 3 Entre 2001 et 2009, le Conseil a adopté 20 décisions portant modification et mise à jour des instructions consulaires communes et de leurs annexes.
- 4 Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.
- 5 Chapitre II du règlement (CE) n° 810/2009. Ce chapitre établit les règles applicables aux domaines suivants : modalités pratiques pour l'introduction d'une demande (article 9) ; règles générales applicables à l'introduction d'une demande (article 10) ; formulaire de demande (article 11) ; document de voyage (article 12) ; éléments d'identification biométriques (article 13) ; documents justificatifs (article 14) ; assurance médicale de voyage (article 15) ; droits de visas (article 16) et frais de service (article 17).
- 6 Articles 19 et 20 du règlement (CE) n° 810/2009.
- 7 Article 21, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 810/2009.
- 8 Article 21, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 810/2009 « Lorsqu'il contrôle si le demandeur remplit les conditions d'entrée, le consulat vérifie :
 - a) que le document de voyage présenté n'est pas faux ou falsifié ;
 - b) la justification de l'objet et des conditions du séjour envisagé fourni par le demandeur et si celui-ci dispose de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans son pays d'origine ou de résidence ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel son admission est garantie, ou s'il est en mesure d'acquiescer légalement ces moyens ;
 - c) si le demandeur n'a pas fait l'objet d'un signalement dans le système d'information Schengen (SIS) aux fins de non-admission ;
 - d) que le demandeur n'est pas considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou la santé publique, au sens de l'article 2, point 19, du code frontières Schengen, ou pour les relations internationales de l'un des États membres, et, en particulier, qu'il n'a pas fait l'objet, pour ces mêmes motifs, d'un signalement dans les bases de données nationales des États membres aux fins de non-admission ;

séjour autorisé préalablement¹, apprécier les moyens de subsistance par référence au prix moyen d'hébergement et de nourriture dans l'Etat membre ou les Etats membres concernés². Le règlement n° 810/2009 prévoit les conditions dans lesquelles les autorités centrales d'autres Etats membres peuvent être consultées au cours de l'examen de la demande.

Les règles relatives au refus de délivrance d'un visa figurent à l'article 24 du règlement n° 810/2009. Cette disposition prévoit deux situations. La première couvre classiquement les cas dans lesquels le demandeur ne remplit pas les conditions requises pour la délivrance du visa. La seconde offre en revanche d'importantes marges de manœuvre aux autorités nationales. En effet, le visa n'est pas délivré « s'il existe des doutes raisonnables sur l'authenticité des documents justificatifs présentés par le demandeur ou sur la véracité de leur contenu, sur la fiabilité des déclarations effectuées par le demandeur ou sur la volonté de quitter le territoire des Etats membres avant l'expiration du visa demandé ». Au-delà de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, il n'est pas certain que l'interprétation de la notion de « doute raisonnable » soit unanimement partagée par les autorités nationales. Dans ce contexte, l'éclairage du juge national ou communautaire pourra contribuer à encadrer les conditions de refus de visa fondé sur cette appréciation.

Le règlement détermine enfin l'ensemble des règles applicables lorsque la demande de visa est acceptée par les autorités nationales compétentes. Il détermine notamment les règles applicables à la période de validité du visa et à la durée du séjour, au nombre d'entrées autorisées, à la manière de remplir ou d'apposer la vignette-visa.

En fin de compte, le règlement n° 810/2009 contribue à rationaliser et approfondir les règles applicables dans le domaine des visas de court séjour. Antérieurement établies par la convention d'application de Schengen, les décisions du Comité exécutif Schengen et les instructions consulaires communes³, elles figurent désormais dans un instrument unique.

b. Le développement de règles relatives à la délivrance facilitée des visas

La politique des visas de court séjour ne peut être isolée de la politique d'immigration dans son ensemble. Ainsi, plusieurs situations ont imposé une adaptation des règles en matière de délivrance des visas afin de doter la Communauté d'une politique d'immigration plus cohérente et plus efficace. Cette adaptation a principalement eu

e) le cas échéant, que le demandeur dispose d'une assurance maladie en voyage adéquate et valide ».

1 Article 21, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 810/2009.

2 Article 21, paragraphe 5, du règlement (CE) n° 810/2009.

3 Voir également CHOLEWINSKI R. « No Right of Entry : the Legal Regime on Crossing the EU External Border » in GROENENDIJK K., GUILD E., MINDERHOUD P. (edited by) « In Search of Europe's Borders », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, volume 5, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/New York, 2003, 294 p., pp. 105-130, sp. 128.

pour objet de prévoir des dispositifs permettant la délivrance facilitée des visas de court séjour.

Cela concerne tout d'abord le cas de la délivrance des visas aux frontières extérieures et aux marins en transit. Si plusieurs décisions avaient été adoptées par le Comité exécutif Schengen¹, un règlement n° 415/2003 les abroge², afin notamment de « mettre un peu d'ordre dans l'acquis de Schengen »³, et définit les conditions de délivrance des visas à la frontière, y compris aux marins en transit⁴. Ce dispositif est désormais repris par le Code communautaire des visas qui déterminent les conditions dans lesquelles les visas peuvent être demandés aux frontières extérieures et les conditions dans lesquelles les visas peuvent être délivrés aux frontières extérieures aux marins en transit. Ces règles figurent respectivement aux articles 35 et 36 du Code communautaire des visas.

Ensuite, les règles en matière de délivrance des visas ont été adaptées pour en faciliter la délivrance dans des situations particulières ou vis-à-vis de catégories spécifiques de ressortissants de pays tiers. Les situations particulières concernent la possibilité d'organiser des demandes groupées de visas en dérogation à la règle de la démarche individuelle prévalant dans la procédure classique⁵. Deux types de situations font ou ont fait l'objet d'une telle approche tenant pour l'une, à l'organisation des jeux Olympiques en Grèce⁶ et en Italie⁷, pour l'autre, à l'organisation des voyages de ressortissants chinois⁸. Le Code communautaire des visas reprend dans son annexe XI les procédures et conditions spécifiques facilitant la délivrance de visas aux membres

- 1 Décision du Comité exécutif du 26 avril 1994 concernant la délivrance des visas uniformes à la frontière, [SCH / Com-ex (94) 2] ; Décision du Comité exécutif du 19 décembre 1996 concernant la délivrance à la frontière de visas aux marins en transit, [SCH / Com-ex (96) 27].
- 2 Règlement (CE) n° 415/2003 du Conseil du 27 février 2003 relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit, JO L 64/1 du 07.03.2003.
- 3 Rapport sur l'initiative du Royaume d'Espagne en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit, KARAMANOU A., A5-0006/2003, 22 p., sp. 20.
- 4 Règlement (CE) n° 415/2003 du Conseil du 27 février 2003 relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit, JO L 64/1 du 07.03.2003.
- 5 Il ressort de la Convention de Schengen que la demande de visa devait être déposée par le demandeur lui-même. Cette position découle notamment de l'article 5 de la Convention de Schengen lequel énonce que « l'entrée sur le territoire des parties contractantes *peut être accordée à l'étranger* » (souligné par nous).
- 6 Règlement (CE) n° 1295/2003 du Conseil du 15 juillet 2003 relatif à des mesures visant à faciliter les procédures de demande et de délivrance pour les membres de la famille olympique participant aux jeux olympiques et/ou paralympiques de 2004 à Athènes, JO L 183/1 du 22.07.2003.
- 7 Règlement (CE) n° 2046/2005 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2005 relatif à des mesures visant à faciliter les procédures de demande et de délivrance de visas pour les membres de la famille olympique participant aux jeux olympiques et/ou paralympiques d'hiver de 2006 à Turin, JO L334/1 du 20.12.2005.
- 8 Décision du Conseil du 8 mars 2004 relatives à la conclusion du protocole d'accord entre la Communauté européenne et l'administration nationale du tourisme de la République populaire de Chine concernant les visas et les questions connexes liées aux groupes de touristes de la République populaire de Chine (SDA), JO L 83/12 du 20.03.2004 ; Protocole d'accord entre la Communauté européenne et l'administration nationale du tourisme de la République populaire de Chine concernant les visas et les questions connexes liées aux groupes de touristes de la République populaire de Chine (SDA), JO L 83/14 du 20.03.2004.

de la famille olympique participant aux jeux olympiques et paralympiques¹. Ensuite, et de manière plus marquée, la Communauté a adopté toute une série de dispositions visant à rendre moins contraignante la procédure de délivrance des visas pour certains ressortissants de pays tiers. La première intervention en ce sens relève de la création pour les ressortissants russes désirant se rendre dans l'enclave de Kaliningrad² d'un document facilitant le transit et le transit ferroviaire³. Adoptés sur la base de l'article 62, paragraphe 2, du traité, ces documents facilitant le transit présentent toutes les caractéristiques du visa sans être qualifiés comme tels pour des raisons diplomatiques⁴. En outre, les conditions de délivrance, la durée de validité ainsi que le régime des entrées se singularisent de la procédure normalement consacrée par la Convention de Schengen⁵ et désormais reprise par la Code communautaire des visas. En second lieu, le régime de petit trafic frontalier⁶ prévoit que les ressortissants de pays tiers titulaires d'un permis délivré en vue du franchissement local de la frontière sont exemptés de l'obligation de visa⁷. Dans ce contexte, la procédure de délivrance de visa est remplacée par la procédure de délivrance d'un permis local de franchissement valable de une à cinq années⁸.

-
- 1 Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.
 - 2 L'enclave de Kaliningrad, appartenant à la Russie, se trouve désormais entourée par deux Etats membres de l'Union européenne, la Lituanie et la Pologne. Ce faisant, les ressortissants russes doivent nécessairement transiter par l'un de ces Etats membres pour se rendre à Kaliningrad. Or, la Russie figurant sur la liste « noire » du règlement n° 539/2001, le transit par ces Etats membres suppose la possession d'un visa. Voir également, YAKEMTCHOUK R. « L'Union européenne et Kaliningrad », R.M.C.U.E., mars 2003, pp. 160-166.
 - 3 Règlement (CE) n° 693/2003 du Conseil du 14 avril 2003 portant création d'un document facilitant le transit (DFT) et d'un document facilitant le transit ferroviaire (DFTF) et modifiant les instructions consulaires communes et le manuel commun, JO L 99/8 du 17.04.2003. Règlement (CE) n° 694/2003 du Conseil du 14 avril 2003 établissant des modèles uniformes pour le document facilitant le transit (DFT) et le document facilitant le transit ferroviaire (DFTF) prévus par le règlement (CE) n° 693/2003, JO L 99/15 du 17.04.2003.
 - 4 On se souvient que le président CHIRAC avait qualifié d'inacceptable la perspective d'imposer un visa aux ressortissants russes désirant se rendre à Kaliningrad et avait souhaité l'adoption de « solutions techniques non humiliantes pour la Russie », voir *Europolitique* n° 2704, du 27 juillet 2002.
 - 5 Voir notamment les articles 4 à 7 du règlement (CE) n° 693/2003 du Conseil du 14 avril 2003 portant création d'un document facilitant le transit (DFT) et d'un document facilitant le transit ferroviaire (DFTF) et modifiant les instructions consulaires communes et le manuel commun, JO L 99/8 du 17.04.2003. Voir également à ce sujet, BEAUDU G. « La politique européenne des visas de court séjour », *Cultures & Conflits*, n° 50, 2/2003, pp. 5-30.
 - 6 Voir *supra*.
 - 7 Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.
 - 8 Article 1^{er} du règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, JO L 29/3 du 03.02.2007.

Enfin, la Communauté a conclu plusieurs accords de facilitation de délivrance de visas avec plusieurs pays tiers¹, notamment en contrepartie de la conclusion d'accords de réadmission². Tous les accords présentent des caractéristiques identiques. Tout d'abord, ils portent sur la délivrance facilitée de visas de court séjour de 90 jours valables pour une période de 180 jours. Ensuite, les accords prévoient deux séries de mesures permettant la délivrance facilitée des visas. En premier lieu, ils indiquent pour des catégories déterminées de personnes les justificatifs à produire pour justifier de l'objet du voyage dans la Communauté³. En second lieu, les accords prévoient la possibilité pour les missions diplomatiques et les postes consulaires de délivrer des visas à entrées multiples valables pour des périodes allant d'une année jusqu'à cinq ans en application des critères et conditions posés par le texte⁴. Concernant les droits prélevés pour les demandes de visas, les accords établissent un tarif général de 35 euros ainsi qu'une liste de personnes exonérées des droits de visas. Les accords prévoient également des délais de traitement des demandes de visas qui doivent normalement être traitées sous 10 jours à compter de la réception de la demande⁵. Plusieurs dispositions règlent en dernier lieu les questions tenant à la perte ou au vol des documents, à la prorogation du visa dans des circonstances exceptionnelles, aux passeports diplomatiques ou encore à la validité territoriale des visas.

Les règles relatives à la délivrance facilitée des visas démontrent que la politique européenne des visas de court séjour s'éloigne progressivement de son acception première reposant sur la logique du « tout ou rien »⁶. En effet, l'approche initiale basée sur l'élaboration d'une liste « noire » et d'une liste « blanche » avait pour effet de déterminer deux catégories de ressortissants de pays tiers, ceux qui étaient soumis à l'obligation de visas et ceux qui étaient exemptés de cette obligation. Les impératifs économiques, politiques et culturels imposent en définitive de développer des solutions plus flexibles notamment au travers des modalités de délivrance facilitée des visas.

1 Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 332/68 du 18.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/85 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/97 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République du Monténégro visant à faciliter la délivrance de visa, JO L 334/109 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/125 du 19.12.2007, Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/137 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/169 du 19.12.2007.

2 COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 196.

3 Il s'agit de manière générale de produire une lettre, une invitation écrite, un certificat ou une demande écrite provenant de la personne publique ou privée voire de l'organisme établi dans le pays hôte.

4 Ces visas à entrées multiples n'étant toutefois valables que pour des séjours d'une durée totale de 90 jours par période de 180 jours.

5 Les accords indiquent que les délais pouvaient être étendus à 30 jours si un examen complémentaire se révélait nécessaire ou restreints à 2 jours en cas d'urgence.

6 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières dans l'Union européenne », COM(2008) 69 final du 13.02.2008, sp. 4.

3. *Le modèle type de visa*

Si la coopération Schengen a consacré l'existence d'un visa uniforme valable pour l'ensemble des Etats parties à la Convention, le niveau de sécurité d'un tel document doit être assuré afin d'éviter toute contrefaçon ou falsification. La préoccupation relative à la sécurisation des visas est apparue dès la signature du traité de Maastricht qui établissait une base juridique pour l'adoption d'un modèle uniforme de visa. En conséquence, un règlement de mai 1995 établissant un modèle type de visa imposait un ensemble de spécifications techniques « de très haut niveau » assurant une sécurité accrue des visas délivrés¹. Le texte prévoyait également les conditions procédurales permettant l'introduction au besoin de normes techniques supplémentaires². Une annexe au règlement exposait en outre les caractéristiques de la vignette adhésive devant correspondre au modèle type envisagé. Les caractéristiques techniques et sécuritaires du modèle uniforme de visa ont été par ailleurs intégrées à l'Instruction consulaire commune par renvoi, en son annexe 8, au règlement³.

Après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la Commission a proposé l'adoption de mesures complémentaires⁴. Les attentats du 11 septembre 2001 ont motivé⁵ la modification de la proposition initiale afin d'introduire, à l'invitation du rapporteur du Parlement européen⁶, la photographie du titulaire du visa dans le modèle type⁷. Désormais, un règlement n° 334/2002 prévoit, d'une part, l'insertion d'une photographie aux « normes de sécurité élevées » et, d'autre part, une modification du champ matériel des modifications des spécifications techniques⁸. Simultanément, le Conseil a adopté un modèle uniforme de feuillet pour l'apposition d'un visa aux titulaires d'un document de voyage non reconnu par l'Etat membre qui établit le feuillet⁹. Dans le même mouvement, l'utilisation de techniques d'identification biométriques aux fins de sécurisation des documents a été étendue aux titres de séjour délivrés par les Etats

1 Règlement (CE) n° 1683/95 du Conseil du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa, JO L 164/1 du 14.07.1995.

2 La Commission a exercé le pouvoir lui revenant d'introduire des spécifications techniques supplémentaires. Ces décisions n'ont cependant pas fait l'objet de publication conformément à l'article 3 du règlement (CE) n° 1683/95 lequel énonce que ces spécifications sont « secrètes ».

3 Annexe 8 de l'instruction consulaire commune adressée aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, JO C 310/1 du 19.12.2003, sp. 56-59.

4 Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa, COM(2001) 157 final du 23.03.2001.

5 Comme le démontre le document de travail de la Commission « Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection », COM(2001) 743 final du 05.12.2001.

6 Rapport parlementaire du député européen Sergio SOUSA PINTO, A5-0445/2001 du 04.12.2001, sp. 28-29.

7 Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa, COM(2001) du 09.10.2001.

8 Règlement (CE) n° 334/2002 du Conseil du 18 février 2002 modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa, JO L 53/7 du 23.02.2002.

9 Règlement (CE) n° 333/2002 du Conseil du 18 février 2002 établissant un modèle uniforme de feuillet pour l'apposition d'un visa délivré par les Etats membres aux titulaires d'un document de voyage non reconnu par l'Etat membre qui établit le feuillet, JO L 53/4 du 23.2.2002.

membres aux ressortissants de pays tiers¹. La thématique de la sécurisation de visas par l'utilisation de données biométriques s'est progressivement imposée comme une priorité opérationnelle de la politique commune des visas notamment au travers de la création d'un Système d'Information sur les visas. A cette fin, et sans entrer dans le détail de la mise en œuvre d'un instrument de dimension purement opérationnelle², les règles relatives à la numérotation du modèle type de visa ont été modifiées³.

L'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam a contribué à profondément consolider et harmoniser la politique des visas de court séjour. Ainsi, la Communauté détient désormais une compétence exclusive notamment en ce qui concerne la détermination des pays tiers soumis ou exemptés de l'obligation de visa. L'exclusivité de la compétence s'est d'ailleurs manifestée de manière importante dans l'aménagement du mécanisme de réciprocité prévu par le règlement n° 539/2001.

B. L'affirmation de la politique des visas de court séjour : le mécanisme de réciprocité

On se souvient que la compétence exclusive de la Communauté dans le domaine de la politique des visas s'est illustrée à l'occasion de la signature par les Etats membres au nom de la Communauté de la convention n° 185 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux gens de mer⁴. La compétence exclusive de la Communauté dans ce domaine ressort également de l'aménagement d'un mécanisme de réciprocité. Cependant, à la différence de la conclusion de la convention n° 185 de l'OIT, cette exclusivité de compétence a entraîné plusieurs difficultés, notamment dans le contexte des relations internationales.

Le mécanisme de réciprocité se conçoit comme un instrument de « riposte »⁵. Schématiquement, il doit permettre de rétablir l'obligation de visa lorsqu'un pays

1 Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JO L 157/1 du 15.06.2002.

2 Voir *infra*, titre II.

3 « Le mode de numérotation en vigueur ne permet notamment pas d'indiquer suffisamment de caractères sur les visas délivrés par les États membres qui reçoivent de nombreuses demandes. Il est donc fondamental d'appliquer un mode de numérotation cohérent et unique aux vignettes-visas aux fins de la vérification dans le VIS », Règlement (CE) n° 856/2008 du Conseil du 24 juillet 2008 modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa en ce qui concerne la numérotation des visas, JO L 235/1 du 02.09.2008.

4 La convention en cause porte notamment sur l'exemption de l'obligation de visa pour les gens de mer. Or, ce domaine relève de la compétence de la Communauté et cette dernière n'est pas partie à l'Organisation Internationale du Travail. En conséquence, le Conseil a adopté une décision autorisant les Etats membres à ratifier la convention. Décision 2005/367/CE du Conseil du 14 avril 2005 autorisant les États membres à ratifier dans l'intérêt de la Communauté européenne la convention de l'Organisation Internationale du Travail sur les pièces d'identité des gens de mer (Convention n° 185), JO L 136/1 du 30.05.2005.

5 « En outre, il est proposé de compléter le paragraphe 2 par un nouvel alinéa. Cet ajout résulte des discussions menées au Conseil et constitue un apport majeur au règlement proposé. Ces discussions

tiers figurant sur la liste « blanche » décide unilatéralement de rétablir l'obligation de visa pour les ressortissants d'un ou plusieurs Etats membres. L'article 1^{er}, paragraphe 4, du règlement n° 539/2001 organisait ainsi un mécanisme de réaction commune face à l'imposition de visas aux ressortissants des Etats membres par les pays figurant sur la liste « blanche ». Cette procédure visait à organiser une réponse collective conformément à la philosophie d'un espace commun et harmonisé¹. La procédure pouvait être déclenchée lorsqu'un Etat membre constatait qu'un pays tiers inscrit sur la liste « blanche » imposait une obligation de visa à l'endroit de ses ressortissants. La procédure était mise en œuvre lorsqu'un Etat membre « victime » décidait de notifier cette situation à la Commission et au Conseil. En conséquence, et 30 jours après notification, les Etats membres instaurent à titre provisoire une obligation de visa aux ressortissants du pays tiers auteur de la mesure, avant que la Commission n'examine toute demande du Conseil ou d'un Etat membre tendant à transférer le pays en cause de la liste « blanche » à la liste « noire »².

Le déclenchement d'une telle procédure était toutefois politiquement délicat et juridiquement contestable. Politiquement tout d'abord, une fois la notification effectuée, la mesure provisoire imposant l'obligation de visa aux ressortissants du pays tiers s'appliquait automatiquement à l'issue d'une période de trente jours. Cette automaticité était dépourvue de caractère négocié et susceptible d'engendrer une crise dans les relations extérieures des Etats membres et de l'Union. Par exemple, devait-on introduire une obligation de visa aux ressortissants des Etats-Unis si ces

ont en effet mis en évidence que le règlement est muet sur la façon de réagir à des situations pour lesquelles des mécanismes de réponse sont actuellement prévus par les clauses des accords bilatéraux d'exemption de visa que les Etats membres ont conclus avec tel ou tel pays tiers. Ces accords reposent sur le principe de la réciprocité et le rétablissement unilatéral de l'obligation de visa par une des parties à un tel accord entraîne en principe un même rétablissement de l'obligation de visa par l'autre partie à l'accord. Ce type de riposte, qui est mis en œuvre par le recours aux clauses de suspension ou même de dénonciation prévues par les accords bilatéraux. Le nouvel alinéa 3 proposé, qui s'inspire des travaux menés au Conseil à ce sujet, vise à mettre en place un mécanisme de réciprocité permettant une réaction à l'égard d'un pays tiers de l'annexe II qui rétablirait l'obligation de visa vis-à-vis des ressortissants d'un Etat membre. Cette réaction s'inscrit néanmoins dans le nouveau contexte de l'art 62 par. 2 b) i : la fixation des pays tiers dont les ressortissants sont exemptés de visa étant une compétence communautaire exclusive, la suspension de cette exemption doit, dans l'attente des futurs accords d'exemption de visa à conclure par la Communauté et les pays tiers, se faire dès à présent conformément à un mécanisme communautaire », Proposition modifiée de règlement du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de l'obligation, COM(2000) 577 final du 21.09.2000, sp. 3.

- 1 Le point 5 du préambule du règlement n° 539/2001, évoque d'ailleurs l'existence de « relations extérieures de l'Union » ce qui sous-entend « l'émergence d'objectifs propres à l'Union européenne », SCHMITTER C., JULIEN-LAFFERIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 120.
- 2 Il importe de souligner le caractère impératif de cet examen, lequel pourrait se muer en injonction en direction de la Commission. Or, cette procédure n'est pas conforme à l'article 67, paragraphe 3, du traité CE qui prévoit la procédure décisionnelle de droit commun pour les questions relevant de l'article 62, point 2), b), i) du traité CE. En d'autres termes, cet examen obligatoire de la demande réintroduit de fait un droit d'initiative indirect au profit du Conseil et des Etats membres. Il s'agit au fond d'une réappropriation par les Etats membres d'un pouvoir qu'ils avaient pourtant transféré à la Commission.

derniers obligeaient les ressortissants maltais à être en possession d'un visa pour entrer sur leur territoire ? Le rapport de force semblait disproportionné. Ensuite, le Conseil disposait toujours de la possibilité de bloquer les effets de la notification¹, mais dans ce cas, la décision du Conseil revenait à désavouer et à isoler l'Etat membre notifiant et pouvait rompre le principe de solidarité entre les Etats. Juridiquement ensuite, le système de réciprocité contrevenait au principe de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres en matière de visa. En effet, si la Communauté est parvenue dans ce domaine de la politique des visas à une « harmonisation totale »², l'action externe constitue alors une compétence externe exclusive de la Communauté. En conséquence, les Etats membres ne sont plus compétents pour intervenir. A l'évidence, la procédure prévue à l'article 1^{er}, paragraphe 4, du règlement n° 539/2001 n'était pas conforme au principe de répartition des compétences puisque les mesures provisoires étaient automatiquement déclenchées par l'effet de la notification des Etats membres et non une action de la Communauté, seule compétente pour agir. En pratique, et en dépit de l'imposition de l'obligation de visa aux ressortissants de certains Etats membres au cours de la période de transition³, la « réplique commune » n'a jamais été mise en œuvre⁴.

Sur proposition de la Commission⁵, le mécanisme de réciprocité a été modifié par un règlement n° 851/2005 afin de le rendre politiquement et juridiquement plus adapté⁶. Il s'agit désormais de confier à la Commission, après notification par l'Etat membre « victime » d'une mesure hostile, le soin d'engager des négociations auprès des autorités du pays tiers en vue du rétablissement de l'exemption de visa. Cette démarche présente l'avantage d'évacuer tout caractère automatique et de préserver une approche diplomatique indispensable à la politique des visas. A défaut d'une issue positive des pourparlers, la Commission peut soit soumettre au Conseil une proposition de mesure provisoire visant le rétablissement temporaire de l'obligation de visa, soit présenter

1 « dans le cas d'une telle notification, l'obligation des Etats membres de soumettre les ressortissants du pays tiers concerné à l'obligation de visa est instaurée à titre provisoire 30 jours après la notification susvisée, à moins que le Conseil, statuant au préalable à la majorité qualifiée, n'en décide autrement », article 1^{er}, paragraphe 4, point b), règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001.

2 Conformément au point 12 du préambule du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21.03.2001.

3 Voir le document de travail des services de la Commission JAI-B-1(2004)1372 du 18.02.2004.

4 Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, COM(2004) 437 final du 07.07.2004.

5 Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, COM(2004) 437 final du 07.07.2004.

6 Règlement (CE) n° 851/2005 du Conseil du 2 juin 2005 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, JO L 141/3 du 04.06.2005.

une proposition visant à transférer le pays tiers concerné dans la liste « noire ». Juridiquement, la proposition de la Commission correspond davantage au système de répartition des compétences puisqu'il revient à l'exécutif communautaire, et non aux Etats membres, d'engager et de proposer les procédures jugées nécessaires.

La nouvelle procédure de réciprocité a en pratique produit des effets immédiats. Plusieurs situations de non-réciprocité ont été notifiées au Conseil¹ déclenchant la phase de négociation avec les pays tiers. Cette dernière a abouti à des résultats positifs puisque plusieurs pays tiers ont levé l'obligation de visa imposée à certains citoyens européens². Plusieurs rapports de la Commission relatifs à l'impact de la nouvelle procédure de réciprocité et aux négociations en cours engagées par la Commission européenne témoignent de l'apport positif de ce nouveau mécanisme³, même si la position de certains pays tiers demeure encore problématique⁴.

Parmi les situations problématiques doit être spécifiquement mentionné le cas des Etats-Unis d'Amérique dont l'attitude vis-à-vis de plusieurs Etats membres a contribué à remettre en cause le mécanisme de réciprocité et partant la répartition

1 Deux vagues de notifications successives démontraient que certains pays tiers exemptés de l'obligation de visas imposaient cette obligation aux ressortissants des Etats membres suivants : Slovaquie, Estonie, Lettonie, Lituanie, Grèce, Allemagne, République tchèque, Pologne, Slovénie, Portugal, Chypre, Malte, Hongrie, Italie, Finlande (JO C 251 du 11.10.2005) et Danemark, Suède et Autriche (JO C 277/1 du 10.11.2005). Les pays membres de l'espace Schengen ont également activé la procédure auprès de la Commission européenne comme en témoigne les notifications de la Norvège et de l'Islande (JO C 310 du 8.12.2005).

2 Voir notamment les notifications suivantes. Entre parenthèses figurent les pays tiers ayant décidé de lever l'obligation de visas pour les ressortissants des Etats membres notifiant : Notification de la République slovaque concernant la réciprocité en matière de visa (Panama), JO C 327/1 du 23.12.2005 ; Notification de la République d'Estonie concernant la réciprocité en matière de visa (Panama), JO C 327/2 du 23.12.2005 ; Notification de la République d'Estonie concernant la réciprocité en matière de visa (Uruguay), JO C 27/1 du 03.02.2006 ; Notification par la République de Bulgarie concernant la réciprocité en matière de visa (Malaisie), JO C 62/2 du 07.03.2008 ; Notification par la Roumanie concernant la réciprocité en matière de visa (Brunei), JO C 161/2 du 25.06.2008 ; Notification par la Roumanie concernant la réciprocité en matière de visa (Singapour), JO C 161/3 du 25.06.2008.

3 Rapport de la Commission au Conseil concernant la réciprocité à l'égard de certains pays tiers en matière d'exemption de visa, COM(2006) 3 final du 10.01.2006 ; Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant le maintien de situations de non-réciprocité par certains pays tiers en matière d'exemption de visas, COM(2006) 568 final du 03.10.2006 ; Quatrième rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le maintien de l'obligation de visa par certains pays tiers en violation du principe de réciprocité, COM(2008) 486 final du 23.07.2008.

4 Les rapports de la Commission démontrent deux tendances. La première concerne les pays tiers qui imposent une obligation de visa aux ressortissants d'un seul Etat membre. La seconde concerne les pays tiers qui imposent une obligation de visa aux ressortissants de plusieurs Etats membres, généralement des Etats membres entrés dans l'Union européenne en 2004. Dans cette dernière catégorie de pays tiers, les Etats-Unis, le Canada et l'Australie posent des problèmes récurrents. Un rapport de la Commission souligne par ailleurs que des progrès restent à réaliser dans les négociations avec le Japon et le Panama qui maintiennent l'obligation de visa pour les ressortissants roumains et/ou bulgares. Concernant Singapour, l'exemption de visa pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne est limitée aux séjours de 30 jours en cas d'arrivée par voie aérienne et de 14 jours prorogables en cas d'arrivée par voie terrestre ou maritime. A ce sujet voir, Quatrième rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le maintien de l'obligation de visa par certains pays tiers en violation du principe de réciprocité, COM(2008) 486 final du 23.07.2008, sp. 7.

des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Continuant de soumettre plusieurs nouveaux Etats membres à l'obligation de visa¹, les Etats-Unis ont conditionné la levée de cette obligation à la conclusion d'accords bilatéraux dans le domaine de la sécurité intérieure. Afin d'être inscrits dans le Visa Waiver Program américain, plusieurs Etats membres ont accepté de négocier et de conclure des accords avec les Etats-Unis². Or, si les Etats membres demeurent compétents pour négocier des accords dans les domaines couverts par le troisième pilier de l'Union européenne, cette compétence ne leur appartient plus dans le domaine de la politique des visas³. Ainsi, en maintenant « des relations bilatérales directes avec le gouvernement américain en dépit de la compétence manifeste de la Communauté en la matière »⁴, certains Etats membres ont violé la compétence externe exclusive de la Communauté en matière de visas. Il est donc revenu au Conseil JAI d'avril 2008 de rappeler le principe de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres et de donner mandat à la Commission pour négocier dans les domaines relevant de la compétence communautaire⁵. Si cet épisode rappelle le principe de répartition des compétences, il expose aussi la fragilité de l'engagement européen de certains nouveaux Etats membres. En effet, soucieux d'obtenir un accord avec les Etats-Unis⁶, ces Etats membres ont « mis

- 1 « considérant que, depuis 2001, le Conseil dispense les ressortissants américains de l'obligation d'obtenir un visa ; considérant que, malheureusement, tous les citoyens de l'Union européenne ne bénéficient pas d'une exemption comparable, les Etats-Unis ayant maintenu l'obligation de visa pour les ressortissants de certains États membres (les pays concernés actuellement sont la Bulgarie, la République tchèque, l'Estonie, la Grèce, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Roumanie et la Slovaquie) et que le taux de refus de visa, fondé sur des critères opaques, est supérieur à 10 % des demandes » Proposition de résolution du Parlement européen sur les négociations entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique en matière d'exemption de visas, B6-0233/2008, 14.05.2008, sp. 2.
- 2 « En août 2007, les Etats-Unis ont adopté une nouvelle législation visant à moderniser leur programme d'exemption de visa. Les modalités d'application de cette nouvelle législation concernent tous les États membres de l'UE, qu'ils participent déjà à ce programme ou qu'ils aspirent à y adhérer. Les États-Unis ont commencé à mettre en œuvre cette réforme de leur programme d'exemption de visa et ont proposé à chaque État membre un projet de protocole d'accord sur les dispositions de la nouvelle législation qui se rapportent à la sécurité. Plusieurs Etats membres ont déjà signé ce protocole d'accord avec les Etats-Unis et d'autres suivront prochainement. Ce protocole d'accord sera complété par des modalités de mise en œuvre. Or, plusieurs conditions de la mise en œuvre du VWP relèvent de la compétence de la Communauté européenne », IP/08/612, 18 avril 2008.
- 3 « The new US VWP legislation has implications for both existing and future participants in the VWP and its implementation has the potential to impact on several other matters which the US connects with the participation in the VWP but which fall within the competence of the EC/EU and on which the EC/EU may already have adopted internal legislation or concluded agreements with the USA and in respect of which the Member States are therefore constrained as regards their freedom to act », *Doc. 7338/08* du 5 mars 2008, sp. 2.
- 4 Proposition de résolution du Parlement européen sur les négociations entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique en matière d'exemption de visa, B6-0233/2008 du 14.05.2008, sp. 3.
- 5 « Lors de la réunion de la troïka ministérielle entre l'UE et les Etats-Unis qui s'est tenue le 13 mars en Slovénie, une approche duale a été convenue entre l'UE et les Etats-Unis pour l'examen de cette question. L'approche duale se caractérise essentiellement par le fait que la Commission discutera des questions relevant de la responsabilité de l'UE avec les Etats-Unis tandis que les Etats membres de l'UE discuteront des questions qui sont de leur ressort », Conseil JAI du 18 avril 2008, *Doc. 8397/08*, sp. 11.
- 6 Voir à ce sujet, *Europolitique*, n° 3490, 13 mars 2008, sp. 16.

à mal »¹ le principe de coopération loyale², fondement essentiel de la construction communautaire³.

La communautarisation de l'acquis de Schengen et l'action de la Communauté ont permis la mise en œuvre d'une politique commune dans le domaine de la politique des visas. Si la reconnaissance d'une compétence exclusive dans la détermination des pays soumis ou exemptés de l'obligation de visa en constitue une preuve irréfutable, l'encadrement progressif des conditions de délivrance des visas, en ce compris les différentes règles relatives aux facilitations, témoignent également d'un approfondissement majeur de l'action commune dans ce domaine. L'adoption du Code communautaire des visas finalise ce processus. Malgré un phénomène d'intégration majeur, les Etats membres conservent encore certaines marges de manœuvre dans le domaine.

II. LA PRÉSERVATION DE MARGES DE MANŒUVRE AU PROFIT DES ÉTATS MEMBRES

La politique des visas de court séjour est fortement intégrée et a, dans de nombreux domaines, restreint voire épuisé la compétence des Etats membres. Ainsi, par exemple, les Etats membres ne peuvent imposer d'obligation de visas aux ressortissants de pays tiers figurant sur la « liste blanche », dans la mesure où ces ressortissants « tirent des droits du droit communautaire »⁴, de même qu'ils ne peuvent négocier avec un pays tiers figurant sur la « liste blanche » la levée d'une obligation de visa. Cela étant, et pour intégrée qu'elle soit, la politique des visas de court séjour préserve parallèlement d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres. C'est tout d'abord le cas en matière d'accès au territoire étant entendu que « si le visa est une condition

1 Comme le souligne le Parlement européen, « considérant que, même pour les matières relevant de la compétence exclusive des États membres, le principe de coopération loyale pourrait être mis à mal par des accords bilatéraux prévoyant des conditions différentes d'octroi de l'exemption de visa pour certains États membres, ce qui entraînerait des différences de traitement entre les citoyens des États membres en matière de visas », Proposition de résolution du Parlement européen sur les négociations entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'exemption de visa, B6-0233/2008 du 14.05.2008, sp. 4.

2 Article 10 du traité CE « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté.

Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

3 Voir à ce sujet BLANQUET M. « L'article 5 du traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté » L.G.D.J. 1994, 502 p.

4 SCHMITTER C., JULIEN-LAFFERIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 151.

d'entrée sur le territoire, il ne constitue pas un titre conférant un droit d'entrée »¹. Ce principe figurant dans les instructions consulaires communes² est repris dans le Code communautaire des visas³. C'est ensuite le cas en ce qui concerne les conditions de délivrance des visas. Ici, les Etats membres conservent encore de confortables marges de manœuvre. Deux situations doivent être distinguées. Celle du maintien de marges de manœuvre au profit des Etats membres (A) et celle de l'encadrement par le droit communautaire des marges de manœuvre des Etats membres (B).

A. Le maintien des marges de manœuvre des Etats membres

Le droit communautaire ne pousse pas l'harmonisation jusqu'à déposséder les Etats membres de certaines marges de manœuvre discrétionnaires. Cela est le cas pour la détermination de certaines conditions relatives à la délivrance des visas (1) et en ce qui concerne la décision de délivrer le visa (2).

1. Les conditions de délivrance des visas

Les dispositions de la Convention de Schengen relatives à la délivrance des visas⁴ étaient rédigées de telle sorte qu'elles autorisaient une marge d'appréciation importante au bénéfice des Etats parties. Ainsi, l'absence de réelle harmonisation des critères de délivrance des visas tels que l'ordre public ou la sécurité intérieure, les moyens permettant de justifier l'objet du voyage ou encore le barème fixant le niveau minimal des moyens de subsistance constituaient autant de paramètres qui relevaient largement de l'appréciation des Etats membres. En pratique, ces critères pouvaient faire l'objet d'interprétations divergentes et, par conséquent, influencer lourdement le volume des visas attribués par les Etats membres⁵. En outre, si les Instructions consulaires communes donnaient quelques recommandations en matière de délivrance des visas, ces dernières étaient indicatives⁶.

1 SCHMITTER C., JULIEN-LAFFERIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 149.

2 « Le fait d'être en possession d'un visa uniforme ne confère pas de droit d'entrée irrévocable », Instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière des parties contractantes de l'accord de Schengen, JO C 310/1 du 19.12.2003, sp. 5.

3 « Le fait d'être en possession d'un visa uniforme ou d'un visa à validité territoriale limitée ne suffit pas à conférer de droit d'entrée irrévocable », Article 30 du Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

4 En particulier l'article 5 de la Convention de Schengen.

5 Voir sur ce point, CHOLEWINSKI R. « Borders and Discrimination in the European Union », ILPA London & MPG Brussels, 2002, 76 p., sp. 28-29.

6 Instructions consulaires communes, adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, JO C 310/1 du 19.12.2003, sp. 10-12.

La communautarisation n'a pas modifié cette tendance. En guise d'illustration de cette opposition des États membres à observer la dilution de leur souveraineté dans la règle commune, ils n'ont pas donné suite à une initiative française visant à encadrer certaines conditions de délivrance des visas¹. Cette initiative visait à introduire un montant quotidien de référence des moyens de subsistance dont tout étranger doit justifier à son entrée sur le territoire des États membres². Dans ce contexte, le Code communautaire des visas ne bouscule pas non plus l'état du droit existant. En effet, les moyens de subsistance suffisants sont évalués « par référence aux prix moyens en matière d'hébergement et de nourriture dans l'État membre ou les États membres concernés (...) sur la base des montants de référence arrêtés par les États membres conformément à l'article 34, paragraphe 1, point c), du code frontières Schengen »³. Si cette disposition peut apparaître logique, en raison notamment des différences de niveau de vie entre les États membres, elle illustre le souhait des États membres de disposer de marges de manœuvre. Concernant les documents justifiant le voyage dans un État membre, une annexe au Code communautaire des visas en établit la liste. Seulement cette dernière n'est pas exhaustive⁴. Ainsi, l'annexe II indique « les justificatifs visés à l'article 14, que les demandeurs de visas doivent produire, sont notamment les suivants ». L'adverbe « notamment » démontre que dans ce domaine les États membres disposent encore d'importantes marges d'appréciation.

2. La décision de délivrer le visa

À l'instar du dispositif Schengen, le Code communautaire des visas détermine les conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers pour la délivrance d'un visa de court séjour mais ne préjuge en rien de la décision finale adoptée par les autorités nationales. En effet, le droit communautaire ne crée pas un droit à la délivrance du visa, sauf cas particulier des membres de la famille du citoyen européen⁵, et n'oblige par conséquent pas les autorités nationales à le délivrer. Ainsi, si l'article 21 du Code communautaire des visas pose les règles relatives aux vérifications incombant aux autorités nationales au moment de l'examen de la demande de visa, l'article 32,

1 Projet d'initiative de la République française en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative aux conditions de délivrance des visas par les États membres », *Doc. 8297/4/00* du 08.12.2000.

2 L'annexe du projet de décision prévoyait que « Le montant de référence commun des moyens de subsistance dont tout étranger doit pouvoir justifier à son entrée sur le territoire des Parties contractantes est de : 40 € / jour ».

3 Article 21, paragraphe 5, du Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

4 Article 14, paragraphe 3, du Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

5 La Cour de justice a notamment jugé dans une affaire MRAX que « (...), les articles 3, paragraphe 2, de la directive 68/360 et 3, paragraphe 2, de la directive 73/148 précisent que « [l]es États membres accordent à ces personnes toutes facilités pour obtenir les visas qui leur seraient nécessaires ». Cela signifie que, sous peine de méconnaître le plein effet des dispositions précitées des directives 68/360 et 73/148, la délivrance du visa doit intervenir dans les plus brefs délais et, dans la mesure du possible, sur les lieux d'entrée sur le territoire national », CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme et la xénophobie ASBL (MRAX) et Etat belge*, aff. C-459/99, Rec. I-6591, point 60.

paragraphe 1^{er}, point b) indique que « s'il existe des doutes raisonnables sur l'authenticité des documents justificatifs présentés par le demandeur ou sur la véracité de leur contenu, sur la fiabilité des déclarations effectuées par le demandeur ou sur la volonté de quitter le territoire des Etats membres avant l'expiration du visa demandé », le visa est refusé. Cette disposition valide le caractère conditionnel de la délivrance du visa et atteste de la discrétion des autorités nationales. L'absence de définition de la notion de « doute raisonnable », héritée du contexte classique des négociations internationales¹, témoigne de ce que les Etats membres ont revendiqué un encadrement « indicatif » de leurs prérogatives.

L'absence d'obligation communautaire relative à l'obligation de délivrance des visas est parfaitement illustrée par le ministre français de l'Intérieur, lequel déclarait en janvier 2003 que « la France doit définir une politique précise et revendiquée de délivrance des visas. (...) A cette fin, nous devons réfléchir à l'opportunité qu'il y aurait à déterminer un ordre de grandeur du nombre de visas que chacun des consulats serait habilité à délivrer »². Autrement dit, les Etats membres peuvent déterminer une politique de quotas en matière de visas. La seule responsabilité qui leur incombe est de ne pas délivrer de visas dès lors qu'un risque migratoire existe³, indépendamment de l'existence d'un lien réel entre la politique des visas et la politique de lutte contre l'immigration clandestine⁴. En définitive, la « politique commune » des visas prônée par les Etats membres⁵ s'inscrit dans une approche restrictive basée avant tout sur le « risque d'immigration illégale ou (...) la sécurité des Etats membres que présenterait

1 « Le scénario change lorsque l'auteur se comporte comme quelqu'un qui formule une règle, non plus comme une communication sociale, non plus comme une obligation ou un droit communiqué aux citoyens, mais plutôt dans le but de consigner par écrit l'exact résultat d'une négociation, à savoir un résultat déjà connu de toutes les parties impliquées. Cela arrive dans le cas d'un texte négocié au niveau international (...). De tels textes n'ont pas pour vocation première d'être formulés clairement : souvent, au contraire, leur opacité permet de parvenir plus aisément à un accord. Cela s'appelle l'« ambiguïté constructive ». Il n'est pas rare que, dans une salle de négociation, des reproches soient formulés à l'encontre d'un texte jugé « trop clair ». Le choix réside alors entre l'adoption d'un texte qui soit moins clair ou l'impossibilité d'adopter quelque texte que ce soit », PIRIS J.-C. « Union européenne : comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 Etats membres », R.D.P. n° 2-2005, pp. 475-491, sp. 482.

2 Nicolas SARKOZY, *Le Monde*, Point de vue, 18 janvier 2003.

3 « S'agissant du risque migratoire : l'appréciation relève de l'entière responsabilité de la représentation diplomatique ou consulaire », Instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, JO C 310/1 du 19.12.2003, sp. 11.

4 Point que soulevait la Commission européenne au sujet du transfert de l'Equateur sur la liste « noire ». Arguant du manque de temps pour procéder à une évaluation de l'impact de cette décision, la Commission ajoutait « Cette appréciation sera indispensable et pourrait confirmer l'existence éventuelle d'un lien direct entre la soumission à l'obligation de visa et le ralentissement de l'immigration clandestine », Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Etude sur les liens entre immigration légale et immigration clandestine », COM(2004) 412 final du 04.06.2004, sp. 15.

5 « Il conviendra de poursuivre la mise en place d'une politique commune active en matière de visas et de faux documents (...) », Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, Bull.-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 10, point 22.

le demandeur »¹. Indépendamment des assouplissements introduits au coup par coup en matière de facilitation de délivrance des visas², la politique commune ne semble pas s'extraire pour l'heure de cette vision étriquée. Or, les défis futurs appellent une réflexion d'envergure sur les effets de la politique des visas, qu'il s'agisse de la nécessité de limiter les décès en mer occasionnés par des conditions restrictives de délivrance des visas de court séjour ou encore d'une régulation plus souple du phénomène migratoire dans le cadre de la migration circulaire. Sans prétendre en l'état actuel pouvoir aboutir à la suppression des visas de court séjour³, une réflexion en ce sens mériterait d'être abordée sérieusement. A défaut de celle-ci, la politique des visas demeure encore largement déterminée par les ministres compétents de chaque Etat membre qui refusent d'être contraints dans un domaine encore perçu comme relevant des prérogatives régaliennes des Etats. En conséquence, le droit communautaire leur octroie encore d'importantes marges de manœuvre.

En tout état de cause, la souveraineté des Etats membres dans ce domaine est totale qu'il s'agisse du refus de délivrer le visa ou encore de son acceptation. Sur ce dernier point, la Convention de Schengen leur reconnaît la liberté d'accepter sur leur territoire une personne qui ne remplit pas les conditions d'admission établies par l'article 5, paragraphe 1. Dans ce cas, les autorités nationales délivrent un visa à validité territoriale limitée sur le fondement de motifs formulés en termes généraux⁴. Au-delà du nombre important de visa à validité territoriale limitée délivrés par les Etats membres, une forte hétérogénéité existe dans les pratiques nationales. D'une part, les Etats membres n'ont pas toujours la même appréciation des raisons justifiant l'octroi d'un tel visa⁵ et, d'autre part, ils en délivrent un nombre élevé sans tenir compte des conditions procédurales requises⁶. Les précisions apportées par le Code communautaire des visas

1 Article 21, paragraphe 1^{er}, du Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

2 Voir *supra*.

3 Pour une proposition en ce sens, voir CARLIER J.-Y. « Pour la suppression des visas : du pas suspendu du gitan au temps des cigognes, de la libre circulation à la circulation libre », UCL/IEE, Documents, n° 5, 1997, 8 p.

4 Les parties contractantes sont autorisées à déroger aux règles communes « pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales », article 5, paragraphe 2, de la Convention de Schengen.

5 Ce que reconnaît le Conseil « En outre, on a constaté que le nombre de VTL [visa à validité territoriale limitée] délivrés dans certains pays tiers variaient considérablement. On a invoqué le fait que, dans de nombreux cas, ces différences sont liées à des « intérêts économiques » ou traduisent un moyen de contourner les procédures de consultation. Ce phénomène semble découler d'une interprétation très large de la règle selon laquelle les VTL ne devraient être utilisés qu'à titre exceptionnel, pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou des raisons d'obligations internationales », Rapport sur la coopération consulaire au niveau local dans le cadre de l'accord de Schengen durant la présidence irlandaise, *Doc. 12373/04* du 17.09.2004, sp. 7.

6 « Il ressort du bilan fait par la présidence française que certaines représentations délivrent un nombre élevé de visas de ce type et qu'en outre, certaines d'entre elles ne respectent que sporadiquement l'obligation d'information et de motivation », Coopération consulaire commune, *Doc. 7819/1/01* du 30.04.2001, sp. 5.

sur les motifs de délivrance des visas à validité territoriale limitée ne modifient pas fondamentalement cette situation¹.

Si le droit communautaire institue des règles relatives à l'instruction des demandes de visa, il maintient encore d'importantes marges de manœuvre au profit des Etats membres et n'entend nullement les contraindre à la délivrance d'un visa.

B. L'encadrement des marges de manœuvre des Etats membres

Le droit communautaire en cours de construction dans le domaine des visas tend progressivement à encadrer des situations que la coopération de Schengen avait laissées à la discrétion des Etats membres. Si l'encadrement des conditions de délivrance des visas à des catégories particulières de personnes en constitue un exemple², les cas des recours contre les décisions de refus de visa (1) et l'obligation de motivation (2) s'avèrent décisifs.

1. Les voies de recours

Les textes adoptés dans le domaine des visas ne contiennent aucune obligation de recours³. Les conditions de délivrance des visas ainsi que les décisions d'octroi ou de refus de visa ne peuvent dès lors être contestées que dans la mesure où le droit interne organise de tels recours⁴. Or cela n'est pas le cas de tous les Etats membres⁵ et quand bien même les recours existeraient, le juge national exerce un contrôle minimal ou

1 Article 25 du règlement (CE) n° 810/2009.

2 Le règlement (CE) n° 539/2001 prévoyait que les Etats membres pouvaient déroger aux dispositions relatives à l'obligation ou l'exemption des visas notamment pour les titulaires de passeports diplomatiques, de passeports de services et autres passeports officiels. Le règlement (CE) n° 1932/2006 modifie l'article 4, paragraphe 1^{er}, a), du règlement (CE) n° 539/2001 et soumet désormais la détermination du régime applicable à ces personnes à une décision du Conseil, conformément aux pouvoirs d'exécution que ce dernier a conservé dans le domaine de la politique des visas. Voir l'article 1^{er} du règlement (CE) n° 1932/2006, Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.

3 Voir BROUWER E. « Data Surveillance and Border Control in the EU : Balancing Efficiency and Legal Protection » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 137-154, sp. 154 ; SCHMITTER C., JULIEN-LAFFERIERE F. e-t CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 155.

4 « La procédure et les recours possibles dans le cas où la représentation diplomatique ou consulaire d'une partie contractante refuse d'instruire une demande ou de délivrer un visa sont régis par le droit de cette partie contractante », Instructions consulaires communes, adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, JO C 310/1 du 19.12.2003, p. 15, point 2.4.

5 Voir SCHMITTER C., JULIEN-LAFFERIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 155.

restreint de la mesure¹. L'absence de voie de recours constitue malgré tout une situation peu compatible avec le principe communautaire du contrôle juridictionnel effectif² selon lequel « les justiciables ne peuvent pas être privés, par l'effet de règles procédurales internes, du droit de faire valoir par la voie juridictionnelle les droits qui leurs sont reconnus par le droit communautaire »³. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice et la proposition de Code communautaire des visas ouvrent d'importantes perspectives en matière de contrôle juridictionnel et ce faisant d'encadrement de l'action des autorités nationales.

L'apport de la jurisprudence communautaire concerne le contrôle des décisions nationales de refus de visas adoptées sur le fondement de l'ordre public et de la sécurité intérieure⁴. Si l'article 64, paragraphe 1^{er}, du traité consacre une réserve de souveraineté au profit des Etats membres dans le domaine de la politique migratoire⁵ et exclut *a priori* le contrôle du juge de Luxembourg, rien ne permet de préjuger de l'attitude du juge communautaire. En effet, et sur le fondement de la jurisprudence relative aux visas de transit aéroportuaire⁶, le juge communautaire peut déterminer la portée de son exclusion. En d'autres termes, le juge communautaire peut souhaiter délimiter le champ de la notion d'ordre public et déterminer ainsi la portée de son intervention. Concrètement, s'il estime que la décision nationale relève de l'ordre public son contrôle est alors exclu. En revanche, le juge communautaire peut estimer que la mesure nationale relève d'un autre motif et considérer dès lors qu'il est compétent pour statuer. En délimitant le champ de la notion d'ordre public, le juge peut ainsi encadrer les conditions d'utilisation de cette notion notamment dans le domaine de la délivrance des visas.

Le code communautaire des visas tente d'améliorer la situation. L'article 32 du Code prévoit que les demandeurs qui font l'objet d'une décision de refus de visa « peuvent former un recours contre cette décision ». Si la voie à la reconnaissance d'un recours est ouverte, il importe de noter que le règlement ne valide pas sur ce point la proposition

1 Le juge administratif français exerçant dans ce cas de figure un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, voir notamment LISSOUK F.-F. « Le contrôle juridictionnel des refus de visas : tendances permanentes et évolutions récentes », L.P.A., 19 juin 2003, n° 122, pp. 4-14, sp. 11.

2 CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. 1663, point 19.

3 SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 2001, 3^{ème} édition, 779 p., sp. 418.

4 Ce choix n'est pas arbitraire dans la mesure où les motifs de refus de visa reposent majoritairement sur l'ordre public ou la sécurité intérieure, voir en ce sens COURNIL C. « Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales », Thèse, Toulouse I, 2004, p. 54.

5 Article 64, paragraphe 1^{er}, du traité CE « Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

6 Cette affaire concernait un recours en annulation introduit contre un acte adopté sur le fondement du troisième pilier de l'Union européenne. Or, en application du traité, la Cour de justice n'était pas compétente pour contrôler la validité de ces actes. Sans remettre en cause les termes du traité, la Cour de justice s'est toutefois déclarée compétente afin de contrôler si l'acte avait effectivement pour base juridique le troisième pilier et conclure à son incompétence. CJCE, 12 mai 1998, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-170/96, Rec. I-2763.

de la Commission qui prévoyait la consécration d'un droit de recours¹ au bénéfice des demandeurs auxquels le visa est refusé². Le caractère optionnel du droit de recours est regrettable. A tout le moins, peut-on concevoir qu'il s'agit ici d'une première étape vers une reconnaissance généralisée d'un droit de recours dans ce domaine, et partant en direction de l'établissement d'une véritable « Communauté de droit ».

2. *L'obligation de motivation*

A l'instar des voies de recours, le droit communautaire n'imposait aucune obligation de motivation dans le cas de refus de visa et renvoyait par conséquent au droit interne³. Toutefois, les instructions consulaires communes invitaient les Etats membres, dans l'hypothèse où la législation nationale prévoyait une telle obligation, à adopter une motivation commune dès lors que le refus de visa était fondé sur l'une des conditions de délivrance établies par la convention de Schengen⁴.

Le Code communautaire des visas améliore la situation dans la mesure où l'article 32, paragraphe 2, indique que « la décision de refus et ses motivations sont communiquées

1 Article 23, paragraphe 3, « Les demandeurs auxquels le visa est refusé disposent d'un droit de recours. Le recours est formé conformément au droit national. Une liste de points de contact pouvant fournir des informations sur les personnes habilitées à agir au nom des demandeurs conformément au droit national leur est remise », Projet de proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, COM(2006) 403 final du 19.07.2006.

2 Exception faite des recours contre les décisions d'irrecevabilité lesquelles en application de l'article 19, paragraphe 3, de la proposition « ne sont pas susceptibles de recours », Projet de proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, COM(2006) 403 final du 19.07.2006, sp. 56.

3 « La notification et la motivation des refus sont régies à l'heure actuelle par la législation nationale des États membres, la conséquence étant que certains ne notifient ni ne motivent leur refus au demandeur, tandis que d'autres ne motivent que les refus concernant certaines catégories de demandeurs. Le code frontières Schengen, récemment adopté, contient des dispositions contraignant les autorités compétentes à motiver leurs décisions de refus d'entrée, les raisons précises devant en être exposées au moyen d'un formulaire type à transmettre au ressortissant de pays tiers débouté.

Pour des raisons de transparence et d'égalité de traitement des demandeurs de visa et afin de garantir la cohérence de la législation afférente, la politique commune des visas doit également couvrir cette question essentielle. À cette fin, des dispositions ont été introduites, obligeant les missions diplomatiques et consulaires des États membres à notifier, mais aussi à motiver, leurs refus dans tous les cas », Projet de proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, COM(2006) 403 final du 19.07.2006, sp. 10. Voir également, SCHMITTER C., JULIEN-LAFFERIERE F. et CARLIER J.-Y. « Vers une politique communautaire des visas de court séjour ? » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169, sp. 154-155.

4 « En cas de refus de visa et si les dispositions nationales prévoient la motivation de ce refus, celui-ci doit être motivé sur la base de la formulation suivante :

« Le visa demandé vous a été refusé en conformité avec l'article 15 et en relation avec l'article 5 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 étant donné que vous n'avez pas satisfait aux conditions prévues aux points a), c), d) et e), de l'article 5, paragraphe 1, de cette même convention (encercler ce qui convient) qui stipule... (énoncé de la ou des conditions qui entrent en ligne de compte) ».

Instructions consulaires communes, adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, JO C 310/1 du 19.12.2003, p. 15, point 2.4.

au demandeur au moyen du formulaire type figurant à l'annexe VI ». L'annexe VI du Code communautaire des visas institue un formulaire type pour notifier et motiver le refus de visa. Etabli sous une forme simplifiée, il impose aux autorités nationales de cocher la ou les cases correspondantes aux motifs de refus de visa. De ce point de vue, le Code communautaire doit contribuer à harmoniser les droits nationaux et limiter de manière progressive l'autonomie des autorités nationales au bénéfice des demandeurs de visa.

L'intégration communautaire en matière de visa poursuit son chemin. Tout en ménageant la souveraineté des Etats membres, notamment dans le domaine de la délivrance des visas¹, le droit communautaire encadre progressivement leurs marges de manœuvre. En réalité, ce mouvement reflète une des caractéristiques de la construction communautaire, celle du *spill over*. Autrement dit, lorsqu'une matière est saisie par le droit communautaire, s'institue alors un phénomène d'intégration graduelle qui a pour effet d'harmoniser progressivement les règles et pratiques nationales dans le domaine considéré².

Indépendamment de la préservation de certaines prérogatives et marges de manœuvre nationales, l'action législative de la Communauté dans le domaine du franchissement des frontières procède à une harmonisation complète de certains domaines. En effet, qu'il s'agisse des conditions de franchissement de la frontière extérieure des Etats membres ou encore de la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou exemptés de l'obligation de visa, les règles applicables sur l'ensemble des Etats membres, exception faite des Etats membres en dérogation, sont communautaires. Cette harmonisation complète explique en partie pourquoi ces politiques ont fait l'objet d'un prolongement opérationnel inédit en droit communautaire.

La politique des visas de court séjour et celle de la gestion des frontières extérieures constituent deux domaines spécifiques de la politique de lutte contre l'immigration irrégulière³, notamment en ce que l'harmonisation communautaire est totale. L'action

1 Comme l'a par ailleurs écrit un auteur « (...) l'octroi des visas obéit à la théorie de la souveraineté qui confère aux seules autorités diplomatiques et consulaires un très large pouvoir d'appréciation dont le but est la maîtrise de l'immigration », LISSOUK F.-F. « Le contrôle juridictionnel des refus de visas : tendances permanentes et évolutions récentes », L.P.A., 19 juin 2003, n° 122, pp. 4-14, sp. 5.

2 Comme l'explique le programme de La Haye qui proposait une « plus grande harmonisation (...) des modalités de délivrance des visas dans les missions consulaires locales », Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 7, point 1.7.3.

3 Le thème de la lutte contre l'immigration irrégulière couvre de nombreux domaines de l'action communautaire. La Commission européenne a ainsi recensé les six domaines suivants : la politique en matière de visa ; l'infrastructure pour l'échange d'informations, la coopération et la coordination ;

de la Communauté dans les autres domaines est néanmoins importante au point d'assister à une harmonisation progressive des dispositifs de lutte contre l'immigration irrégulière.

SECTION 2. L'HARMONISATION PROGRESSIVE DE LA LUTTE CONTRE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE

Abordée dans le cadre intergouvernemental et absorbée par le traité d'Amsterdam, la lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier¹ a fait l'objet d'une attention prioritaire², voire d'un « enthousiasme particulier »³ manifesté par les Etats membres. Deux voies différentes, mais essentielles, sont abordées. La première concerne la difficile question de l'évaluation des personnes en séjour irrégulier. En effet, si Eurostat évalue à 500 000 le nombre de personnes qui pénètrent chaque année irrégulièrement sur le territoire de l'Union européenne⁴, les chiffres demeurent incertains⁵ en raison

la gestion des frontières ; la coopération policière ; la législation sur les étrangers et le droit pénal ; la politique de retour et de réadmission. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM(2001) 672 final du 15.11.2001.

- 1 Les termes immigration clandestine et séjour irrégulier figurent aux articles 63, point 3) du traité CE et 79, paragraphe 2, point c) du TFUE. La grande majorité des textes adoptés et documents publiés dans ce domaine utilisent plus fréquemment et/ou à titre générique la terminologie « immigration irrégulière ». Cela est notamment le cas d'un texte majeur dans ce domaine, la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. En conséquence, les développements qui suivent feront référence à l'immigration irrégulière. Pour une autre justification de l'utilisation du terme irrégulier en lieu et place de clandestin, voir notamment CHOLEWINSKI R. « Preventing Irregular Migration » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 95-119, sp. 98-99.
- 2 « Il convient d'accorder en particulier la priorité à la lutte contre l'immigration illégale d'une part, tout en assurant d'autre part l'intégration et le respect des droits des ressortissants de pays tiers séjournant légalement dans l'Union européenne, ainsi que la protection de ceux qui en ont besoin, même s'ils ne remplissent pas pleinement les critères de la convention de Genève », Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de la mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil Justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998 », JO C 19/1 du 23.01.1999.
- 3 PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., sp. 10.
- 4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000, sp. 14.
- 5 Si bien que les services de la Commission ne les emploient plus. Voir sur ce point, CHOLEWINSKI R. « Preventing Irregular Migration » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 95-119, sp. 99-100.

de l'absence de méthode de calcul et d'évaluation communes¹. Ainsi, un règlement n° 862/2007 met un terme à cette situation en créant un instrument statistique communautaire² qui doit permettre une approche commune du phénomène et des réponses, politiques et juridiques, à y apporter. La seconde voie, plus substantielle, consiste à développer de manière importante le cadre juridique de la lutte contre l'immigration irrégulière. Dans un domaine animé par le pouvoir d'initiative partagée des Etats membres³, l'action de la Communauté vise, d'une part, à consolider l'acquis de Schengen et, d'autre part, à approfondir l'harmonisation législative. Ce mouvement concerne tout autant le domaine de la répression de l'immigration irrégulière (I) que celui de la politique du retour (II).

Sous-section 1. LA RÉPRESSION DE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE

Si la gestion des flux migratoires comprend un volet permettant de prévenir les flux irréguliers, par l'intermédiaire de la politique des visas ou le développement de partenariats avec les pays tiers⁴, la lutte contre l'immigration irrégulière comprend également un versant répressif. Ce dernier vise à sanctionner les personnes ou organismes qui contribuent à l'arrivée de ressortissants de pays tiers ne remplissant pas les conditions requises pour entrer et séjourner sur le territoire commun. Ce dispositif, qui développe et étend les règles adoptées dans le cadre Schengen, comprend les sanctions imposées aux transporteurs (I) et les sanctions visant à réprimer les personnes concourant à l'entrée et au séjour irréguliers (II).

1 A l'occasion d'une audition devant une commission d'enquête du Sénat sur l'immigration clandestine, François HERAN, directeur de l'Institut national d'études démographiques, a exposé les différentes méthodes utilisées pour tenter d'évaluer l'importance de l'immigration clandestine. Voir, Bulletin des Commissions du Sénat, n° 12, 24 décembre 2005, sp. 2864-2865.

2 Règlement (CE) n° 862/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 relatif aux statistiques communautaires sur la migration et la protection internationale, et abrogeant le règlement (CEE) n° 311/76 du Conseil relatif à l'établissement de statistiques concernant les travailleurs étrangers, JO L 199/23 du 31.07.2007.

3 A une exception près (voir l'initiative portugaise relative à l'exemption de visa, JO C 164/6 du 14.06.2000), l'action des Etats membres en matière d'initiative s'est exclusivement concentrée sur ce domaine. Il importe de noter que ce texte n'a jamais été adopté et qu'il a été remplacé par une proposition de la Commission.

4 Voir *supra*.

I. LES SANCTIONS IMPOSÉES AUX TRANSPORTEURS

L'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen impose trois obligations aux Etats membres en matière de sanction des transporteurs. La première vise à ce qu'ils introduisent dans leurs législations une obligation pour le transporteur de s'assurer de la validité des documents de voyage requis pour entrer sur le territoire des Etats parties. La seconde prévoit que les règles nationales obligent les transporteurs à reprendre en charge sans délai les ressortissants de pays tiers dépourvus des documents valides. Enfin, les Etats membres sont invités à prendre des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent dans les Etats membres des personnes dépourvues des documents requis. Ces règles établies par la convention de Schengen sont conservées par le droit communautaire qui en complète le dispositif par une directive n° 2001/51/CE¹ (A). Toutefois, les précisions introduites par la directive n'évacuent pas les critiques que ce dispositif suscite au regard notamment de la charge que ce système impose aux compagnies de transport (B).

A. Un dispositif précisé par la directive 2001/51/CE

La directive complète le dispositif de Schengen² afin « d'en accroître l'efficacité »³. Ainsi, le texte communautaire étend le champ d'application de la directive au cas du transit (1) et procède à une harmonisation des sanctions pécuniaires (2) qui constitue « l'élément essentiel de la directive »⁴.

1 Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187/45 du 10.07.2001.

2 La directive procède à une filiation directe avec la convention de Schengen puisqu'elle complète l'article 26 de la convention. Cette option tranche par rapport à l'initiative française qui avait préféré établir un cadre juridique autonome (Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des Etats membres des ressortissants de pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis, JO L 269/8 du 20.09.2000). En conséquence, le texte communautaire impose d'avoir deux textes à disposition, convention de Schengen et directive, pour saisir le sens et l'articulation des règles, ce qui ne constitue pas une approche très pédagogique. A ce sujet, voir notamment DE BRUYCKER P. « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 » in CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 417-424, sp. 418.

3 Voir, *Doc. 10701/00* du 31 août 2000, sp. 2.

4 DE BRUYCKER P. « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 » in CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 417-424, sp. 418.

1. L'extension du champ d'application au transit

Contribuer à la lutte contre l'immigration irrégulière par l'imposition de sanctions aux transporteurs implique de déterminer les compagnies de transport visées par le texte. Si l'initiative française avait proposé une nouvelle définition¹, par ailleurs critiquée pour son cadre restreint², la directive conserve la définition de la convention de Schengen. Cette dernière définit le transporteur comme « toute personne physique ou morale qui assure, à titre professionnel, le transport de personnes par voie aérienne, maritime ou terrestre ». Par conséquent, les transporteurs de marchandises n'entrent pas dans le champ de la directive et sont exonérés de l'obligation de contrôle prévue par cette dernière³. En revanche, leur responsabilité est engagée dès lors qu'ils se livrent à une activité d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier⁴.

Le dispositif Schengen prévoit deux obligations pesant sur les transporteurs. La première ne s'applique qu'aux transporteurs par voie aérienne et maritime et les oblige à s'assurer que le ressortissant de pays tiers est en possession des documents de voyage requis pour entrer sur le territoire commun. La seconde s'applique à l'ensemble des transporteurs aériens, maritimes ou terrestres et impose une obligation de reprise en charge et de réacheminement de l'étranger dont l'entrée sur le territoire d'une des parties contractantes est refusée.

La directive étend le champ de l'obligation de réacheminement au cas du transit. Ainsi, un transporteur ayant acheminé un ressortissant de pays tiers en transit sur l'espace Schengen est tenu de le réacheminer lorsque le transporteur qui doit l'acheminer dans son pays de destination refuse de l'embarquer, ou lorsque les autorités de l'Etat de destination refusent son entrée et l'ont renvoyé dans l'Etat membre par lequel il a transité. L'extension de l'obligation de réacheminement est accompagnée d'une adaptation terminologique. En effet, et alors que la Convention de Schengen fait peser cette obligation au transporteur ayant amené le ressortissant de pays tiers à la « frontière extérieure », la directive vise logiquement « l'Etat de destination ». De fait, les transporteurs sont également tenus de remplir leurs obligations lorsque le ressortissant de pays tiers transite par un Etat membre en vue de se rendre dans

1 Article 3 de l'initiative « Transporteur, tout transporteur, aérien et maritime, ainsi que les transporteurs de groupes assurant des liaisons transfrontalières internationales par autocar, à l'exception du trafic frontalier local », Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des Etats membres des ressortissants de pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis, JO L 269/8 du 20.09.2000.

2 A l'occasion de l'examen de l'initiative française, le rapporteur du Parlement européen regrettait que les transports ferroviaires ne soient pas inclus dans le dispositif de la directive, mentionnant notamment l'existence d'un nombre important d'entrées illégales par la liaison Eurostar, Rapport A5-0069/2001, Timothy KIRKHOPE, sp. 11.

3 Du point de vue des acteurs communautaires les comportements des ressortissants de pays tiers utilisant les transports de marchandises ne devaient pas entraîner de sanctions dès lors que le transporteur n'était pas en mesure de déceler la présence de personnes à bord de son moyen de transport. Voir notamment, Doc. 11761/00 du 27 septembre 2000, sp. 4.

4 Ce type de comportement devant désormais donner lieu à l'adoption de sanctions pénales comme le prévoient une directive et une décision-cadre adoptées sur ce point, voir *infra*.

un pays tiers, ce qui a pour effet d'alourdir leur responsabilité. Parallèlement, cette adaptation terminologique a pour effet d'évacuer toute problématique relative à la frontière extérieure demeurant ou provisoirement existante entre les Etats membres, qu'il s'agisse des Etats membres en situation dérogatoire¹ ou des nouveaux Etats membres n'ayant pas encore intégré l'espace Schengen.

2. *L'harmonisation des sanctions pécuniaires*

L'article 26, paragraphe 2, de la convention de Schengen oblige les Etats membres à adopter des sanctions à l'encontre « des transporteurs qui acheminent par voie aérienne ou maritime d'un Etat tiers vers leur territoire, des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis »². Le paragraphe 3 de l'article 26 de la convention de Schengen étend cette obligation aux transporteurs de voyageurs assurant des liaisons internationales par autocar. Ce dispositif reprend en réalité au niveau européen des pratiques déjà existantes dans les Etats membres. Cependant, en raison de la diversité des mesures et sanctions adoptées par les Etats parties³, la Convention de Schengen formule cette obligation en termes larges.

La généralisation de sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs dans les Etats membres permet au législateur communautaire de proposer leur harmonisation par la voie d'un montant minimal commun⁴. La directive ne mentionne pas spécifiquement cet objectif dans son intitulé ce qui évite de cantonner le texte au seul domaine des sanctions pécuniaires et ouvre ainsi la possibilité d'imposer « d'autres mesures comportant des sanctions d'un autre type telles que l'immobilisation, la saisie et la confiscation temporaire du moyen de transport, ou la suspension temporaire ou le retrait de l'autorisation d'exploitation »⁵.

Le montant de la sanction pécuniaire a été largement discuté lors des travaux préparatoires. Aussi, la nécessité d'établir une sanction dissuasive a imposé de dépasser

1 La Grande-Bretagne et l'Irlande ayant exercé leur droit d'*opting in* pour ce texte, voir sur ce point DE BRUYCKER P. « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 » *in* CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 417-424, sp. 419-420.

2 Article 26, paragraphe 2, de la convention de Schengen.

3 Voir en particulier CARLIER J.-Y. « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination » *in* Liber Amicorum Jacques PUTZEYS, Etudes de droit des transports, BRUYLANT, Bruxelles, 1996, pp. 15-35, sp. 25-26.

4 Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des Etats membres des ressortissants de pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis, JO L 269/8 du 20.09.2000.

5 Article 5 de la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187/45 du 10.07.2001.

le montant limitatif de 2000 euros prévu par une initiative¹ largement inspirée du droit français². Face à l'indécision des Etats membres sur le montant de la sanction pécuniaire adéquate³, le Parlement européen a recommandé l'adoption d'une sanction minimale de 5 000 €⁴. Les Etats membres consacrent une voie médiane dans la mesure où l'article 4 de la directive fixe, par la technique très singulière du « maximal-minimal », une fourchette du montant de l'amende par voyageur acheminé que les Etats membres sont habilités à imposer aux transporteurs. Ainsi, le montant maximal des sanctions pécuniaires ne peut être inférieur à 5 000 € et le montant minimal inférieur à 3 000 €. Autrement dit, les Etats membres imposent une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être inférieur à 3 000 €, sans que le plafond de cette sanction soit limité.

L'article 4 de la directive innove en ouvrant la possibilité d'adopter une sanction « forfaitaire » de 500 000 € pour chaque infraction. Cette sanction correspond à la nécessité de lutter contre les trafics « à grande échelle »⁵ sans que les précisions relatives à la mise en œuvre de cette disposition fassent l'objet d'un éclairage par le texte. Le législateur national dispose ainsi de la possibilité d'intégrer une telle disposition dans son ordre juridique interne sans que la question du principe de la proportionnalité d'une telle sanction ait été abordée, à l'exception de la doctrine autrichienne⁶.

Les effets de la directive sont finalement incertains. Au niveau de l'harmonisation législative, tout d'abord, dans la mesure où la directive n'harmonise que le niveau de la « sanction plancher » minimale. Pour le reste, le texte octroie de larges marges de manœuvre aux Etats membres, qu'il s'agisse de la détermination d'un montant maximal ou encore de la transposition de la « sanction forfaitaire », et laisse craindre le maintien de règles nationales très différentes⁷. Au niveau de l'objectif poursuivi ensuite, dans la mesure où l'on peut s'interroger sur l'efficacité des sanctions pécuniaires comme instrument de lutte contre l'immigration irrégulière à côté d'autres types de sanctions.

1 Article 4, paragraphe 2, de l'initiative française « Les sanctions visées au paragraphe 1 doivent être dissuasives. Leur montant est de 2 000 euros par personne transportée », Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des Etats membres des ressortissants de pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis, JO L 269/8 du 20.09.2000.

2 Le droit applicable à l'époque de l'initiative punissait les comportements incriminés d'une amende de 1 500 €. Voir, JULIEN-LAFFERIERE F. « Le droit des étrangers », P.U.F., Paris, 2000, 549 p., sp. 120.

3 *Doc. 11761/00* du 27 Septembre 2000, sp. 7.

4 Rapport A5-0069/2001, Timothy KIRKHOPE, sp. 7.

5 Agence Europe, 30 mai 2001, p. 9.

6 DE BRUYCKER P. « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 » in CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 417-424, sp. 424.

7 « (...) le montant maximal restant marqué par de très fortes disparités entre les Etats membres », DE BRUYCKER P. « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 » in CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 417-424, sp. 424.

A ce titre, le centre d'analyse stratégique¹ indique que la menace de suppression des licences d'atterrissage aux compagnies aériennes a permis d'obtenir des résultats significatifs². Ainsi, la volonté de lutter efficacement contre l'immigration irrégulière aurait pu conduire les Etats membres à renforcer ce type de dispositif, plutôt que de convenir de la simple possibilité d'adopter ou de maintenir de telles mesures³.

La modification du dispositif de Schengen, si elle contribue à l'harmonisation progressive des sanctions pécuniaires, ne répond pas aux questions sensibles que le texte soulève.

B. Un dispositif toujours discutable

L'idée de sanctionner les transporteurs, en ce qu'ils constituent un « vecteur »⁴ de l'immigration irrégulière dans les Etats pose la question de la privatisation du contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire commun. Ainsi, le transfert d'une prérogative de puissance publique à des opérateurs privés implique de s'interroger à la fois sur la charge d'un tel dispositif pour les transporteurs (2) tout autant que sur l'incidence des contrôles sur le respect du droit conventionnel en matière d'asile (1).

1. L'accès à la procédure d'asile

L'obligation pour les compagnies de transport de procéder à la vérification des documents requis pour l'entrée sur le territoire soulève la question de la compatibilité de ce dispositif avec la convention de Genève relative au statut des réfugiés. En effet, face à une personne dépourvue des documents requis mais souhaitant embarquer afin de demander la protection internationale dans un Etat membre, les compagnies de transport peuvent refuser l'accès à bord en raison des sanctions pécuniaires encourues

1 Ce centre d'analyse stratégique s'est substitué depuis 2006 au Commissariat général du Plan, voir Décret n° 2006-260 du 6 mars 2006 portant création du Centre d'analyse stratégique, J.O.R.F. n° 56 du 7 mars 2006 page 3399.

2 « Certaines mesures très volontaristes produisent indéniablement des effets. Par exemple, en 2001, les zones d'accueil de l'aéroport de Roissy étaient engorgées, avec plus de 200 personnes en permanence. Pendant l'été 2002, la menace de supprimer les licences d'atterrissage des compagnies aériennes africaines qui transporteraient des clandestins, assortie d'un renforcement des effectifs de la police aux frontières chargée de contrôler les passagers à la sortie des avions, a permis d'obtenir des résultats significatifs, faisant tomber à moins de 100 en moyenne le nombre de personnes séjournant dans la zone d'accueil de Roissy. Les flux d'immigration clandestine se sont peut-être déplacés vers les frontières terrestres, mais il est certain que le processus de migration clandestine est alors devenu plus compliqué », Centre d'analyse stratégique, « Besoins de main d'œuvre et politique migratoire », Rapport, mai 2006, 143 p., sp. 105.

3 Article 5 de la directive n° 2001/51/CE « La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres adoptent ou maintiennent à l'encontre des transporteurs, en cas de non-respect par ceux-ci des obligations résultant de l'article 26, paragraphes 2 et 3, de la convention de Schengen, ainsi que de l'article 2 de la présente directive, d'autres mesures comportant des sanctions d'un autre type telles que l'immobilisation, la saisie et la confiscation du moyen de transport, ou la suspension temporaire ou le retrait de l'autorisation d'exploitation ».

4 *Doc. 10701/00* du 31 août 2000, sp. 2.

ou évaluer le besoin de protection de la personne. Dans les deux cas de figure, la solution retenue ne satisfait pas. En cas de refus d'embarquer, la compagnie de transport prive la personne de la possibilité d'avoir accès à la procédure d'asile. Si la compagnie de transport décide d'évaluer le besoin de protection, elle exerce une fonction qui relève de la compétence des autorités nationales¹. En tout état de cause, la compagnie de transport ne peut être responsable d'une violation de la convention de Genève étant donné que cet instrument s'adresse aux Etats.

Dans ce contexte, la disposition de la directive rappelant que les dispositions relatives aux sanctions pécuniaires s'appliquent « sans préjudice des obligations des Etats membres lorsqu'un ressortissant de pays tiers demande à bénéficier d'une protection internationale »² est insuffisante. Si elle reconnaît le caractère fondamental de la protection internationale, y compris dans le domaine de la gestion des flux migratoires, elle n'incite pas les compagnies de transport privées à admettre les demandeurs de la protection internationale à bord. Aussi, il eut été souhaitable d'inscrire dans la directive que de telles sanctions ne s'appliquent pas aux transporteurs quand un ressortissant de pays tiers cherche une protection internationale dans un Etat membre³.

De manière plus générale, la question se pose de savoir si ce système permet aux Etats membres d'échapper à l'obligation de non-refoulement inscrite dans la convention de Genève⁴. Une partie de la doctrine répond par la négative considérant que la notion de non-refoulement est distincte de celle d'expulsion de sorte que l'obligation de non-refoulement ne circonscrit pas la responsabilité de l'Etat à son territoire. En conséquence, le fait d'inciter légalement les compagnies de transport à ne pas embarquer des ressortissants de pays tiers dépourvus de documents de voyage requis ne peut exonérer les Etats de leurs obligations internationales⁵. Le silence de la directive sur ce point a ainsi conduit plusieurs acteurs – administrations gouvernementales,

1 Voir notamment, CARLIER J.-Y. « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination » in *Liber Amicorum Jacques PUTZEYS, Etudes de droit des transports*, BRUYLANT, Bruxelles, 1996, pp. 15-35, sp. 30 ; UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » in *DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile »*, BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295, sp. 250-257.

2 Article 4, paragraphe 2, de la directive.

3 Voir sur ce point, VAN DER KLAUW J. « Irregular Migration and Asylum Seeking : Forced Marriage or Reason for Divorce ? » in BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 115-135, sp. 119.

4 Article 33 de la convention de Genève relative au statut des réfugiés « Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

5 Sur ce point, voir en particulier, CARLIER J.-Y. « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination » in *Liber Amicorum Jacques PUTZEYS, Etudes de droit des transports*, BRUYLANT, Bruxelles, 1996, pp. 15-35, sp. 31-34.

transporteurs et organisations humanitaires – à conclure à la nécessité d'adopter des règles supplémentaires au regard des exceptions humanitaires¹.

Cette situation démontre la difficulté de trouver un équilibre entre accès à la protection internationale et lutte contre l'immigration irrégulière. Elle témoigne surtout du refus des Etats membres de vouloir trouver une solution commune à cette difficulté, ce qui est plus inquiétant, alors que le développement de la politique l'impose et que les compétences l'autorisent.

2. La charge pesant sur les compagnies de transport

Le développement des moyens de communication et de voyage pousse les Etats membres à impliquer davantage les compagnies de transport dans le contrôle des personnes. Que l'on juge le système de sanctions des transporteurs satisfaisant ou que l'on critique la privatisation de la sécurité intérieure², la charge pesant sur les compagnies de transport est croissante. Cela étant, face à une situation de plus en plus compliquée pour les transporteurs, le droit communautaire a développé plusieurs instruments qui permettent de minimiser leur responsabilité.

Une première difficulté pour les transporteurs résulte de l'intensité des contrôles à opérer. Sur ce terrain, la directive n'est pas explicite et ne contribue d'ailleurs pas à harmoniser les dispositifs et pratiques nationaux. En effet, elle ne détermine aucune règle spécifique et renvoie par conséquent l'encadrement de ces conditions aux Etats membres. Les conditions du contrôle et d'exonération de responsabilité peuvent donc varier en fonction du droit national. C'est ainsi que le droit français a développé des critères d'exonération de responsabilité des transporteurs lorsqu'ils rapportent la preuve que les documents requis ont été présentés au moment de l'embarquement et qu'ils ne comportent pas d'irrégularité manifeste³. Or, il n'est pas certain que les autres Etats membres aient adopté de telles règles, sachant que l'article 26 de la convention de Schengen se borne à obliger le transporteur à « prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que l'étranger transporté par voie aérienne ou maritime est en possession des documents de voyage requis pour l'entrée sur les territoires des Parties contractantes ». Une harmonisation sur ce terrain apparaît nécessaire. En effet,

1 VAN DER KLAUW J. « Irregular Migration and Asylum Seeking : Forced Marriage or Reason for Divorce ? » in BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 115-135, sp. 119.

2 L'adoption de la directive obligeant les transporteurs avait été critiquée en ce qu'elle accentuait la participation des acteurs privés à la gestion des contrôles frontaliers. Voir, CHOLEWINSKI R. « European Union Policy on Irregular Migrants : Human Rights Lost ? » in BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 159-192, sp. 170.

3 A ce sujet, voir PASCOUAY Y « France. Rapport sur la transposition de la directive visant à compléter l'article 26 de la convention de Schengen » in CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 447-462, sp. 459-461.

les conditions d'exercice des contrôles aux frontières extérieures des Etats membres ont été totalement harmonisées pour les gardes-frontières et l'on voit mal pourquoi il n'en serait pas de même pour les transporteurs de personnes. En effet, en fonction des exigences nationales vis-à-vis des transporteurs, les conditions d'accès au territoire peuvent être rendues plus ou moins difficiles ce qui a pour effet de rompre l'uniformité des règles relatives au franchissement des frontières extérieures.

En revanche, d'autres difficultés sont désormais résorbées. En théorie, un transporteur pouvait être tenu de réacheminer une personne si l'accès au territoire lui était refusé. Or, le refus pouvait être fondé sur des raisons d'ordre public ou un signalement aux fins de non admission dans le système d'information de Schengen. Dans les deux cas de figure, les transporteurs ne pouvaient préjuger de la décision à l'entrée sur le territoire. Une directive portant obligation de transmettre les données relatives aux passagers limite les risques de sanctions pour les transporteurs¹. En application de ce texte, la transmission de données détaillées concernant tous les passagers doit être effectuée sur demande des autorités nationales et avant la fin de l'enregistrement des passagers. Ainsi, la transmission des données doit permettre aux autorités nationales d'informer la compagnie de transport soit de l'inscription d'un passager dans le système information Schengen soit du refus d'accorder l'entrée et le séjour pour des raisons d'ordre public. En outre, le régime de la preuve est simplifié notamment dans l'hypothèse de la destruction des documents ou de l'inscription d'un tiers dans le SIS au cours du trajet. En définitive, ce dispositif contribue à alléger la responsabilité des transporteurs, même s'il prévoit un régime de sanctions pécuniaires pour défaut de transmission des informations requises² jugé contestable³. En revanche, la question d'un signalement erroné d'une personne dans le système information Schengen conduisant au refus d'embarquer demeure réglée par le droit national sous le contrôle du juge national et communautaire⁴. Par extension, l'interconnexion de cette obligation de communication avec la mise en œuvre du système d'information sur les visas⁵ doit progressivement délivrer les compagnies aériennes de la sanction encourue en matière de contrôle des documents de voyages.

1 Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO L 261/24 du 06.08.2004.

2 Article 4 de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.

3 La House of Lords avait émis un avis négatif sur ce texte, considérant notamment qu'il ne permettait pas d'atteindre les résultats escomptés en matière de lutte contre l'immigration clandestine et qu'il imposait de nouvelles charges sur les transporteurs conduisant au caractère disproportionné de la mesure. En outre, le manque de précision de certaines dispositions du texte ne permettait pas de s'assurer qu'il ne contribuait pas à une réinstauration déguisée des contrôles à l'intérieur de l'espace Schengen. House of Lords « Fighting illegal immigration : should carriers carry the burden ? », Report with Evidence, 5th Report of Session 2003-04, HL Paper 29, 29 p.

4 CJCE, 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1097.

5 Décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS), JO L 213/5 du 15.06.2004.

L'harmonisation des règles portant sur la responsabilité des transporteurs est intensifiée. Si la directive laisse subsister des marges de manœuvre au profit des États membres, des règles connexes permettent toutefois de les encadrer.

II. LA LUTTE CONTRE L'AIDE À L'ENTRÉE, AU TRANSIT ET AU SÉJOUR IRRÉGULIERS

La convention de Schengen prévoyait l'adoption de sanctions à l'encontre de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers à des fins lucratives¹ et le Conseil européen de Tampere le développement de ce dispositif². Seulement, cet objectif a imposé d'opter pour la voie pénale et a soulevé en conséquence des problèmes de bases juridiques tenant à la division de l'Union européenne en piliers³. Si l'adoption de deux instruments juridiques distincts respecte la répartition des compétences prévue par les traités (A), le résultat atteint ne satisfait pas pleinement (B).

A. Le problème de la base juridique

Le problème auquel la Communauté est confronté est simple : elle n'est pas, a priori, compétente pour adopter des règles en matière pénale. Ainsi, la volonté de réprimer certains phénomènes dans le domaine de la politique migratoire oblige à rechercher un prolongement répressif dans le troisième pilier de l'Union européenne dédié à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (1). Cette contrainte juridique connaît des évolutions jurisprudentielles pouvant être étendues au domaine de la politique migratoire (2).

1 Article 27, paragraphe 1^{er}, de la convention de Schengen « Les parties contractantes s'engagent à instaurer des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une partie contractante en violation de la législation de cette partie contractante relative à l'entrée et au séjour des étrangers ».

2 « Le Conseil européen est déterminé à combattre à sa source l'immigration clandestine, notamment en s'attaquant à ceux qui se livrent à la traite des êtres humains et à l'exploitation économique des migrants. Il insiste sur l'adoption de dispositions législatives prévoyant des sanctions sévères pour cette forme grave de criminalité. Le Conseil est invité à adopter, avant la fin de l'année 2000, des dispositions législatives à cette fin, sur la base d'une proposition de la Commission (...) », Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 10, point 23.

3 Conformément au principe selon lequel le transfert à une organisation internationale de compétences souveraines « ne saurait être présumé et doit découler d'une disposition expresse des traités », JACQUE J.-P. « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures » *in* DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. « L'espace pénal européen : enjeux et perspectives », Institut d'Etudes Européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, 305 p., pp. 249-258, sp. 249.

1. L'obligation d'adopter deux instruments juridiques

La République française souhaitait présenter une décision-cadre afin de lutter contre l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Le service juridique du Conseil lui avait toutefois recommandé de scinder cette initiative en deux textes renvoyant pour l'un à une directive et pour l'autre à une décision-cadre¹. En conséquence, la République française a présenté deux initiatives portant sur une directive², posant la définition des infractions, et complétée par une décision-cadre visant à en renforcer le cadre pénal³ et répondant « à des critères communs à l'ensemble des Etats membres »⁴.

Cette solution n'était pas partagée par le Parlement européen et la Commission. Le premier avait d'ailleurs invité le Conseil « à revoir sa copie » et à inscrire la thématique de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers dans le champ de l'article 63 du traité CE⁵. Derrière la motivation juridique, le Parlement européen soulevait un enjeu institutionnel majeur. Il indiquait que l'adoption d'un instrument juridique sur le fondement de la coopération intergouvernementale contribuait à le priver de son pouvoir de codécision au moment de la modification du processus décisionnel⁶. Cette affirmation avait notamment pour effet de soulever les incohérences de la construction européenne. En effet, la structuration en pilier de l'Union européenne a pour effet de retirer à l'institution parlementaire de l'Union son contrôle sur les mesures touchant à la liberté des individus, alors que la présence du législateur en matière pénale constitue une règle fondamentale dans les Etats membres. L'intervention de la Commission renvoyait à la théorie de la connexité⁷. L'exécutif communautaire considérait en effet que « si la Communauté dispose, dans le cadre d'une compétence donnée, du pouvoir de réglementer un comportement afin d'atteindre un objectif communautaire, elle est également compétente pour décider que le comportement visé par la réglementation (ou le non-respect dudit comportement) doit être réprimé à l'échelon national par des sanctions et des peines *pénales* ; il en est notamment ainsi lorsque l'on considère que seules des sanctions pénales peuvent garantir le respect des obligations communautaires

1 *Doc. 10374/00* du 19 juillet 2000.

2 Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, JO C 253/1 du 04.09.2000.

3 Initiative de la République française en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, JO C 253/6 du 04.09.2000.

4 *Doc. 10712/00* du 28 juillet 2000, sp. 3.

5 Rapport PE, A5-0315/2000, sp. 22.

6 « En outre ce choix présente l'inconvénient de placer un volet des mesures envisagées, le volet répressif, sous procédure intergouvernementale et donc de priver le PE de son pouvoir de codécision éventuel en cette matière, passée la période de cinq ans (art 67, paragraphe 2) », Rapport PE, A5-0315/2000, sp. 19.

7 « La théorie de la connexité repose en premier lieu sur la distinction entre l'objet principal – celui expressément visé dans la disposition fondant la compétence – et l'objet accessoire – non inclus *a priori* dans cette disposition habilitante. Elle autorise ensuite l'extension du premier au second s'il est établi que l'objet principal ne peut être atteint sans que soient arrêtées des dispositions dans la matière connexe. Enfin, la légalité de cette extension est subordonnée à une limite, celle interdisant que la matière connexe soit régie en objectif autonome », MICHEL V. « Droit pénal communautaire : le dragon aux pieds d'argile terrassé ? », L.P.A., 20 avril 2006, pp. 4-12, sp. 12.

se rapportant au comportement réglementé »¹. En conséquence, la réglementation en cause devait relever de la compétence communautaire.

Malgré le bien fondé des arguments avancés par les deux institutions, le principe d'attribution des compétences commandait l'adoption par le Conseil d'une directive afin de définir l'incrimination d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers² et d'une décision-cadre³ définissant les sanctions applicables aux comportements incriminés. La rigidité du cadre juridique imposant l'adoption de deux instruments distincts est désormais remise en cause par la jurisprudence de la Cour de justice.

2. Vers l'abandon du dédoublement normatif

L'exclusion de la compétence pénale de la Communauté⁴ a été remise en cause par un arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005⁵. Annulant une décision-cadre relative à la protection de l'environnement au motif que la finalité et le contenu de certaines dispositions du texte « ont pour objet principal la protection de l'environnement et auraient pu valablement être adoptées sur le fondement de l'article 175 CE »⁶, la Cour de Luxembourg confère compétence à la Communauté pour adopter des règles dans le domaine pénal⁷. Seulement, et contrairement à l'opinion émise par la Commission⁸, la compétence pénale communautaire semble limitée au domaine de la protection de l'environnement. En effet, pour parvenir à cette solution, la Cour de Luxembourg se fonde sur trois critères dont l'un ne peut être satisfait que par la protection de l'environnement. Ainsi, si les critères relatifs au caractère « indispensable » de l'intervention pénale nationale et au caractère « nécessaire » de cette intervention en vue d'assurer l'effectivité de la règle communautaire⁹ couvrent

1 Document de travail des services de la Commission, Position concernant la base juridique des initiatives françaises, SEC(2001) 727 du 04.05.2001, sp. 5.

2 Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au séjour et au séjour irréguliers, JO L 328/17 du 05.12.2002.

3 Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/1 du 05.12.2002.

4 Pour une étude sur le système répressif communautaire, voir en particulier POELEMANS M. « La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne », BRUYLANT-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2004, 754 p.

5 CJCE, 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03, Rec. I-7907.

6 CJCE, 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03, Rec. I-7907, point 51.

7 Pour une analyse approfondie de l'arrêt de la Cour de justice et de ses effets, voir LABAYLE H. « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », CDE 2006, pp. 279-328. Voir par ailleurs sur l'impact politique de l'arrêt, Proposition de résolution sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne présentée par Christian PHILIP, n° 2828, 25 janvier 2006 ; *Agence Europe*, n° 9116, mercredi 25 janvier 2006, p. 3.

8 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 (C-176/03 Commission contre Conseil), COM(2005) 583 final du 23.11.2005, sp. 3.

9 CJCE, 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03, Rec. I-7907, point 48.

l'ensemble des politiques communautaires, seule la politique environnementale bénéficie d'un caractère « transversal et fondamental »¹ en application de l'article 6 du traité CE². En conséquence, la question demeure de savoir si la compétence pénale peut être étendue aux autres politiques de la Communauté.

Saisie d'un nouveau recours en annulation d'une décision-cadre³, la Cour a précisé l'étendue de la compétence pénale communautaire. Ainsi, la Communauté est compétente pour imposer aux Etats membres l'obligation d'instaurer des sanctions pénales⁴ mais elle ne saurait concerner la détermination du type et du niveau des sanctions pénales qui demeurent du domaine de la coopération en matière pénale⁵. En revanche, la Cour ne tranche pas explicitement la question de la limitation de la compétence pénale au domaine de la protection de l'environnement. Reprenant le raisonnement antérieur, la Cour semble lier la solution au domaine de la protection de l'environnement. Toutefois, la Cour reconnaît la compétence pénale non plus sur le fondement de l'article 175 du traité CE, relatif à la protection de l'environnement, mais sur le fondement de la politique des transports⁶. Sans que cela soit explicitement affirmé, la Cour de justice a ouvert le champ de la compétence pénale de la Communauté.

Il n'a pas fallu attendre très longtemps pour que la Communauté saisisse cette ouverture et procède dans le domaine de la politique migratoire à l'extension de la compétence pénale de la Communauté pour garantir le respect du droit communautaire. Ainsi, la Communauté a adopté une directive 2009/52/CE prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier⁷. Ce texte prévoit que dans des

1 CJCE, 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03, Rec. I-7907, point 42.

2 Article 6 du traité CE « Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable ».

3 CJCE, 23 octobre 2007, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-440/05, Rec. I-9097.

4 CJCE, 23 octobre 2007, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-440/05, Rec. I-9097, point 66.

5 CJCE, 23 octobre 2007, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-440/05, Rec. I-9097, point 70.

6 « Il convient d'ajouter que, dans la mesure où les exigences de la protection de l'environnement, laquelle constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté (voir, notamment, arrêt du 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, précité, point 41), doivent, aux termes de l'article 6 CE, « être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté », une telle protection doit être considérée comme un objectif faisant également partie de la politique commune des transports. Le législateur communautaire peut donc, sur le fondement de l'article 80, paragraphe 2, CE et dans l'exercice des attributions qui lui sont conférées par cette disposition, décider de promouvoir la protection de l'environnement », CJCE, 23 octobre 2007, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-440/05, Rec. I-9097, point 60.

7 Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168/24 du 30.06.2009.

circonstances graves¹, les Etats membres doivent prévoir des sanctions pénales pour punir les infractions². Conformément au principe de la « pénalisation appropriée »³, la directive impose l'adoption de sanctions pénales mais ne détermine pas leur niveau qui demeure de la compétence des Etats membres.

Ce texte démontre que la frontière entre les piliers de l'Union européenne est de plus en plus perméable et que la solution du clivage normatif, notamment dans le domaine de la politique migratoire, a vécu. En tout état de cause, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne doit mettre un terme à ces questionnements dans la mesure où il rationalise les cadres institutionnels et les modalités de décision qui constituent les principaux enjeux du contentieux de la base juridique dans le domaine de la compétence pénale de la Communauté⁴.

Conformément au principe d'attribution des compétences, et passé le débat relatif à la base juridique, la Communauté a adopté deux textes visant à lutter contre l'entrée, le transit et le séjour irréguliers.

-
- 1 Article 9 de la directive 2009/52/CE : « 1. Les États membres veillent à ce que l'infraction à l'interdiction visée à l'article 3 constitue, lorsqu'elle est intentionnelle, une infraction pénale dans chacune des circonstances suivantes, conformément à la législation nationale :
- a) l'infraction est continue ou répétée de manière persistante ;
 - b) l'infraction a trait à l'emploi simultané d'un nombre significatif de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ;
 - c) l'infraction s'accompagne de conditions de travail particulièrement abusives ;
 - d) l'infraction est commise par un employeur qui, tout en n'ayant pas été accusé d'une infraction établie conformément à la décision-cadre 2002/629/JAI ni condamné pour celle-ci, utilise le travail ou les services d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier en sachant que cette personne est victime de la traite des êtres humains ;
 - e) l'infraction a trait à l'emploi illégal d'un mineur.
2. Les États membres veillent à ce que le fait d'encourager, de faciliter et d'inciter à commettre intentionnellement les actes visés au paragraphe 1 soit passible de sanctions pénales ».
- 2 Article 10 de la directive 2009/52/CE « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les personnes physiques qui commettent l'infraction pénale visée à l'article 9 soient passibles de peines effectives, proportionnées et dissuasives.
2. À moins que les principes généraux du droit l'interdisent, les sanctions pénales prévues au présent article peuvent, en application de la législation nationale, être appliquées sans préjudice d'autres sanctions ou mesures de nature non pénale, et peuvent s'accompagner de la publication de la décision judiciaire relative à l'affaire en question ».
- 3 Ce principe vise à déterminer dans quelle mesure la Communauté intervient dans le choix de la sanction appropriée afin de garantir le respect de la règle communautaire et réduit d'autant la capacité des Etats membres d'en déterminer la nature mais pas nécessairement les moyens puisque ces derniers demeurent seuls capables de définir au regard de leur ordre interne la ou les sanctions appropriées. Voir, POELEMANS M. « La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne », BRUYLANT-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2004, 754 p, sp. 268-270.
- 4 A ce sujet, voir notamment GAUTIER M. « Etendue de la compétence de la Communauté pour exiger des Etats membres qu'ils instituent des sanctions pénales », JCP-Edition Générale, n° 50, 12 décembre 2007, II. 10207.

B. Le dispositif répressif

La directive¹ visant à définir l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ainsi que la décision-cadre² visant à en renforcer le cadre pénal abrogent l'article 27 de la convention de Schengen. Si ces deux textes modifient le dispositif existant³, ils ne procèdent pas à une harmonisation significative des dispositifs nationaux et sont marqués d'insuffisances inquiétantes. Ce constat vaut pour la directive (1) et la décision-cadre (2).

1. La définition de l'incrimination par une directive

La directive invite les Etats membres à prendre « des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives » à l'encontre de quiconque aide sciemment un ressortissant de pays tiers à entrer, transiter ou séjourner sur le territoire d'un Etat membre en violation de la législation de cet Etat relative au séjour des étrangers⁴. Ces sanctions s'appliquent, conformément aux objectifs posés par l'initiative française⁵, aux instigateurs, complices de ces infractions, voire aux personnes qui tentent de commettre l'une des infractions incriminées⁶. Dans la lignée des conclusions du Conseil européen de Feira, le texte poursuit l'objectif de lutter contre les filières de passeurs dont l'action criminelle peut également s'apparenter à la traite des êtres humains. Si la ligne de partage entre les deux activités s'avère parfois délicate à tracer⁷, la nécessité de lutter contre ce(s) phénomène(s) constitue une priorité et l'adoption d'un cadre juridique doit de ce point de vue être saluée, aux côtés d'une action normative spécifiquement dédiée à la lutte contre la traite des êtres humains⁸.

Malgré tout, la définition du champ d'application de la directive soulève des difficultés. L'initiative de la République française avait proposé un texte qui s'écarterait de l'article 27 de la convention de Schengen puisqu'il ne reprenait pas la mention relative au caractère lucratif de l'activité incriminée. Ce point a fait l'objet de nombreux

1 Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au séjour et au séjour irréguliers, JO L 328/17 du 05.12.2002.

2 Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/1 du 05.12.2002.

3 Pour une analyse des différences entre le dispositif Schengen, voir PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., sp. 826-835.

4 Article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la directive.

5 Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, JO C 253/1 du 04.09.2000.

6 Article 2 de la directive.

7 Voir notamment, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Lutter contre la traite des êtres humains – approche intégrée et proposition en vue d'un plan d'action », COM(2005) 514 final du 18.10.2005, sp. 6-8.

8 Décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 203/1 du 01.08.2002.

débats au sein du Conseil¹ et suscité de nombreuses réactions, notamment de la part du Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies². En effet, en ne spécifiant pas le caractère lucratif de l'activité incriminée, ce dispositif ouvre la porte à la pénalisation des organisations humanitaires. Si la directive ne consacre pas la voie proposée par l'initiative française, la solution retenue par les ministres des Etats membres n'est pas satisfaisante. D'une part, la référence au but lucratif est conservée mais seulement pour l'aide au séjour irrégulier, conformément à une proposition de la présidence³. D'autre part, la directive ne tranche pas les situations relevant de l'aide à l'entrée et au transit. Ainsi, et à défaut de solution commune, il revient au droit national de déterminer si des sanctions doivent être adoptées à l'encontre des personnes ou organisations apportant une aide humanitaire⁴.

Cette non-décision et le renvoi consécutif au droit national ne parviennent pas à éviter la pénalisation des organisations ou personnes engagées dans une action humanitaire⁵. Ainsi, un risque d'amalgame persiste entre les personnes agissant pour des raisons humanitaires et celles exerçant une activité lucrative. En outre, cette option dépasse le mandat formulé par les Chefs d'Etat et de gouvernement qui avaient invité les institutions à adopter des règles relatives à la « criminalité transfrontalière » et aux « filières criminelles » sans qu'il soit fait mention d'autres catégories de personnes ou organisations à incriminer⁶. En fin de compte, la négociation n'est pas parvenue à trancher les oppositions politiques et a abouti à un texte faiblement harmonisateur.

La directive renforce le dispositif existant en ce qui concerne la question de la pénalisation des acteurs humanitaires ou le champ d'application de la directive qui est

1 Voir entre autres, *Doc. 10859/00* du 8 septembre 2000 ; *Doc. 12914/00* du 31 octobre 2000 ; *Doc. 12914/1/00* du 13 novembre 2000 ; *Doc. 13578/00* du 20 novembre 2000 ; *Doc. 13739/00* du 24 novembre 2000 ; *Doc. 5645/01* du 31 janvier 2001 ; *Doc. 6254/01* du 15 février 2001.

2 Voir, *Doc. 12351/00* du 16 octobre 2000.

3 *Doc. 12914/00* du 13 novembre 2000.

4 Article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive « Tout Etat membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au paragraphe 1, point a), en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée ».

5 Voir entre autres, VAN DER KLAUW J. « Irregular Migration and Asylum Seeking : Forced Marriage or Reason for Divorce ? » in BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 115-135, sp. 119-120 ; CHOLEWINSKI R. « European Union Policy on Irregular Migrants : Human Rights Lost ? » in BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 159-192, sp. 174-175 ; CHOLEWINSKI R. « Preventing Irregular Migration » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 95-119, sp. 106.

6 Conseil européen de Feira, 19 et 20 juin 2000, conclusions de la présidence, Bull-CE n° 6-2000, pp. 9-20, sp. 17, point 52.

étendu aux instigateurs, complices ou personnes tentant de commettre les infractions visées¹. La décision-cadre définit les sanctions applicables.

2. La définition de la sanction par une décision-cadre

La décision-cadre du Conseil² complète la directive adoptée le même jour. Posant le principe que les infractions visées par la directive doivent faire « l'objet de sanctions pénales effectives, dissuasives et proportionnées », l'article 1^{er} de la décision-cadre ouvre un éventail assez large des sanctions pénales applicables dans les Etats membres. En effet, des peines patrimoniales³, des peines privatives de droit⁴ ou encore des peines restrictives de libertés⁵ peuvent être adoptées en vue de réprimer les infractions concourant à l'aide à l'entrée, au transit et séjour irréguliers des étrangers sur le territoire des Etats membres. Ce dispositif demeure toutefois ouvert dans la mesure où ces sanctions pénales peuvent être adoptées « le cas échéant » par les Etats membres, de sorte que le dispositif ne préjuge pas de la liberté des Etats membres d'user d'une gamme plus large de sanctions pénales.

Les peines privatives de libertés font en revanche l'objet d'un encadrement détaillé. Tout d'abord, ces peines sont applicables aux personnes qui aident sciemment à l'entrée et au transit irréguliers ou sont instigateurs de l'infraction et qui agissent « dans un but lucratif ». Cette précision exclut les organisations humanitaires agissant en faveur des réfugiés⁶. Ensuite, la décision-cadre précise que les peines privatives de liberté ne peuvent être infligées que lorsque l'infraction est commise dans le cadre des activités d'une organisation criminelle, telle que définie par une action commune⁷, ou mettant en danger la vie des personnes faisant l'objet de l'infraction⁸. En définitive, la privation de liberté organisée par la décision-cadre vise à sévèrement sanctionner les réseaux mafieux et autres filières de passeurs⁹.

1 Article 2 de la directive n° 2002/90/CE.

2 Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/1 du 05.12.2002.

3 « La confiscation du moyen de transport ayant servi à commettre l'infraction ».

4 « L'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée l'activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

5 « L'expulsion ».

6 Voir en particulier, *Doc. 13578/00* du 20 novembre 2000, sp. 3.

7 Action commune du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, JO L 351/1 du 29 décembre 1998.

8 Ce second critère s'analysait comme la résurgence dans le droit de l'Union européenne de l'événement tragique de Douvres, « Les débats ont permis de montrer que le groupe de travail devrait déterminer celles des circonstances aggravantes qui sont révélatrices des agissements de filières criminelles d'immigration clandestine, en retenant cependant, compte tenu de la tragédie de Douvres, la circonstance de « mise en danger de la vie des personnes objets de l'infraction », *Doc. 12914/00* du 31 octobre 2000, sp. 3. Voir également, *Doc. 13739/00* du 24 novembre 2000, sp. 3.

9 Voir notamment, LABAYLE H. « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne », CDE 2004, pp. 591-661, sp. 626.

En ce qui concerne le quantum de la peine privative de liberté, la décision-cadre fixe un plafond minimal de la peine maximale. Plus prosaïquement, la décision-cadre indique que le maximum de la peine ne peut être inférieur à huit ans. Une exception au principe est toutefois prévue permettant de ramener la durée de la peine maximale à six ans « à condition qu'il s'agisse d'une des peines maximales les plus sévères prévues pour des infractions d'une gravité comparable ». Ce dispositif dérogatoire, institué afin de préserver « la cohérence du régime des peines » dans certains systèmes nationaux, a pour effet d'introduire des éléments de droit interne dans un texte européen¹.

Sur un autre terrain, et dans la lignée de l'initiative française, la décision-cadre entend établir un système de responsabilité des personnes morales² corroboré d'un système de sanctions. Si les Etats membres demeurent libres de déterminer le régime des sanctions applicables aux personnes morales, l'article 3 de la décision-cadre indique à titre indicatif les mesures qui peuvent être adoptées à ce titre. Le texte n'introduit aucune exclusivité des sanctions dans la mesure où la mise en jeu de la responsabilité des personnes morales n'empêche pas les Etats membres de poursuivre pénalement les « personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices des infractions ». Il est donc prévu que les Etats membres puissent organiser un double degré de sanctions applicables à la fois aux personnes morales et physiques.

Enfin, l'autonomie des Etats membres est sauvegardée dans la mesure où ils demeurent compétents, d'une part, pour établir leur compétence sur un plan territorial ou en fonction de certaines personnes physiques ou morales et, d'autre part, pour appliquer les sanctions encourues à leurs propres ressortissants dans l'hypothèse où leurs dispositions nationales n'envisagent pas l'extradition.

Si la décision-cadre vise à renforcer la répression de certaines pratiques inadmissibles, l'exonération des organisations de protection des réfugiés ainsi que des réfugiés et demandeurs d'asile a été acquise grâce à l'insistance du HCR. Intervenant au cours de la négociation³, son initiative a été suivie par les groupes de travail du Conseil⁴ avant d'être consacrée par l'article 6 de la décision-cadre⁵. Sur ce terrain, il est regrettable de constater que les Etats membres ne disposent d'aucune vision d'ensemble des phénomènes migratoires. En effet, le souci d'apporter une réponse pénale à des pratiques détestables ne doit pas écarter l'obligation d'accorder la protection internationale, y compris aux personnes ayant utilisé les services de passeurs.

1 Voir sur ce point, *Doc. 6766/01* du 9 mars 2001, sp. 3-4.

2 Article 2 de la décision-cadre.

3 *Doc. 12351/00* du 16 octobre 2000, sp. 4.

4 Cette initiative devait par la suite figurer dans les différents travaux du Conseil à compter du mois de novembre 2000, voir notamment *Doc. 13578/00* du 20 novembre 2000.

5 « La présente décision-cadre est applicable sans préjudice de la protection accordée aux réfugiés et aux demandeurs d'asile conformément au droit international relatif aux réfugiés ou à d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en particulier sans préjudice du respect par les États membres des obligations internationales qui leur incombent en vertu des articles 31 et 33 de la convention de 1951 relative au statut des réfugiés, telle que modifiée par le protocole de New York de 1967 ».

Le droit communautaire et le droit de l'Union européenne consolident les actions déjà engagées dans le cadre de la coopération de Schengen et assurent ainsi un approfondissement de l'harmonisation des règles applicables aux transporteurs ou aux personnes prêtant leur aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Au-delà de la simple consolidation, l'action communautaire enrichit le domaine de la lutte contre l'immigration irrégulière de nouveaux instruments.

III. LE DÉVELOPPEMENT DE NOUVELLES RÈGLES DE LUTTE CONTRE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE

La recherche de solutions afin de lutter contre l'immigration irrégulière conduit la Communauté à élaborer de nouveaux instruments juridiques. Cependant, leur influence sur l'objectif recherché et leur efficacité sont incertaines. C'est le cas de la directive 2004/81/CE relative à la délivrance de titres de séjour aux victimes de la traite dont le caractère largement optionnel n'assure pas une convergence de pratiques nationales et par conséquent l'établissement d'une approche commune (A). C'est ensuite le cas d'une directive 2009/52/CE visant à sanctionner les employeurs de personnes en situation irrégulière dont le dispositif apparaît plus contraignant mais dont les effets demeurent incertains compte tenu de la nouveauté de l'instrument (B). De manière générale, ces deux textes démontrent la difficulté d'adopter des règles contraignantes dès lors qu'il s'agit de délivrer un titre de séjour.

A. La délivrance de titres de séjour aux victimes de la traite

La directive n° 2004/81/CE aurait pu constituer une innovation importante de la politique de lutte contre l'immigration irrégulière. Prenant le contrepied d'une approche strictement répressive, elle a pour objectif de permettre la délivrance de titres de séjour aux personnes victimes de la traite des êtres humains qui collaborent avec les autorités nationales. Cependant, cette perspective est bloquée par la réticence des Etats membres qui se sont accordés sur l'adoption d'un texte peu contraignant. En effet, la grande majorité des dispositions de la directive présente un caractère optionnel ou renvoie aux définitions et dispositions nationales pour leur mise en œuvre. Ainsi, et de manière significative, le champ d'application de la directive est considérablement réduit. Si elle s'applique aux personnes qui sont ou ont été victimes de la traite des êtres humains, les Etats membres peuvent décider d'élargir le dispositif aux personnes qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine¹. En pratique, cette option *a minima* restreint considérablement le potentiel du texte dans la mesure où les victimes de la traite témoignent d'un intérêt réduit à collaborer avec les autorités nationales en raison de craintes évidentes de représailles. Ensuite et au-delà des dispositions

1 Article 3 de la directive n° 2004/81/CE.

indiquant que les « Etats membres peuvent » ou stipulant que les conditions de mise en œuvre du texte « sont déterminées conformément au droit national », la directive présente des dispositions anormalement liminaires, comme cela est par exemple le cas des dispositions relatives aux conditions de non-renouvellement ou de retrait des titres de séjour. Enfin, l'appréciation des autorités nationales pour engager et poursuivre la procédure de délivrance du titre de séjour est largement préservée¹.

En définitive, la directive n° 2004/81/CE démontre que les Etats membres refusent d'être contraints à délivrer des titres de séjour. La lutte contre l'immigration irrégulière suppose une action répressive et non protectrice. De fait, tout texte ayant pour objet de renverser cette perspective ne peut bénéficier que d'une approche minimale et en aucun cas contraindre les Etats membres. En conséquence, l'harmonisation est minimale.

B. Les sanctions à l'encontre des employeurs de personnes en séjour irrégulier

L'emploi illégal est considéré comme un facteur important d'encouragement à l'immigration irrégulière dans l'Union européenne. Ce faisant, la directive 2009/52/CE prévoit des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier². La directive pose le principe de l'interdiction de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et assortit cette interdiction de sanctions³. Ainsi, et afin de lutter contre l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, la directive détermine des obligations qui pèsent sur les employeurs. Ils doivent principalement s'assurer que les ressortissants de pays tiers sont titulaires des documents attestant de la régularité de leur séjour, prendre copie de ces documents, les tenir à disposition des autorités nationales et informer ces dernières⁴.

Mais c'est essentiellement sur le terrain des sanctions que la directive innove. Les employeurs ayant commis l'infraction d'employer des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière sont passibles de plusieurs types de sanctions. Financières tout d'abord, pouvant notamment comprendre le paiement des frais de retour si une procédure de retour est engagée⁵ ou le paiement des arriérés de salaires ou d'impôts⁶. La directive prévoit que les Etats membres « prennent (...) le cas échéant » des mesures complémentaires à l'encontre de l'employeur portant sur l'exclusion du bénéfice de

1 Pour une analyse du texte, voir notamment PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., sp. 845-852.

2 Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168/24 du 30.06.2009.

3 Article 3 de la directive 2009/52/CE.

4 Article 4 de la directive 2009/52/CE.

5 Article 5 de la directive 2009/52/CE.

6 Article 6 de la directive 2009/52/CE.

prestations, aides ou subventions publiques, l'exclusion de procédures de passation de marchés publics, le recouvrement d'aides publiques, voire la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction¹. Pénales ensuite², dans la mesure où la directive définit les cas dans lesquels les infractions à l'interdiction d'emploi des ressortissants de pays tiers peuvent constituer une infraction pénale³. Il s'agit de situations présentant un caractère intentionnel et recouvrant des circonstances graves et pour lesquelles des sanctions administratives ne sont pas considérées comme suffisamment dissuasives⁴. En conséquence, les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les personnes physiques qui commettent ces infractions pénales soient passibles de peines effectives, dissuasives et proportionnées⁵. En application du principe de la « pénalisation appropriée »⁶, la directive indique qu'une sanction pénale effective, dissuasive et proportionnée doit être adoptée mais ne définit pas le contenu de cette sanction pénale qui relève de la compétence des Etats membres. Cette solution est désormais classique⁷.

Enfin, la directive prévoit que les Etats membres veillent à l'établissement de mécanismes permettant aux ressortissants de pays tiers de pouvoir porter plainte contre les employeurs. Elle prévoit notamment que dans certaines situations, travail abusif ou emploi illégal d'un mineur, les Etats membres peuvent délivrer des titres de

1 Article 7 de la directive 2009/52/CE.

2 Articles 10 et 11 de la proposition.

3 Article 9 de la directive 2009/52/CE : « 1. Les États membres veillent à ce que l'infraction à l'interdiction visée à l'article 3 constitue, lorsqu'elle est intentionnelle, une infraction pénale dans chacune des circonstances suivantes, conformément à la législation nationale :

- a) l'infraction est continue ou répétée de manière persistante ;
- b) l'infraction a trait à l'emploi simultané d'un nombre significatif de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ;
- c) l'infraction s'accompagne de conditions de travail particulièrement abusives ;
- d) l'infraction est commise par un employeur qui, tout en n'ayant pas été accusé d'une infraction établie conformément à la décision-cadre 2002/629/JAI ni condamné pour celle-ci, utilise le travail ou les services d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier en sachant que cette personne est victime de la traite des êtres humains ;
- e) l'infraction a trait à l'emploi illégal d'un mineur.

2. Les États membres veillent à ce que le fait d'encourager, de faciliter et d'inciter à commettre intentionnellement les actes visés au paragraphe 1 soit passible de sanctions pénales ».

4 Point 21 du préambule de la directive 2009/52/CE « L'expérience montre que les systèmes de sanctions existants se sont révélés insuffisants pour garantir le respect total des interdictions frappant l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment parce que des sanctions administratives ne permettent vraisemblablement pas, à elles seules, de dissuader certains employeurs peu scrupuleux. Le respect des règles peut et devrait être renforcé par l'application de sanctions pénales ».

5 Article 10 de la directive 2009/52/CE.

6 Ce principe vise à déterminer dans quelle mesure la Communauté intervient dans le choix de la sanction appropriée afin de garantir le respect de la règle communautaire et réduit d'autant la capacité des Etats membres d'en déterminer la nature mais pas nécessairement les moyens puisque ces derniers demeurent seuls capables de définir au regard de leur ordre interne la ou les sanctions appropriées. Voir, POELEMANS M. « La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne », BRUYLANT-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2004, 754 p, sp. 268-270.

7 Voir par exemple, directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 328/28 du 06.12.2008.

séjour à durée limitée selon des modalités comparables à la directive 2004/81/CE. En revanche, et à l'instar de cette dernière, la directive 2009/52/CE n'harmonise pas vraiment les législations nationales dans la mesure où les conditions de délivrance des titres de séjour sont définies par le droit national¹.

La directive poursuit de manière intéressante le processus d'harmonisation de la lutte contre l'immigration irrégulière dans la mesure où elle tente de résorber le phénomène en s'attaquant à l'une de ses sources.

La politique européenne de lutte contre l'immigration irrégulière présente deux facettes. La première consiste à consolider l'existant et par conséquent à accentuer le processus d'harmonisation des règles nationales. La seconde, plus novatrice, tente d'harmoniser des domaines jusque-là demeurés de la compétence exclusive des États membres. Cela concerne tout d'abord l'adoption de sanctions à l'encontre des employeurs. Cela concerne ensuite la délivrance de titre de séjour aux personnes victimes de la traite. En conclusion, le domaine poursuit son œuvre harmonisatrice sur le fondement de l'existant ou dans des domaines inédits. Ce processus d'harmonisation progressif se développe également dans le domaine de la politique du retour.

Sous-section 2. LE DÉVELOPPEMENT D'UNE POLITIQUE DU RETOUR

Toute politique migratoire cohérente² s'accompagne de règles relatives à l'éloignement des personnes ne remplissant pas ou ne remplissant plus les conditions d'entrée et de séjour sur un territoire déterminé³. La Communauté s'est donc engagée dans l'élaboration d'une politique du retour⁴ en tant que « partie

1 Article 13, paragraphe 4, de la directive 2009/52/CE « En ce qui concerne les infractions pénales visées à l'article 9, paragraphe 1, points c) ou e), les États membres définissent, dans le cadre de leur droit national, les conditions dans lesquelles ils peuvent délivrer, cas par cas, des titres de séjour d'une durée limitée, en fonction de la longueur des procédures nationales correspondantes, aux ressortissants de pays tiers intéressés, selon des modalités comparables à celles qui sont applicables aux ressortissants de pays tiers entrant dans le champ d'application de la directive 2004/81/CE ».

2 « L'hypothèse de départ est qu'une politique en matière de retour est nécessaire pour pouvoir préserver l'intégrité des systèmes d'admission légale et d'admission pour des motifs humanitaires », Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 175 final du 10.04.2002, sp. 6.

3 Voir notamment, NASCIMBENE B. (ed.) « L'éloignement et la détention des étrangers dans les États membres de l'Union européenne », GUILLERE Editore, Milan, 2001, 602 p. La convention de Schengen avait justement rappelé cette logique dans son article 23, paragraphe 1^{er}, en indiquant que « L'étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions de court séjour applicables sur le territoire de l'une des Parties contractantes doit en principe quitter sans délai le territoire des Parties contractantes ».

4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 564 final du 14.10.2002, sp. 4.

intégrante »¹ de la politique migratoire. Seulement, la politique communautaire s'est développée de manière singulière. Tout d'abord, l'équilibre prôné à Tampere² entre retour volontaire³ et retour forcé⁴ a progressivement tourné à l'avantage du retour forcé des ressortissants de pays tiers⁵ notamment par la conclusion d'accords de réadmission⁶. Ensuite, la volonté d'obtenir des résultats concrets dans ce domaine a renvoyé l'action législative au second plan⁷. Ainsi, les premiers textes adoptés par la Communauté ont eu pour objet de renforcer la coopération opérationnelle entre Etats membres⁸. L'action législative ne s'est développée que dans un second temps. Au final, et hormis les aspects opérationnels⁹, la politique communautaire du retour a emprunté deux voies distinctes. D'une part, la recherche d'effectivité a conduit la Communauté à conclure des accords de réadmission avec les pays tiers vers lesquels les personnes en situation irrégulière doivent être éloignées (I). D'autre part, et dans un second temps, la Communauté a adopté une directive visant à harmoniser les normes et procédures communes aux Etats membres en matière de retour des personnes en situation irrégulière (II).

1 Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine », COM(2001) 672 final du 15.11.2001, sp. 27.

2 « Le Conseil européen demande que l'aide aux pays d'origine et de transit soit accrue afin de faciliter les retours volontaires et de permettre aux autorités de ces pays de renforcer leurs moyens de combattre efficacement la traite des êtres humains et de satisfaire à leurs obligations en matière de réadmission à l'égard de l'Union et des Etats membres », Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 11, point 26.

3 « Le départ, assisté ou non, vers le pays d'origine, de transit ou un autre pays tiers effectué de son plein gré par le candidat au retour », Proposition relative à un programme d'aide au retour, *Doc. 14673/02* du 25 novembre 2002, sp. 29.

4 « Retour imposé dans le pays d'origine, de transit ou un autre pays tiers, effectué sur la base d'un acte administratif ou judiciaire », Proposition relative à un programme d'aide au retour, *Doc. 14673/02* du 25 novembre 2002, sp. 29.

5 Dès la mise en œuvre de la politique du retour, la Commission européenne abordait la thématique sous l'angle du retour forcé s'inspirant en cela du plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, JOUE C 142/23 du 14.06.2002.

6 « Le Conseil européen lance un appel au Conseil et à la Commission pour que, (...), ils accordent une priorité absolue aux mesures suivantes contenues dans le plan :

(...)
accélérer la conclusion des accords de réadmission en cours de négociation et approuver de nouveaux mandats pour la négociation d'accords de réadmission avec les pays déjà identifiés par le Conseil »

Paragraphe 30 des conclusions de la présidence du Conseil européen de Séville, Bull-CE n° 6-2002, p. 12.

7 « la plus haute priorité doit être accordée aux aspects pratiques et opérationnels de la coopération entre les Etats membres dans le domaine du retour, il conviendra d'examiner, lors de l'évaluation de cette coopération, s'il y a lieu de créer un cadre juridique adéquat à moyen et à long terme », Proposition relative à un programme d'aide au retour, *Doc. 14673/02* du 25 novembre 2002, sp. 11, point 15.

8 Pour une analyse approfondie de cet aspect, voir en particulier JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. pp. 207-213.

9 Voir à ce sujet, Partie 2, Titre 2. sous-section relative à la coordination des mesures administratives dans le domaine de la politique du retour. Cette sous-section traite des textes adoptés par la Communauté européenne en matière de reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, d'assistance au transit et d'organisation de vols communs.

I. LA RÉADMISSION COMME INSTRUMENT PRIORITAIRE DE LA POLITIQUE DU RETOUR

Si la compétence de la Communauté pour conclure des accords de réadmission n'est pas clairement formulée par le traité d'Amsterdam¹, les Etats membres ont rapidement conclu à son existence et convenu de sa mise en œuvre². Instruments de la politique du retour, les accords de réadmission ont pendant longtemps constitué le seul instrument de politique extérieure de la Communauté en matière migratoire³. Ainsi, plusieurs accords et clauses de réadmission ont été conclus par la Communauté avec les pays tiers (A). L'engagement des pays tiers a toutefois impliqué l'obligation pour la Communauté d'offrir de nombreuses contreparties (B).

A. Les accords et clauses de réadmission conclus par la Communauté

L'obligation de réadmission peut résulter des dispositions d'un accord consacré à cette question (1) ou découler d'une clause introduite dans un accord plus large (2)

1 L'article 63, paragraphe 3, point b) du traité CE indique simplement que le Conseil adopte des mesures relatives au « rapatriement des personnes en séjour irrégulier ».

2 Le point 27 des conclusions de Tampere indique « Le traité d'Amsterdam a conféré des compétences à la Communauté dans le domaine de la réadmission. Le Conseil européen invite le Conseil à conclure des accords de réadmission ou à insérer des clauses-types dans d'autres accords conclus entre la Communauté européenne et les pays ou groupes de pays tiers concernés. Il convient également d'examiner les règles relatives à la réadmission entre Etats membres », Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere. », Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 11. En outre, et dès le mois de décembre 1998 le plan d'action de Vienne prévoit au titre des mesures à adopter à court terme dans le domaine de l'immigration, la mise en œuvre d'une « politique cohérente en matière de réadmission et de retour », Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1999, sp. paragraphe 36.

3 Avant que « l'approche globale » ne vienne élargir le champ des relations de la Communauté avec les pays tiers en matière migratoire. Sur ce point voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations : Première étape du processus de suivi de Hampton Court », COM(2005) 621 final du 30.11.2005 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Application de l'approche globale sur la question des migrations aux régions bordant l'Union européenne à l'Est et au Sud-Est », COM(2007) 247 final du 16.05.2007 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Une politique commune de l'immigration pour l'Europe : principes, actions et instruments », COM(2008) 359 final du 17.06.2008 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Renforcer l'approche globale de la question des migrations : accroître la coordination, la cohérence et les synergies », COM(2008) 611 final du 08.10.2008.

1. Les accords de réadmission

Les accords de réadmission apparaissent dans le paysage juridique des Etats membres à partir des années 50. Conçus initialement sur une base bilatérale, ces accords prennent progressivement une dimension multilatérale¹. Au niveau européen, la coopération Schengen a permis de conclure un premier accord multilatéral entre les Etats Schengen et la Pologne en contrepartie d'une levée de l'obligation de visa pour les ressortissants de ce pays tiers². Faute de compétence communautaire reconnue par le traité de Maastricht, c'est par l'intermédiaire de règles non contraignantes que l'action s'est développée. Dès 1993, les ministres réunis au Conseil justice et affaires intérieures ont approuvé un plan d'action en matière d'immigration portant sur la question de la réadmission³ afin notamment d'en reconnaître le principe⁴. Deux recommandations ont complété ce mouvement. La première visait à établir un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers que les Etats membres s'engageaient à utiliser comme base de négociation à partir du 1^{er} janvier 1995⁵. La seconde établissait des principes directeurs à suivre lors de la négociation de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission⁶. Ces deux textes visaient à inciter une harmonisation non contraignante des accords bilatéraux conclus par les Etats membres.

La compétence communautaire reconnue par le traité d'Amsterdam invite à reconsidérer la question de la réadmission et notamment à élargir son champ. Ainsi, d'une approche limitée à la réadmission des ressortissants du pays tiers signataires dans les accords de première génération, les accords communautaires doivent s'étendre au franchissement illégal des frontières extérieures, à la résidence illégale ou irrégulière sur le territoire de l'Etat partie à l'accord et aux ressortissants de pays tiers ayant transité par le territoire du pays signataire. A ce titre, le Conseil a adopté en novembre 2002 une définition élargie des accords de réadmission de « seconde génération ». Un accord de réadmission est défini comme un « accord imposant des obligations réciproques aux parties contractantes et fixant les procédures administratives et opérationnelles

1 Au point de parler de « générations » d'accords de readmission, voir sur ce point, SCHIEFFER M. « The Readmission of Third Country Nationals within Bilateral and Multilateral Framework » in DEN BOER M. (Edited by) « The Implementation of Schengen : First the Widening, Now the Deepening », I.E.A.P., Maastricht, 1997, 172 p., pp. 97-108.

2 Pour une présentation de l'accord, voir notamment DENOEL X. « Les accords de réadmission du Benelux à Schengen et au-delà », R.T.D.E. 1993, pp. 635-653, sp. 646-648. Voir également RODIER C. « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE – Synthèse et recommandation pour le Parlement européen », Parlement européen, Direction générale pour les politiques externes de l'Union, Direction B, Département thématique, doc PE374.366, 26 p., sp. 17-18.

3 Bull-CE n° 11-1993, sp. 102.

4 SCHIEFFER M. « The Readmission of Third Country Nationals within Bilateral and Multilateral Framework » in DEN BOER M. (Edited by) « The Implementation of Schengen : First the Widening, Now the Deepening », I.E.A.P., Maastricht, 1997, 172 p., sp. 97-108, sp. 106.

5 Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, JO C 274/20 du 19.09.1996.

6 Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, JO C 274/25 du 19.09.1996.

détaillées, afin de faciliter le retour et le transit des personnes qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus, les conditions d'entrée, de présence et de séjour dans l'Etat requérant »¹.

L'identification des pays tiers avec lesquels conclure des accords de réadmission s'est tout d'abord réalisée de manière « désordonnée »². Dès le mois de septembre 2000, quatre mandats de négociation sont attribués à la Commission pour conclure un accord de réadmission avec le Maroc, le Sri Lanka, la Russie et le Pakistan³. En mai 2001, suite à une demande de levée de l'obligation de visa pour leurs ressortissants⁴, les négociations ont été ouvertes avec Hong Kong et Macao. Le Conseil européen de Laeken de décembre 2001 a imposé l'établissement « d'une nouvelle liste de priorités et d'un plan d'action clair » en vue de la conclusion d'accords de réadmission⁵. En conséquence, les Etats membres ont déterminé, en avril 2002, une série de critères afin de déterminer la liste des pays tiers concernés par de nouveaux accords⁶. Une nouvelle vague de négociation s'est ouverte en juin 2002 avec l'Ukraine⁷, et s'est poursuivie en novembre 2002 avec l'Albanie, l'Algérie, la Chine et la Turquie⁸. Enfin, le Conseil

-
- 1 Proposition relative à un programme d'aide au retour, 25 novembre 2002, *Doc. 14673/02*, p. 29.
 - 2 Nils COLEMAN expose les méthodes utilisées par le Conseil afin de déterminer les premiers pays tiers concernés par la conclusion d'un accord de réadmission. Il en conclut notamment que le développement initial de la politique européenne de réadmission engagée après le Conseil européen de Tampere était « impromptu ». COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 139-143.
 - 3 Parmi ces quatre pays tiers, trois faisaient déjà l'objet d'un plan d'action engagé dans le cadre des travaux du Groupe de Haut Niveau « Asile et Immigration ». Le mandat de ce groupe de travail du Conseil institué en décembre 1998 était d'établir des « plans d'actions » avec certains pays tiers en matière d'immigration. Etaient concernés par les plans d'action l'Albanie, le Maroc, l'Iraq, la Somalie, l'Afghanistan et Pakistan ainsi que le Sri Lanka. Voir à ce sujet VAN SELM J. « Immigration and Asylum or Foreign Policy : the EU's Approach to Migrants and Their Countries of Origin » in LAVENEX S. & UCARER E.M. (edited by) « Migration and the Externalities of European Integration », Lexington Books, Lanham-Boulder-New York-Oxford, 2002, 232 p., pp. 143-160.
 - 4 Voir à ce sujet COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 168.
 - 5 SN 300/1/01 REV 1, sp. 11.
 - 6 Les critères sont les suivants :
 - l'évaluation de la pression migratoire exercée par les flux de personnes qui proviennent des pays tiers ou transitent par ces pays, ainsi que le nombre de personnes en attente de retour. Peuvent en outre servir d'évaluation les obstacles s'opposant au retour tels que l'obtention de documents de voyage ;
 - l'exclusion des pays avec lesquels des négociations d'adhésion sont ouvertes et l'inclusion de pays tiers avec lesquels la Communauté européenne a conclu des accords d'association ou de coopération contenant une clause de réadmission ;
 - l'existence d'une frontière commune entre le pays tiers et un Etat membre ;
 - la valeur ajoutée de la conclusion d'un tel accord par la Communauté par rapport à la négociation d'accords bilatéraux par les Etats membres ;
 - le maintien d'un équilibre géographique entre les différentes régions d'origine et de transit des flux migratoires.
- Doc. 7990/02*, du 16 avril 2002.
- 7 Conseil Justice, affaires intérieures et protection civile du 13 juin 2002, *Doc. 9620/02*, p. 27.
 - 8 Conseil Justice et affaires intérieures, des 28 et 29 novembre 2002, *Doc. 14817/02*, p. 8.

Affaires générales de novembre 2004 a renforcé le critère géographique¹ et dessiné une politique de réadmission visant à établir une « zone tampon » avec les pays tiers limitrophes de l'Union européenne². Ainsi, la liste des mandats de négociation a été élargie à l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, la Bosnie-et-Herzégovine, la Moldova, le Monténégro et la Serbie. Au total, seize mandats de négociation ont été attribués à la Commission.

A la fin de l'année 2007, onze accords étaient conclus entre la Communauté européenne et les pays tiers³. Ces accords déterminent les obligations imposées à chaque partie contractante ainsi que les modalités de mise en œuvre de la réadmission⁴. En revanche, les négociations avec l'Algérie, la Chine⁵, le Maroc, le Pakistan et la Turquie

- 1 Comme le prévoit le Conseil Affaires générales et relations extérieures du 2 novembre 2004 « (...) le Conseil estime que la pression migratoire exercée sur certains Etats membres, ainsi que sur l'UE dans son ensemble, et la position géographique par rapport à l'UE (y compris des considérations de cohérence régionale et de voisinage) sont les critères les plus importants pour déterminer, cas par cas, les autres pays avec lesquels des accords de réadmission devraient être conclus », *Doc. 13588/1/04 REV 1*, p. 21. Voir par ailleurs l'audition du Commissaire FRATINI devant la Commission d'enquête du Sénat. A cette occasion, le Commissaire soulignait « Nous avons obtenu des mandats pour la négociation d'accords avec onze pays. Pour sélectionner ceux-ci, le Conseil a tenu compte d'un certain nombre de critères dont les plus importants étaient la pression migratoire en provenance du pays tiers et sa position géographique par rapport à l'Union ainsi que la « valeur ajoutée » qu'un accord communautaire pouvait représenter par rapport aux accords bilatéraux existants conclus par les Etats membres », OTHILY G. et BUFFET F.-N., Rapport de la Commission d'enquête sur l'immigration clandestine, n° 300, Sénat, 7 avril 2006, Tome II : Annexes, 616 p., sp. 528.
- 2 COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 148.
- 3 Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 17/25 du 24.01.2004 ; Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 143/99 du 30.04.2004 ; Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 124/22 du 17.05.2005 ; Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 124/43 du 17.05.2005 ; Accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Russie, JO L 129/40 du 17.05.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine sur la réadmission des personnes, JO L 332/48 du 18.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/7 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République du Monténégro concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/26 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/46 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/66 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/149 du 19.12.2007.
- 4 Pour une analyse du contenu des accords, voir COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 87-110.
- 5 Si le protocole d'accord signé entre la Communauté européenne et la République de Chine relatif à la délivrance de visas aux groupes de touristes chinois contient une disposition portant sur la réadmission, cet accord ne constitue pas un véritable accord de réadmission. Voir, Protocole d'accord entre la Communauté européenne et l'administration nationale du tourisme de la République populaire de

demeurent en cours. La difficulté de conclure des accords avec ces pays tiers relativise la capacité de négociation de la Communauté et l'effectivité de la politique européenne de lutte contre l'immigration clandestine étant donné que ces pays constituent des pays d'origine ou de transit importants de l'immigration clandestine à destination de l'Union européenne.

2. *Les clauses de réadmission*

Les clauses de réadmission constituent le second volet de la politique. Puisque la conclusion d'accords de réadmission avec l'ensemble des partenaires de la Communauté n'est pas réaliste, tant en nombre que sur le fond, des clauses de réadmission sont intégrées dans le dialogue avec les pays tiers. La clause de réadmission introduit une obligation réciproque de reprise en charge par les Etats parties des ressortissants illégalement présents sur leur territoire. En revanche, elle ne détermine pas les procédures et conditions dans lesquelles ces retours doivent être opérés.

Initiée à partir de recommandations de 1994 et de 1995, la politique tendant à introduire une clause de réadmission dans chaque accord conclu par la Communauté avec un ou plusieurs pays tiers est renforcée à partir de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam¹. Ainsi, le Conseil JAI, du 2 décembre 1999, soulignait la nécessité d'intégrer des clauses types de réadmission « dans tous les futurs accords communautaires et accords entre la CE, ses Etats membres et des pays tiers »². Ce que rappelait avec vigueur le Conseil européen de Séville³. En conséquence, des clauses de réadmission ont été introduites dans les accords conclus par la Communauté avec l'Arménie⁴, l'Azerbaïdjan⁵, la Géorgie⁶,

Chine, concernant les visas et les questions connexes liées aux groupes de touristes de la République populaire de Chine (SDA), JO L 83/14 du 20.03.2004.

- 1 Voir notamment, PEERS S. « Irregular Immigration and External Relations » in BOGUZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK (Eds.) « Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 193-219.
- 2 Conseil Justice et affaires intérieures du 2 décembre 1999, *Doc. 13461/99*.
- 3 « Le Conseil européen demande instamment que, dans tout futur accord de coopération, accord d'association ou accord équivalent que l'Union européenne ou la Communauté européenne conclura avec quelque pays que ce soit, soit insérée une clause sur la gestion conjointe des flux migratoires ainsi que sur la réadmission obligatoire en cas d'immigration illégale », Conclusions du Conseil européenne de Séville, 21 et 22 juin 2002, Bull-CE n° 6-2002, pp. 8-24, sp. 13, paragraphe 33.
- 4 Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Arménie, d'autre part, JO L 239/3 du 09.09.1999.
- 5 Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Azerbaïdjan, d'autre part, JO L 246/3 du 17.09.1999.
- 6 Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part, JO L 205/3 du 04.08.1999.

l'Ouzbékistan¹, les pays ACP², le Chili³, l'Égypte⁴, l'ancienne République yougoslave de Macédoine⁵ et la Croatie⁶. Toutefois, et malgré une volonté politique forte, certains accords nouvellement conclus⁷ ne contiennent toujours pas une telle clause, comme le démontrent les accords conclus avec Israël⁸, la Jordanie⁹ et le Liban¹⁰ qui envisagent simplement un dialogue dans le domaine de l'immigration clandestine et des conditions de retour.

Les clauses de réadmission s'accompagnent généralement d'une disposition prévoyant la conclusion ultérieure d'un accord de réadmission à la demande de l'une des parties¹¹. Avant Amsterdam, les clauses envisageaient la conclusion d'accords bilatéraux, désormais les accords peuvent être communautaires, comme l'indique une décision annexée au Conseil JAI du 2 décembre 1999¹². La reconnaissance de cette

- 1 Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Ouzbékistan, d'autre part, JO L 229/3 du 31.08.1999.
- 2 Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, JO L 317/3 du 15.12.2000.
- 3 Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, avec la République du Chili, d'autre part, JO du 30.12.2002, p. 3.
- 4 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Égypte, d'autre part, JO L 304/39 du 30.09.2004.
- 5 Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, JO L 84/13 du 20.03.2004.
- 6 Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part, JO L 26/3 du 28.01.2005.
- 7 Nous prenons comme point de repère de l'analyse le Conseil JAI de décembre 1999. Si certains accords conclus antérieurement contiennent de telles clauses, ce n'est pas toujours le cas. Voir par exemple l'accord de coopération entre la Communauté européenne et la République du Yémen, JO L 72/18 du 11.03.1998 qui ne se réfère aucunement aux migrations ou à la réadmission. Ou encore l'accord avec le Kirghizstan qui instaure un simple engagement à la coopération, Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République kirghize, d'autre part, JO L 196/48 du 28.07.1999.
- 8 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'État d'Israël, d'autre part, JO L 147/3 du 21.06.2000.
- 9 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, JO L 129/3 du 15.05.2002.
- 10 Accord euro-méditerranéen instituant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République libanaise, d'autre part, *Doc. 7293/02* du 18.04.2002.
- 11 Par exemple, Article 72, paragraphe 2, de l'accord de partenariat entre la Communauté et l'Arménie : (...)
2. « La République d'Arménie convient de conclure des accords bilatéraux avec les États membres qui le souhaitent, réglant les obligations spécifiques pour la réadmission et comprenant une obligation de réadmission de ressortissants d'autres pays et d'apatrides arrivés sur le territoire d'un tel État membre à partir de la République d'Arménie ou arrivés sur le territoire de la République d'Arménie à partir d'un tel État membre ».
JO L 239/3 du 09.09.1999.
- 12 Elle mentionnait que « Les parties conviennent de conclure, à la demande de l'une d'entre elles, un accord entre l'État X et la Communauté européenne régissant les obligations spécifiques incombant à l'État X et aux États membres de la Communauté européenne en matière de réadmission, y compris une obligation de réadmission des ressortissants d'autres pays et des apatrides », *Doc. 13461/99*.

compétence communautaire ressort d'ailleurs des accords d'association conclus avec l'ancienne République de Yougoslavie de Macédoine¹, avec la République de Croatie² ou encore le Chili³. Toutefois, la possibilité de conclure des accords bilatéraux demeure possible, sinon envisagée à l'image de l'article 69 de l'accord euro-méditerranéen établissant une association avec l'Égypte qui envisage la négociation et la conclusion d'accords « bilatéraux » de réadmission⁴. Cette formulation n'évacuant pas l'hypothèse de l'ouverture de négociations communautaires avec ce pays tiers.

Si la Communauté a fait de la réadmission un axe central de sa politique extérieure et de ses relations avec les pays tiers, la mise en œuvre de la politique n'a pas atteint les résultats espérés.

B. Les résultats mitigés de la politique de réadmission

Il est souvent souligné que les obligations figurant dans les accords de réadmission pèsent essentiellement sur les pays tiers. Exacte en théorie, cette assertion doit toutefois être relativisée. D'une part, au regard des contreparties que la Communauté a dû concéder pour parvenir à ses fins (1). D'autre part, au regard de l'effectivité réelle de ces accords (2).

1. Les contreparties à la conclusion des accords de réadmission

Souligner la charge de l'obligation de réadmission pesant sur les pays tiers n'éclaire que partiellement la problématique entourant la négociation des accords. En effet, les pays tiers tirent un profit considérable de l'envoi de fonds privés à destination du pays d'origine⁵ que ces fonds proviennent de personnes en situation régulière ou irrégulière. Ainsi, espérer limiter les effets de l'immigration illégale dans l'Union européenne par la conclusion d'accords de réadmission revient à convaincre les pays tiers d'abandonner une opportunité pour accepter une contrainte. En conséquence, les pays tiers sont fondés à demander des contreparties à la conclusion d'accords de réadmission.

1 Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, JO L 84/13 du 20.03.2004.

2 Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part, JO L 26/3 du 28.01.2005.

3 Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, avec la République du Chili, d'autre part, JO du 30.12.2002, p. 3.

4 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part, JO L 304/39 du 30.09.2004.

5 Voir notamment, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM(2002)703 final du 03.12.2002, sp. 15.

La première contrepartie négociée a concerné la conclusion d'accords visant à faciliter la délivrance de visas¹. En pratique, et hormis Hong Kong et Macao qui ont obtenus une exemption de visa pour leurs ressortissants², des accords visant à faciliter la délivrance de visas ont été signés avec l'Albanie³, l'Ancienne République yougoslave de Macédoine⁴, la Bosnie-et-Herzégovine⁵, la Moldavie⁶, le Monténégro⁷, la Russie⁸, la Serbie⁹ et l'Ukraine¹⁰. La seconde contrepartie a été constituée d'incitations financières¹¹. Ainsi, les efforts engagés par les pays tiers doivent être contrebalancés par une dotation financière importante. C'est dans cet esprit qu'un programme d'assistance technique et financière est adopté en mars 2004 en vue notamment de stimuler la conclusion d'accords de réadmission par les pays tiers¹². En effet, l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement indique « Le programme est particulièrement, mais non exclusivement, destiné aux pays tiers qui travaillent activement à la préparation ou à la mise en œuvre d'un accord de réadmission paraphé, signé ou conclu avec la Communauté européenne ». Le lien entre engagement juridique et contrepartie financière est clairement établi. Une troisième contrepartie a consisté à assister les

1 Sur le lien entre réadmission et facilitation en matière de politique des visas, voir notamment TRAUNER F. & KRUSE I. « EC Visa Facilitation and Readmission Agreement : A New Standard EU Foreign Policy Tool ? », *EJML* 2008, pp. 411-438.

2 Voir sur ce point DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 1-95, sp. 90.

3 Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie visant à faciliter la délivrance de visas ; JO L 334/137 du 19.12.2007.

4 Accord entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine visant à faciliter la délivrance de visas ; JO L 334/125 du 19.12.2007.

5 Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine visant à faciliter la délivrance de visas ; JO L 334/97 du 19.12.2007.

6 Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova visant à faciliter la délivrance de visas ; JO L 334/169 du 19.12.2007.

7 Accord entre la Communauté européenne et la République du Monténégro visant à faciliter la délivrance de visas ; JO L 334/109 du 19.12.2007.

8 Accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie ; JO L 129/27 du 17.05.2007.

9 Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie visant à faciliter la délivrance de visas ; JO L 334/137 du 19.12.2007.

10 Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine visant à faciliter la délivrance de visas ; JO L 332/68 du 18.12.2007.

11 Comme l'exposait le Conseil Justice et affaires intérieures de juin 2002, « L'Union européenne et ses États membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, envisageront d'offrir aux pays d'embarquement, de sortie ou de transit, entre autres, des moyens et une assistance technique pour les aider à appliquer les mesures énumérées au point 3 [mesures préventives à adopter par les pays d'embarquement, de sortie ou de transit], sans préjudice des autres politiques de l'Union européenne tendant à une approche globale et équilibrée du phénomène migratoire, l'objectif étant d'assurer un contrôle commun des flux migratoires. Ces aides seront accordées en fonction de la volonté des autorités des pays d'embarquement, de sortie ou de transit des mouvements migratoires de coopérer avec l'Union européenne, en ce qui concerne, notamment la réadmission, ainsi que des besoins en rapport avec cette coopération. », Conseil Justice et affaires intérieures, 13 juin 2002, *Doc. 9620/02*, sp. 10.

12 Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS), JO 80/1 du 18.03.2004.

pays tiers dans leur capacité opérationnelle en leur fournissant des équipements de surveillance des frontières très sophistiqués, tels que des avions, bateaux, hélicoptères, radars infrarouges, sans être sûr du reste que leur utilisation soit destinée uniquement à la surveillance des frontières¹. Enfin, la réorientation de la politique extérieure par le biais de l'Approche globale des migrations² offre désormais l'opportunité d'assortir la conclusion d'un accord de réadmission d'un accès facilité au marché européen du travail³. Cette contrepartie étant notamment envisagée dans le cadre de partenariats de mobilité⁴.

En définitive, et en dehors de situations particulières permettant à la Communauté de disposer d'un véritable levier de négociation⁵, l'ouverture de négociations portant sur un accord de réadmission permet aux pays tiers d'élargir le champ des négociations avec l'Union européenne. En d'autres termes, les accords de réadmission ne bénéficient pas uniquement à la Communauté mais également aux pays tiers⁶.

2. *L'efficacité relative des accords de réadmission*

La relativité tient tout d'abord à la difficulté de conclure dans des délais rapides les accords de réadmission⁷. Ayant saisi l'opportunité d'ouvrir des négociations plus

-
- 1 Sur ce point, voir en particulier COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 63.
 - 2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations : première étape du processus de suivi de Hampton Court », COM(2005) 621 final du 30.11.2005.
 - 3 « Après que certaines conditions auront été satisfaites, telles que la coopération en matière d'immigration clandestine et la conclusion d'accords de réadmission, l'objectif pourrait être d'établir en concertation avec un certain nombre de pays tiers intéressés des **programmes de mobilité** qui permettraient à leurs ressortissants de bénéficier d'un meilleur accès à l'UE. Il est manifestement nécessaire de mieux organiser les diverses formes de déplacements légaux entre l'UE et les pays tiers. Ces programmes de mobilité constitueraient le cadre général pour la gestion de ces déplacements et regrouperaient les possibilités offertes par les États membres et par la Communauté européenne, tout en respectant scrupuleusement le partage des compétences prévu par le traité », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.1.2006, sp. 8. Voir par ailleurs un exemple concernant la politique de voisinage, LEPESANT G. « L'Union européenne et son voisinage : vers un nouveau contrat », Politique étrangère, n° 4/2004, pp. 765-780, sp. 771.
 - 4 Voir, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007.
 - 5 Le Conseil de l'Union européenne a conditionné la signature de l'accord de Cotonou à l'introduction d'une clause de réadmission. En conséquence, la totalité de l'accord, donc les mois de négociations qui avaient précédé, dépendait de l'intégration du seul article 13, paragraphe 5, point c) dans l'accord de Cotonou. La Chine a également été soumise à un traitement similaire. Sa participation au projet Galileo a été déterminée par son acceptation à négocier un accord de réadmission.
 - 6 Sur ce point, voir en particulier COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 323.
 - 7 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM(2002)703 final du 03.12.2002, sp. 26 ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en

larges avec l'Union européenne, les pays tiers ont en pratique obligé la Commission à négocier avec les Etats membres. En effet, la Commission est investie d'un rôle de négociateur mais ne dispose pas du pouvoir de décision. Ainsi, elle a été contrainte de négocier avec les Etats membres les contreparties réclamées par les pays tiers¹. Cette situation a compliqué et alourdi le processus de négociation.

Ensuite, l'efficacité des accords de réadmission en matière de lutte contre l'immigration clandestine est incertaine. Il est généralement admis que les pays tiers engagés dans un accord de réadmission avec la Communauté renforcent les contrôles de leurs frontières de manière à ne pas être contraints de réadmettre les ressortissants de pays tiers ayant transité par leur territoire². Seulement, cette assertion doit être relativisée car rien n'atteste que cela soit le cas en pratique. En effet, le renforcement des contrôles frontaliers doit être mis en balance avec le « coût » de la réadmission. Concrètement, l'arrestation d'un migrant à la frontière ou sur le territoire oblige le pays tiers à déterminer l'action à mettre en œuvre. Ainsi, il peut placer la personne en rétention, l'éloigner, lui attribuer un titre de séjour ou encore la déclarer en situation illégale et délivrer un ordre de quitter le territoire. Or, ces obligations sont identiques à celles qui résultent de la mise en œuvre de l'accord de réadmission. Par conséquent, le pays tiers peut décider de ne pas renforcer les contrôles frontaliers et préférer accepter un risque de réadmission qui demeure en pratique incertain³. En effet, la demande de réadmission n'intervient qu'à l'occasion de la découverte par l'Etat membre d'un ressortissant de pays tiers en situation d'irrégularité.

Enfin, l'efficacité de la politique de réadmission ne se mesure pas seulement au regard du nombre d'accords conclus mais également au regard des Etats membres ayant accepté de conclure ces accords. De ce point de vue, l'absence de signature d'accord de réadmission avec la Russie⁴, l'Algérie, la Chine, le Maroc, le Pakistan et la Turquie relativise fortement l'action de la Communauté en matière de lutte contre l'immigration clandestine dans la mesure où ces pays tiers constituent d'importants pays d'origine et/ou de transit de l'immigration clandestine en direction de l'Europe⁵.

vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 15.

- 1 Voir notamment, COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 190.
- 2 « Ainsi, la réadmission responsabilise tant les Etats membres que les Etats tiers dans leur obligation d'assumer un contrôle efficace de leurs frontières », Catalogue Schengen « Contrôles aux frontières extérieures, éloignement et réadmission : recommandations et meilleures pratiques », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, DG H, Février 2002, 56 p., sp. 56.
- 3 Voir en particulier à ce sujet, COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p., sp. 62-63.
- 4 Intervention de Nils COLEMAN à l'occasion du colloque organisé par le réseau académique Odysseus à Bruxelles les 3 et 4 avril 2009 sur « La dimension externe de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne »
- 5 Voir notamment la carte reproduite in BARROT J. « Quel modèle de politique migratoire et d'asile pour l'Union européenne » in CHOPIN T. et FOUCHER M. « L'état de l'Union 2009. Rapport Schuman sur l'Europe », Centre for European Studies & Fondation Robert SCHUMAN, Editions Lignes de Repères, Paris, 2009, 267 p., pp. 113-118, sp. 114.

Initialement fondée sur une approche unilatérale, allant même jusqu'à ce que certains Etats membres proposent à l'occasion du Conseil européen de Séville de sanctionner les pays tiers ne coopérant pas suffisamment dans ce domaine¹, la politique de réadmission de la Communauté a progressivement pris en compte la nécessité d'offrir de nombreuses contreparties aux pays tiers sous forme d'accords de facilitation de délivrance de visas, de fournitures d'équipements ou encore d'aides financières. Ce changement d'orientation est majeur et marque les limites de la politique engagée par la Communauté. D'une part, elle n'est pas parvenue à imposer ses priorités et a été contrainte d'abaisser ses prétentions en offrant des contreparties aux pays tiers. D'autre part, rien n'indique que ce « recul » soit payé de retour compte tenu de l'efficacité relative des accords de réadmission, notamment en termes de renforcement des contrôles frontaliers dans les pays tiers.

La conclusion d'accords de réadmission constitue un volet important de la politique du retour de la Communauté européenne et contribue à faciliter l'organisation administrative et opérationnelle de l'éloignement des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière. La dimension législative de l'action communautaire s'est en revanche imposée de manière plus tardive par l'adoption d'une directive « retour ».

II. L'HARMONISATION PROGRESSIVE DES MESURES D'ÉLOIGNEMENT : LA DIRECTIVE « RETOUR »

Prévue par la Commission² et annoncée par le programme de La Haye³, l'adoption d'une directive relative aux normes et procédures communes applicables au retour des ressortissants de pays tiers⁴ a fait l'objet d'une médiatisation

1 Si les chefs d'Etat et de gouvernement ont refusé de faire dépendre l'aide au développement des progrès réalisés en matière de gestion commune des flux migratoires, les autres domaines n'ont pas été exclus de l'approche punitive. A ce titre, le point 36 des conclusions prévoyait « Le Conseil, après que les mécanismes communautaires existants auront été épuisés sans résultat, pourra constater, à l'unanimité, un manque de coopération non justifié de la part d'un pays tiers dans la gestion commune des flux migratoires. Dans ce cas le Conseil pourra adopter, conformément aux règles des traités, des mesures ou des positions dans le cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune et des autres politiques de l'Union européenne, tout en respectant les engagements contractés par l'Union et sans mettre en cause les objectifs de la coopération au développement », Conclusions du Conseil européenne de Séville, 21 et 22 juin 2002, Bull-CE n° 6-2002, pp. 8-24, sp. 13, paragraphe 36.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM(2001) 672 final du 15.11.2001, p. 26

3 « Le Conseil européen recommande la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement basée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité », Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, point 1.6.4, p. 6.

4 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatives aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 du 24.12.2008.

importante¹. Cette dernière était motivée tant par le fond du texte, la directive ayant notamment reçu le qualificatif de « directive de la honte »², que par les conditions d'adoption puisque la directive a été adoptée conformément à la procédure de codécision³. Sur le fond, la directive n'établit pas de « règles communes »⁴ et ne contribue pas à « codifier » un régime communautaire de l'éloignement⁵. En effet, elle pose des normes minimales visant à harmoniser progressivement les règles nationales. Si le texte organise des garanties minimales⁶, la marge de manœuvre des Etats membres dans la mise en œuvre de la directive demeure importante, qu'il s'agisse de son champ d'application (A), des décisions applicables au retour (B) ou encore de la rétention administrative (C).

A. Le champ d'application

Le champ d'application de la directive est en apparence clair mais présente en réalité un fort degré d'incertitude. La clarté résulte de l'article 2, paragraphe 1^{er}, qui prévoit que la directive « s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre ». Seulement, ce dispositif est accompagné de nombreuses incertitudes. La première concerne la définition du « séjour irrégulier ». Cette dernière ne concerne pas seulement le séjour mais également l'entrée sur le territoire. Si les conditions d'entrée sont définies par référence au Code communautaire Schengen, les « autres » conditions d'entrée et de séjour demeurent principalement⁷ régies par le

1 Voir notamment KAUFF-GAZIN F. « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », Europe, Février 2009, pp. 3-6, sp. 3.

2 CARLIER J.-Y. « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », E.D.L., n° 26, mai 2008, pp. 13-19, sp. 13.

3 Pour une analyse du rôle du Parlement européen dans le processus d'adoption de la directive, voir ACOSTA D. « The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law : is the European Parliament Becoming Bad and Ugly ? », EJML 2009, pp. 19-39.

4 Contrairement à ce qu'affirme le point 20 du préambule de la directive 2008/115/CE « Étant donné que l'objectif de la présente directive, à savoir établir des règles communes applicables au retour, à l'éloignement, à l'utilisation de mesures coercitives, à la rétention et aux interdictions d'entrée, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les Etats membres et peut donc, en raison de ses dimensions et de ses effets, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

5 « The result, (...) is the codification at EU level of an expulsion regime (...) », BALDACCINI A. « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », EJML, 2009, pp. 1-17.

6 Point 11 du préambule de la directive 2008/115/CE « Il y a lieu d'arrêter un ensemble commun minimal de garanties juridiques, applicables aux décisions liées au retour, afin d'assurer une protection efficace des intérêts des personnes concernées (...) ».

7 Exception faite des ressortissants de pays tiers couverts par des dispositions plus favorables du droit communautaire. Article 4, paragraphe 2, de la directive 2008/115/CE « La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions qui relèvent de l'acquis communautaire en matière d'immigration et d'asile et qui s'avéreraient plus favorables pour le ressortissant d'un pays tiers ». En d'autres termes, les ressortissants de pays tiers peuvent invoquer les dispositions plus favorables contenues dans les directives

droit national. Ainsi, les Etats membres disposent de larges marges de manœuvre pour définir les critères et conditions de régularité du séjour et déterminer les personnes relevant du champ de la directive. Cette question est déterminante notamment lorsque la personne est en situation irrégulière mais ne peut être éloignée si cette mesure l'expose à des risques de torture ou traitement inhumain ou dégradant. Ainsi, « il appartiendra aux droits nationaux de préciser ce qu'il faut entendre par séjour irrégulier »¹.

La seconde incertitude découle de la possibilité pour les Etats membres d'exclure du champ d'application de la directive les personnes appréhendées lors du franchissement de la frontière extérieure². Cette option permet d'exclure un nombre important de personnes de l'ensemble des garanties offertes par la directive³. L'introduction d'une disposition imposant aux Etats membres d'assurer un minimum de garanties aux personnes exclues du champ de la directive ne suffit pas à limiter les effets de l'exclusion⁴.

Enfin, l'article 2, paragraphe 2, b) de la directive permet aux Etats membres d'exclure du champ de la directive les ressortissants de pays tiers « faisant l'objet d'une sanction pénale ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet d'une procédure d'extradition ». Le phénomène de pénalisation de l'immigration irrégulière pourrait avoir pour effet concomitant de soustraire un nombre important de personnes du champ de la directive.

Qu'il s'agisse de la définition de la régularité du séjour ou encore des personnes relevant du texte⁵, le champ d'application de la directive pourrait recevoir des applications largement différenciées dans les Etats membres.

relatives au regroupement familial, aux résidents de longue durée, aux chercheurs, aux étudiants, ou encore la directive « qualification » en matière d'asile. Voir à ce sujet, BALDACCINI A. « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », *EJML*, 2009, pp. 1-17, sp. 4-5.

- 1 KAUFF-GAZIN F. « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », *Europe*, Février 2009, pp. 3-6, sp. 5.
- 2 Article 2 de la directive 2008/15/CE « Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers :
 - a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit Etat membre (...) ».
- 3 Voir à ce sujet, BALDACCINI A. « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », *EJML*, 2009, pp. 1-17, sp. 3.
- 4 Article 4, paragraphe 4, de la directive 2008/15/CE « En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers exclus du champ d'application de la présente directive conformément à l'article 2, paragraphe 2, point a), les États membres :
 - a) veillent à ce que le traitement et le niveau de protection qui leur sont accordés ne soient pas moins favorables que ceux prévus à l'article 8, paragraphes 4 et 5 (limitations du recours aux mesures coercitives), à l'article 9, paragraphe 2, point a) (report de l'éloignement), à l'article 14, paragraphe 1, points b) et d) (soins médicaux d'urgence et prise en considération des besoins des personnes vulnérables), ainsi qu'aux articles 16 et 17 (conditions de rétention), et
 - b) respectent le principe de non-refoulement ».
- 5 Le préambule de la directive prévoit opportunément que les demandeurs d'asile ne peuvent être considérés comme en séjour irrégulier. Point 9 du préambule de la directive 2008/15/CE « Conformément à la

B. Les décisions d'éloignement

La directive 2008/115/CE établit les règles relatives aux décisions de retour (1) et prévoit également les cas dans lesquels ces décisions peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée sur le territoire des Etats membres (2). Les dispositions de la directive prévoient également des garanties procédurales (3).

1. La décision de retour

L'article 6 paragraphe 1^{er}, de la directive pose un principe, celui de l'adoption par les Etats membres d'une « décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire ». Toutefois, les paragraphes suivants organisent plusieurs dérogations à cette obligation et rendent le principe largement dépendant de l'attitude des Etats membres. Cela est principalement le cas du 4^{ème} paragraphe qui les autorise à ne pas adopter de décision de retour pour des motifs « charitables, humanitaires ou autres ».

La directive vise par ailleurs à promouvoir le retour volontaire. Ainsi, l'article 7 indique que la décision de retour prévoit « un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire ». Cette disposition a le mérite de préciser un délai minimum permettant d'organiser le retour, ce qui constitue une garantie pour les personnes concernées. L'article 7 prévoit en outre la possibilité de prolonger le délai de départ volontaire en tenant notamment compte de « la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux ». Même si les conditions de prolongation sont mentionnées à titre indicatif, la possibilité d'étendre la période de retour volontaire est importante au regard de certaines situations particulières¹. En revanche, les Etats membres sont autorisés lorsqu'il existe un risque de fuite à encadrer les conditions d'exercice du retour volontaire². Ils peuvent également, pour une raison

directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, le ressortissant d'un pays tiers qui a demandé l'asile dans un État membre ne devrait pas être considéré comme étant en séjour irrégulier sur le territoire de cet État membre avant qu'une décision négative sur sa demande ou une décision mettant fin à son droit de séjour en tant que demandeur d'asile soit entrée en vigueur ». Sur les craintes qui avaient été formulées lors de la négociation au sujet des demandeurs d'asile, voir en particulier, Amnesty International « Returning « irregular » migrants : the human rights perspective. Amnesty International's comments on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, COM(2005) 391 final », May 2006, 11 p. ; ECRE « Comments from the European Council on Refugee and Exiles on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, (COM(2005) 391 final), CO2/5/2006/ExtPC, May 2006, 19 p.

- 1 Comme le soulignait la House of Lords, l'organisation du départ volontaire peut être compliquée pour certaines personnes, « Illegal Migrants : proposals for a common EU returns policy », House of Lords, HL Paper 166, European Union Committee, Report with Evidence, 32nd Report of Session 2005-06, 9 May 2006, 230 p. sp. 49.
- 2 Article 7, paragraphe 3 de la directive 2008/115/CE « Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire ».

identique ou pour des raisons d'ordre public refuser l'octroi d'un délai pour le retour volontaire¹.

En tout état de cause, les Etats membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour exécuter les décisions de retour lorsque l'obligation de retour volontaire n'a pas été respectée ou lorsqu'elle n'a pas été accordée, réserve faite des cas dans lesquels la mesure d'éloignement doit ou peut être reportée². Cela comprend notamment la possibilité d'user de mesures coercitives mais, précise le texte, « en dernier ressort »³. Dans ce cas, « les mesures sont proportionnées et ne comportent pas l'usage de la force allant au-delà du raisonnable ». Si la directive mentionne dans le préambule les « principes directeurs sur le retour forcé » adoptés par le Conseil de l'Europe⁴, l'article 8 indique que les Etats membres tiennent compte des orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations d'éloignement annexées à la décision 2004/573/CE⁵. Si ces deux dispositifs n'ont aucune valeur contraignante, l'obligation de respecter les droits fondamentaux et la dignité humaine encadre l'action des autorités nationales et les soumet au contrôle du juge national et communautaire.

2. *L'interdiction d'entrée*

L'interdiction d'entrée constitue l'une des dispositions les plus contestées de la directive⁶. Destinée à « conférer une dimension européenne aux effets des mesures nationales de retour »⁷, cette disposition met en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine du retour. Elle se définit comme « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des Etats membres pendant une durée déterminée ». L'article 11 de la directive détermine les conditions d'adoption de l'interdiction d'entrée. Elle accompagne les décisions de retour si aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire ou si l'obligation de retour

1 Article 7, paragraphe 4, de la directive 2008/115/CE « S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours ».

2 Article 9 de la directive 2008/115/CE.

3 Article 8, paragraphe 4, de la directive 2008/115/CE.

4 Point 3 du préambule de la directive 2008/115/CE.

5 Décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO L 261/28 du 06.08.2004.

6 Voir notamment, Amnesty International « Returning « irregular » migrants : the human rights perspective. Amnesty International's comments on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, COM(2005)391 final », May 2006, 11 p. ; ECRE « Comments from the European Council on Refugee and Exiles on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, (COM(2005) 391 final), CO2/5/2006/ExtPC, May 2006, 19 p.

7 Point 14 du préambule de la directive 2008/115/CE.

n'a pas été respectée. La directive indique que dans les autres cas, « les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée ». La directive prévoit toutefois une protection pour les personnes victimes de la traite des êtres humains auxquelles un titre de séjour a été délivré. Ces dernières ne peuvent sous certaines conditions faire l'objet d'une interdiction d'entrée. Concernant la durée de l'interdiction, la directive se contente de fixer une durée de « principe » de 5 ans pouvant être dépassée pour des raisons d'ordre public. Là encore, la précision ne constitue pas une qualité du texte sauf à rechercher des éléments d'explication dans le préambule¹. En ce qui concerne la levée ou la suspension d'une interdiction d'entrée, la directive reste très large dans la mesure où les « Etats membres peuvent » y procéder. En fin de compte, le dispositif relatif à l'interdiction d'entrée préserve la liberté de choix des Etats membres.

L'interdiction d'entrée a pour principal effet d'introduire une « double sanction »² dans le droit communautaire de l'immigration. Critiquable sur le plan des principes, cette « double sanction » n'est toutefois pas condamnée par le juge de Strasbourg³, mais n'est pas partagée par l'ensemble des Etats membres⁴. En pratique, ce dispositif a des effets négatifs pour les ressortissants de pays tiers désirant emprunter la voie légale d'immigration ou faire valoir leurs droits, comme les bénéficiaires du droit au regroupement familial ou encore les demandeurs d'asile⁵. Ainsi, cette disposition instituée dans un but préventif⁶ a finalement pour effet d'augmenter le cercle de l'immigration irrégulière pour les personnes ayant été bannies et pour lesquelles l'entrée illégale demeure la seule option possible⁷. En outre, et malgré les précautions introduites au regard de la protection internationale⁸, l'interdiction d'entrée ne prend pas en compte les possibles changements de situation intervenant dans les pays d'origine et peut constituer un obstacle important pour les demandeurs de la protection internationale⁹.

1 Point 14 du préambule de la directive 2008/115/CE « (...) La durée de l'interdiction d'entrée devrait être fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne devrait normalement pas dépasser cinq ans. Dans ce contexte, il convient de tenir particulièrement compte du fait que le ressortissant concerné d'un pays tiers a déjà fait l'objet de plus d'une décision de retour ou d'éloignement ou qu'il a déjà pénétré sur le territoire d'un Etat membre alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée ».

2 CARLIER J.-Y. « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », E.D.L., n° 26, mai 2008, pp. 13-19, sp. 17.

3 CEDH, 18 octobre 2006, *Uner c/ Pays-Bas*, req. n° 46410/99.

4 Voir à ce titre, CARLIER J.-Y. « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », E.D.L., n° 26, mai 2008, pp. 13-19, sp. 17.

5 Voir notamment, FLAMAND C. « La directive retour et la protection des droits fondamentaux », RDE, 2008, n° 148, pp. 177-192, sp. 184

6 L'effet préventif valant à la fois pour les migrants eux-même et les filières de passeurs qui organisent les flux d'immigration illégale Voir sur ce point FAULL J. (oral evidence) in « Illegal Migrants : proposals for a common EU returns policy », House of Lords, HL Paper 166, European Union Committee, Report with Evidence, 32nd Report of Session 2005-06, 9 May 2006, 230 p. sp. 153.

7 Voir, BALDACCINI A. « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », EJML, 2009, pp. 1-17, sp. 9.

8 Article 11, paragraphe 5, de la directive 2008/115/CE.

9 ECRE Information Note on the Directive 2008/115/CE of the European Parliament and the Council of December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals.

Controversée lors de son adoption, cette disposition risque de l'être tout autant lors de sa mise en œuvre compte tenu des latitudes laissées aux Etats membres et de l'encadrement juridique incertain. Dans ce contexte, l'article 5 de la directive qui impose aux Etats membres de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, de l'état de santé de la personne concernée ainsi que du principe de non-refoulement lors de l'application de la directive constituera une disposition clé de l'interprétation des marges de manœuvre des Etats membres.

3. Les garanties procédurales

Le chapitre III de la directive porte sur les garanties procédurales. Les décisions de retour, d'interdiction d'entrée et d'éloignement doivent être rendues par écrit et indiquer les motifs de fait et de droit ainsi que les voies de droit disponibles. Toutefois, la traduction des « éléments principaux » de ces documents doit être demandée et les Etats membres peuvent décider de ne pas la délivrer aux ressortissants de pays tiers ayant pénétré illégalement sur le territoire des Etats membres et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit d'y séjourner. Autant dire que cette exception délivre les autorités nationales de l'obligation d'information vis-à-vis d'un grand nombre de personnes appréhendées en situation irrégulière.

L'organisation des voies de recours est en revanche plus satisfaisante, même si elle est moins importante que celle prévue dans la proposition de directive présentée par la Commission. Tout d'abord, le ressortissant de pays tiers « dispose d'une voie de recours effective » devant une autorité judiciaire ou administrative. Ensuite, l'article 13, paragraphe 2, prévoit la possibilité de garantir un recours suspensif à l'encontre des décisions liées au retour. Enfin, la directive impose l'assistance juridique gratuite. L'introduction de ce dernier point a constitué un sujet de discussion important entre le Conseil et le Parlement européen. La Commission a permis de trouver un compromis en proposant de consacrer une partie du Fonds européen pour le retour à la couverture des frais engagés par les Etats membres pour l'assistance juridique gratuite¹.

Au regard des marges de manœuvre conservées par les Etats membres, la directive contribue à assurer un début d'harmonisation des dispositions nationales davantage qu'à l'établissement de véritables normes et procédures communes. Le processus d'harmonisation devant notamment être conforté par la pratique².

Si l'interdiction d'entrée constitue une disposition controversée de la directive, tel est également le cas de la rétention à des fins d'éloignement.

1 Voir à ce sujet, BALDACCINI A. « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », *EJML*, 2009, pp. 1-17, sp. 13.

2 Comme l'indique le point 19 du préambule de la directive 2008/115/CE « Une coopération entre les institutions concernées, à tous les niveaux du processus de retour, ainsi que l'échange et la promotion des meilleures pratiques devraient aller de pair avec la mise en œuvre de la présente directive et assurer une valeur ajoutée européenne ».

C. La rétention à des fins d'éloignement

Le chapitre IV de la directive relatif à la « Rétention à des fins d'éloignement » a largement cristallisé le débat lors de la négociation et de l'adoption de la « directive retour ». Bien que le droit international n'interdise pas la rétention¹, il a néanmoins été considéré au sujet de la directive que « sa plus grande nocivité est certainement (...) de légitimer, légaliser et banaliser le recours à l'internement administratif qui pourrait devenir un mode de gestion de l'immigration »². Consacrant au plan communautaire une pratique largement développée dans les Etats membres³, la directive encadre la procédure de placement en rétention (1) et prévoit parallèlement des garanties (2).

1. La procédure de placement en rétention

L'article 15 de la directive qui détermine les conditions de rétention des ressortissants de pays tiers est une disposition optionnelle du texte. En effet, « les Etats membres peuvent » placer en rétention des ressortissants de pays tiers afin de préparer leur retour et/ou leur éloignement. Cette possibilité peut être mise en œuvre, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées⁴, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque le ressortissant de pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement⁵.

La décision de placement en rétention doit être ordonnée par écrit par les autorités administratives ou judiciaires. Lorsque le placement est ordonné par une autorité administrative, la directive impose aux Etats membres d'organiser un contrôle judiciaire ou de permettre à la personne concernée d'introduire une procédure visant à contrôler la

1 Voir à ce sujet, VOHRA S. « Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers » in CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R. & MAC DONALD E. (edited by) « International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges », T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p., pp. 49-69, sp. 49

2 KAUFF-GAZIN F. « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », Europe, Février 2009, pp. 3-6, sp. 4.

3 Voir notamment, ECRE « Returns Directive : EU fails to uphold Human Rights », Press Release, 18 June 2008.

4 Comme le rappelle le principe n° 6 des principes directeurs adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, « Principe 6. Conditions autorisant une décision de placement en détention : Une personne faisant l'objet d'une décision d'éloignement ne peut être privée de sa liberté, en vue de l'exécution de cette décision, qu'en conformité avec une procédure prévue par la loi, et seulement si, après un examen rigoureux et individuel de la nécessité de privation de liberté, les autorités de l'Etat d'accueil ont conclu que l'exécution de la décision ne serait pas assurée de manière aussi efficace en recourant à des mesures non privatives de liberté telles que la surveillance, l'obligation de se signaler régulièrement auprès des autorités, la liberté sous caution ou d'autres moyens de contrôle », « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005 lors de la 925^{ème} session des Délégués des Ministres.

5 Le point 16 du préambule de la directive 2008/115/CE limite la rétention à ces deux situations et soumet par ailleurs son régime au principe de proportionnalité. Cet encadrement devant jouer un rôle important dans l'interprétation de la mise en œuvre de la rétention. Il indique « Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas ».

légalité de la rétention¹. La directive prévoit en outre que la légalité de la rétention doit faire l'objet d'un contrôle à intervalles réguliers à la demande de la personne concernée ou d'office. Si la rétention n'est pas légale, la personne concernée « est immédiatement remis[e] en liberté ». Tel est également le cas lorsque les perspectives d'éloignement n'existent plus ou lorsque les conditions de la rétention ne sont plus réunies².

Enfin, la rétention ne peut en principe être supérieure à 6 mois³. Dans certaines circonstances prévues par la directive, le délai initialement prévu par le droit interne peut être prolongé de 12 mois supplémentaires⁴. Ainsi, une personne peut être maintenue en rétention pendant maximum 18 mois⁵. Ces délais de rétention ont été très largement critiqués par les organisations opposées à l'adoption de la directive notamment au regard de leur longueur. Toutefois, cette critique doit être relativisée. En juin 2008, et sur 26 Etats membres, 13 prévoyaient des périodes de rétention inférieure ou égale à 6 mois⁶. Les 13 autres Etats membres prévoyaient des périodes supérieures allant de 8 mois de rétention à l'absence de règles dans ce domaine permettant ainsi pour certains Etats membres une détention illimitée. Désormais, la directive limite la durée de rétention administrative pour certains Etats membres et institue des délais pour d'autres⁷. La seconde crainte formulée par les opposants au texte résultait de la possibilité pour les Etats membres de relever de manière importante les périodes de rétention. Si cette crainte a trouvé un écho en pratique dans la mesure où l'Italie a annoncé qu'elle porterait la durée de rétention à 18 mois alors qu'il est actuellement de 40 jours⁸, rien ne permet de prédire qu'un mouvement en ce sens puisse se généraliser. En tout état de cause, si la directive procède à une harmonisation des durées de rétention, une privation de liberté d'une durée de 6 mois apparaît excessive pour des

-
- 1 Cette solution ressort de la tradition commune aux Etats membres de conférer au juge l'appréciation et le contrôle des privations de liberté, même si le placement en rétention ressort dans certains Etats membres de la responsabilité des autorités administratives. Voir sur ce point, MARIANI T. « Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration », Assemblée nationale, Rapport n° 3042, 12 avril 2006, 171 p., sp. 24.
 - 2 Article 15, paragraphes 2 et 4, de la directive 2008/115/CE.
 - 3 Article 15, paragraphe 6, de la directive 2008/115/CE.
 - 4 Article 15, paragraphe 6, de la directive 2008/115/CE « Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison :
 - a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou
 - b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ».
 - 5 Pour une interprétation des dispositions de la directive relatives à la rétention, voir notamment CJCE 30 novembre 2009, *Said Samilovich Kadzoev*, C-357/09 PPU, non publiée.
 - 6 Voir le tableau reproduit dans un communiqué de presse publié par ECRE. ECRE « Returns Directive : EU fails to uphold Human Rights », Press Release, 18 June 2008.
 - 7 Voir sur ce point, Proposition de résolution du Sénat déposée le 11 juillet 2006 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ; MARIANI T. « Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration », Assemblée nationale, Rapport n° 3042, 12 avril 2006, 171 p., sp. 25.
 - 8 KAUFF-GAZIN F. « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », Europe, Février 2009, pp. 3-6, sp. 5.

personnes dont la seule responsabilité est d'avoir violé les règles relatives à l'entrée et au séjour. Cette remarque est par ailleurs renforcée par la disproportion qui existe entre les règles nationales en matière de durée de rétention. En effet, comment justifier un délai de rétention de 6 mois dans un Etat membre lorsque le délai maximal de rétention est de 32 jours en France, soit 6 fois moins long ? Dans ce contexte, l'obligation imposée par la directive de procéder au contrôle de la légalité et de la nécessité de la rétention constitue une garantie importante, même si le texte ne détermine pas précisément la fréquence des contrôles à exercer.

2. *Les garanties imposées par la directive*

Au-delà des garanties de contrôle juridictionnel, la directive impose plusieurs obligations aux Etats membres. Elles concernent tout d'abord les conditions de la rétention qui doit s'effectuer « en règle générale » dans des centres spécialisés¹. Les informations portant sur le lieu de rétention, les droits et les devoirs doivent systématiquement être communiquées aux personnes retenues². Dans ces lieux de rétention, les contacts sont autorisés avec des représentants légaux, les membres de la famille ou les autorités consulaires compétentes. La visite des organisations et instances nationales et non gouvernementales compétentes sont également possibles mais peuvent toutefois être soumises à autorisation.

L'article 17 de la directive établit les règles applicables à la rétention des mineurs et des familles. Ces derniers doivent être placés en rétention « en dernier ressort »³. Les familles doivent bénéficier d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate et les mineurs doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisirs et avoir en fonction de la durée de leur séjour accès à l'éducation. Les mineurs non accompagnés doivent dans la mesure du possible bénéficier d'un hébergement dans des institutions bénéficiant d'un personnel et des installations adaptées. Si certaines de ces garanties sont rédigées de manière peu précise, comme cela est le cas de l'intimité adéquate, la directive encadre opportunément les conditions de rétention des mineurs et des familles. En revanche, l'article 17, paragraphe 5, de la directive rappelle de manière très claire que « l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement ». Cette disposition constituera à coup sûr un élément décisif d'évaluation de la transposition et de l'application de la directive dans les Etats membres.

1 Article 16, paragraphe 1^{er}, de la directive 2008/115/CE « La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un Etat membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun ».

2 Article 16, paragraphe 5, de la directive 2008/115/CE.

3 En étendant ce principe à la famille, la directive 2008/115/CE est plus protectrice que les principes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, Principe 11 : « Les enfants doivent être placés en détention que s'il s'agit d'une mesure de dernier recours et pour la durée la plus courte possible », « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005 lors de la 925^{ème} session des Délégués des Ministres.

Le niveau d'harmonisation de la directive retour peut apparaître insatisfaisant compte tenu de la marge de manœuvre conservée par les Etats membres¹ ou encore de l'absence de clauses de *stand still* sur certains points tels que les délais de rétention. Toutefois, le texte contient certaines garanties importantes, telle que la clause transversale de l'article 5², qui contraignent les Etats membres dans son application. La transposition de la directive et sa mise en œuvre devront faire l'objet d'une évaluation³ et seront soumises au contrôle du juge national et communautaire permettant d'améliorer le processus d'harmonisation enclenché.

La politique du retour de la Communauté européenne fait l'objet d'un processus d'harmonisation progressif. Ce premier mouvement doit être accompagné d'une réflexion élargie relative au rôle du retour des ressortissants de pays tiers dans leur pays d'origine et dans la gestion des flux migratoires. Ainsi, le retour volontaire⁴, la migration circulaire⁵ ou encore le retour virtuel⁶ constituent des pistes de réflexion explorées par la Commission européenne afin d'enrichir la politique européenne du retour. Cette nouvelle approche permettant d'aborder la thématique du retour autrement que sous sa forme la plus brutale, c'est-à-dire le « retour forcé ».

Les règles communautaires visant à lutter contre l'immigration irrégulière connaissent un développement important. Si ce mouvement tire profit de l'existence

1 Voir également sur ce point, MARTUCCI F. « La directive « retour » : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », R.T.D.E. 2009, pp. 47-67.

2 Article 5 de la directive 2008/115/CE « Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte :

- a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,
- b) de la vie familiale,
- c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers,

et respectent le principe de non-refoulement ».

3 Article 19 de la directive 2008/115/CE.

4 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Migration et développement : des orientations concrètes », COM(2005) 390 final du 01.09.2005.

5 La migration circulaire a pour objectif de permettre une circulation plus aisée des ressortissants de pays tiers entre leur pays d'origine et les Etats membres de l'Union européenne. Il s'agit de développer un cadre légal applicable à une certaine forme d'immigration de travail, notamment saisonnière, tout en s'assurant que le ressortissant de pays tiers retournera ensuite dans son pays d'origine. Cette migration circulaire de type saisonnier s'appuie fortement sur la dimension retour dans la mesure où la priorité pour accéder aux postes vacants serait accordée aux ressortissants de pays tiers ayant déjà occupé une activité temporaire et étant rentrés dans leur pays d'origine à la fin de leur contrat de travail. Voir, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Migration et développement : des orientations concrètes », COM(2005) 390 final du 01.09.2005, sp. 27. Et plus récemment, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007.

6 Dans ce schéma, le ressortissant de pays tiers demeure dans l'Etat membre de résidence et utilise les moyens de communication contemporains, tels que l'enseignement à distance, pour aider au développement de son pays d'origine. Voir à ce sujet, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Migration et développement : des orientations concrètes », COM(2005) 390 final du 01.09.2005, pp. 29-31.

préalable de règles adoptées notamment dans le cadre de la coopération de Schengen, la volonté des Etats membres de renforcer le cadre législatif s'est manifestée à la fois dans la consolidation de l'existant mais également par l'adoption de règles dans des domaines jusque là demeurés de la compétence exclusive des Etats membres. La politique du retour constituant sur ce point un exemple significatif, qu'il s'agisse de la réadmission ou des règles relatives au retour¹. Si ce processus suscite encore des réserves notamment au regard du respect des droits fondamentaux², l'harmonisation communautaire poursuit son approfondissement. En revanche, l'harmonisation des règles relatives à l'immigration légale ne fait pas l'objet d'une approche identique. Cette différence d'approche pouvant rendre difficile la mise en œuvre d'une politique commune d'immigration³.

SECTION 3. L'HARMONISATION MINIMALE DE L'IMMIGRATION LÉGALE

Ce versant de la politique européenne est celui qui a connu le degré d'harmonisation le plus faible. Deux raisons expliquent cette situation. Tout d'abord, la politique d'immigration légale n'a pas bénéficié à l'instar des politiques précédentes – gestion des frontières, visas, lutte contre l'immigration irrégulière – d'une approche commune au travers de la coopération intergouvernementale. Ainsi, aucun texte commun préalable n'a pu servir de support à la mise en œuvre ou au développement de la compétence communautaire. Ensuite, et surtout, les Etats membres ont manifesté une forte réticence à accepter l'intervention de la Communauté dans le domaine de l'admission des ressortissants de pays tiers et de la délivrance de titres de séjour. Cette réticence s'est affichée dès la signature du traité d'Amsterdam qui ne soumettait pas la politique d'immigration légale à l'action durant la période de transition et s'est perpétuée ensuite en demeurant le seul domaine soumis à la procédure de vote à l'unanimité. Malgré tout, des règles ont été adoptées dans ce domaine avec un degré d'intensité proportionnel à la volonté des Etats membres qui soulignaient à Tampere que l'objectif ne visait pas

1 Concernant la politique du retour, des règles non contraignantes avaient fait l'objet d'un accord au niveau du Conseil de l'Europe, « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005 lors de la 925^{ème} session des Délégués des Ministres.

2 Sur ce thème, voir en particulier CHOLEWINSKI R. « European Union Policy on Irregular Migrants : Human Rights Lost ? » in BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 159-192.

3 Il a notamment été souligné à propos de la « directive retour », « Ce contexte d'une politique migratoire partielle explique un constat (...) : il est difficile de légiférer avec précision sur les « irréguliers » sans avoir défini les possibilités d'être « régulier », CARLIER J.-Y. « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », E.D.L., n° 26, mai 2008, pp. 13-19, sp. 14.

l'harmonisation mais simplement le rapprochement des législations nationales¹. Cette action minimale a concerné le regroupement familial (Sous-section 1), le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (Sous-section 2) et les conditions d'admission aux fins de l'exercice d'une activité économique (Sous-section 3).

Sous-section 1. LE REGROUPEMENT FAMILIAL

Si les instruments internationaux reconnaissent l'importance de la protection de la famille et invitent les Etats signataires à faciliter la réunion ou le regroupement de la famille, à assurer le maintien de l'unité familiale voire établissent un droit au respect de la vie privée et familiale², aucun texte de droit international ne consacre un droit au regroupement familial³. La reconnaissance d'un tel droit relève de la législation des Etats qui, pour certains, lui accordent une valeur constitutionnelle. Dans ce contexte, le droit communautaire innove⁴. D'une part, parce que le droit au regroupement familial a été reconnu aux ressortissants des Etats membres exerçant leur droit à la libre circulation⁵, quelle que soit la nationalité des membres de la

- 1 Voir notamment le point 20 des conclusions de Tampere, « Le Conseil européen reconnaît la nécessité d'un rapprochement des législations nationales relatives aux conditions d'admission et de séjour des ressortissants de pays tiers, fondé sur une évaluation commune tant de l'évolution économique et démographique au sein de l'Union que de la situation dans les pays d'origine. Il demande à cette fin au Conseil d'arrêter rapidement des décisions sur la base de propositions de la Commission. Ces décisions devraient tenir compte non seulement de la capacité d'accueil de chaque Etat membre, mais aussi de leurs liens historiques et culturels avec les pays d'origine ».
- 2 Pour un aperçu des instruments internationaux, voir notamment Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, pp. 4-5. Voir également, BRINKMANN G. « Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers » in GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law », Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, 325 p., pp. 241-266, sp. 245-246 ; COURNIL C. « Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales », L'Harmattan, collection Logiques Juridiques, Paris 2005, 740 p., sp. 84-85
- 3 Voir notamment LABAYLE H. « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », R.F.D.A. 1993, pp. 511-540, sp. 517-525.
- 4 A ce titre, l'inaction de l'Union européenne sous l'égide du traité de Maastricht est significative. Si la question était traitée dans une proposition de convention qui n'a jamais vu le jour, le regroupement familial était abordé par deux résolutions. Résolution sur l'harmonisation des politiques nationales en matière de regroupement familial, document SN 282/1/93 WGI 1497 REV 1, non publié, cité in proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, sp. 8 ; Résolution du Conseil du 4 décembre 1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, JO C 382/1 du 16.12.1997. Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres, JO C 337/9 du 07.11.1997. Pour un aperçu de ces différents textes, voir notamment COURNIL C. « Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales », L'Harmattan, collection Logiques Juridiques, Paris 2005, 740 p., sp. 86-87 ; BERGER N. « La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, 269 p., sp., 108-110.
- 5 Qu'il s'agisse du droit dérivé, au titre par exemple de l'article 10 de la directive 1612/68/CEE, ou de la jurisprudence, le droit au regroupement familial est fermement consacré. Voir GUILD E. « The Legal

famille¹. D'autre part, et surtout, parce qu'une directive adoptée sur le fondement du titre IV du traité CE reconnaît pour la première fois au niveau européen un droit au regroupement familial des ressortissants de pays résidant légalement sur le territoire des Etats membres (I). La consécration d'un tel droit doit toutefois être nuancée dans la mesure où les conditions d'exercice du droit au regroupement familial relèvent encore largement des législations nationales (II).

I. LA CONSÉCRATION D'UN DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL

L'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas de droit au regroupement familial (A) à la différence de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial² (B).

A. L'absence de droit au regroupement familial dans le dispositif de la CEDH

Malgré l'incidence décisive de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits fondamentaux dans l'espace européen, la Cour de Strasbourg n'a jamais poussé l'interprétation de l'article 8 de la convention jusqu'à conférer un droit subjectif « aux membres d'une famille de vivre conjointement sur le territoire d'un Etat déterminé »³ pas plus qu'elle n'a consacré un droit au regroupement familial *stricto sensu*. A partir de l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*⁴, la Cour européenne pose les contours d'une jurisprudence qui refuse de trancher entre le respect des droits fondamentaux de la personne et l'intérêt des Etats parties à conduire une politique publique en matière d'immigration⁵. Ainsi, tout en considérant que les Etats

Elements of European Identity. EU Citizenship and Migration Law », Kluwer Law International, The Hague, 2004, 265 p., sp. 95 ; CARLIER J.-Y. « La condition des personnes dans l'Union européenne », Larcier, Bruxelles, 2007, 485 p., pp. 61-65 ; CONDINANZI M., LANG A. & NASCIBENE B. « Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 265 p., pp. 75-81 ; RODIERE P. « Droit social de l'Union européenne », L.G.D.J., Paris, 2008, 698 p., pp. 199-200.

- 1 Voir notamment pour ce qui concerne les membres de la famille ressortissants de pays tiers, BARRETT G. « Family matters : European Community law and third-country family members », C.M.L.R., vol. 40, n° 2, April 2003, pp. 369-421 ; PEERS S. « Family Reunion and Community Law » in WALKER N. « Europe's Area of Freedom, Security and Justice », Oxford University Press, 2004, 289 p., pp. 143-197.
- 2 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003.
- 3 CARTIER J.-L. « Code de la Convention européenne des droits de l'homme », Juriscode, LexisNexis-Litec, Paris, 2005, 429 p., sp. 168.
- 4 CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, A. 94.
- 5 Cette affaire concerne un recours formé par des requérantes contre le refus des autorités britanniques d'autoriser leurs époux à rester sur le territoire ou à les rejoindre. A cette occasion, la Cour de Strasbourg

parties à la convention peuvent être soumis à des obligations positives ou négatives vis-à-vis du respect effectif de la vie privée ou familiale, la jurisprudence préserve les prérogatives nationales en matière de contrôle de l'immigration. La prise en compte des « intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »¹ forge la jurisprudence autour de trois principes selon lesquels :

- « - *L'étendue des obligations des Etats d'admettre sur son territoire parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général.*
- *D'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.*
- *En matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement sur son territoire. »²*

Dans ce contexte, et au-delà de jurisprudences divergentes tendant pour certaines à faire prévaloir la politique d'immigration des Etats³ et pour d'autres à préserver l'unité familiale⁴, la ligne jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg en matière de regroupement familial peut se résumer comme suit. Si le regroupant ne peut poursuivre sa vie familiale ailleurs que dans l'Etat dans lequel il est installé, le regroupement familial doit être considéré comme un droit de l'homme. Dans l'hypothèse inverse, le bénéfice du regroupement familial relève de la volonté de l'Etat⁵. En somme, le juge ne reconnaît pas un droit au regroupement familial fondé sur la convention⁶.

refuse de reconnaître une violation de l'article 8 de la convention et pose le principe selon lequel « la Cour ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des non-ressortissants sur leur sol », CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, A. 94, paragraphe 67.

- 1 Voir notamment dans une affaire récente, CEDH, 1^{er} décembre 2005, *Tuquabo-Tekle et autres c/ Pays-Bas*, req. 60665/00, paragraphe 42.
- 2 CEDH, 28 novembre 1996, *Ahmut c/ Pays-Bas*, Recueil 1996-I, p. 2033, paragraphe 67.
- 3 Voir notamment CEDH, 19 février 1996, *Gül c/ Suisse*, Rec. 1996-I. Voir également SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », PUF, Paris, 2005, 715 p. sp. 517.
- 4 CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c/ Pays-Bas*, req. 31465/96. Voir notamment au sujet de cette affaire BENZIMRA-HAZAN J. in *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, JDI, 2002, pp. 243-318, pp. 316-318, sp. 318.
- 5 Sur ce point voir en particulier, Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux « Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003 », OPOCE, Luxembourg, 2004, Volume I, 168 p., sp. 51.
- 6 SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », PUF, Paris, 2005, 715 p. sp. 517 ; LABAYLE H. et SUDRE F. « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif. Actualité jurisprudentielle », R.F.D.A. 2002, pp. 1103-1109, sp. 1107 ; SUDRE F. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », JCP-éd. Générale, n° 3, 16 janvier 2002, pp. 128-132, sp. 131.

B. La reconnaissance d'un droit au regroupement familial par le droit communautaire

L'adoption de mesures relatives au regroupement familial n'a pas constitué une priorité pour les Etats membres. Tout d'abord, la compétence communautaire de l'article 63, point 3, a) pour adopter des mesures « y compris aux fins du regroupement familial » n'est pas soumise à la période transitoire. Ensuite, le Conseil de Tampere n'aborde pas la question. Si l'adoption de règles communes en matière d'immigration familiale ne constitue pas un axe prioritaire pour les Etats membres, la Commission démontre en revanche une puissante volonté d'aboutir à l'harmonisation des règles nationales dans un domaine déterminant de la politique migratoire compte tenu notamment de son poids¹.

Aussi, la première proposition présentée par la Commission sur le fondement du titre IV du traité CE a concerné cette question et porté sur l'adoption d'une « directive relative au droit au regroupement familial »². La reconnaissance d'un droit clairement exprimée par la Commission³ a reçu un accueil plus réservé de la part des Etats membres. Si l'ensemble des délégations nationales a estimé que « le regroupement familial doit être considéré comme un droit », il ne saurait toutefois être considéré comme « un droit absolu sans aucune restriction »⁴. Dans ce contexte, la délégation autrichienne proposait un alignement de la portée du droit au regroupement familial sur l'objectif de l'article 8 de la CEDH, ce qui tendait à écarter la notion de droit⁵. La délégation française tentait une approche différente consistant à modifier l'article 1^{er} de la proposition de directive. Ce dernier n'aurait plus pour objectif « d'instaurer un droit au regroupement familial »⁶ mais de procéder à « l'harmonisation de l'exercice des conditions donnant droit au regroupement familial »⁷.

Le Commissaire VITORINO indiquait, lors d'un débat au Parlement européen, que le regroupement familial constitue un « droit sujet à des conditions de procédure et à des conditions matérielles quant à la définition du statut des membres de la famille

1 Dans la mesure où, « le regroupement familial a été l'un des principaux vecteurs d'immigration au cours de ces vingt dernières années », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000, sp. 12.

2 Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999

3 « (...) la Commission considère qu'il est nécessaire de permettre aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire des Etats membres d'être titulaires d'un droit au regroupement familial », proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, sp. 9.

4 Résultats des travaux du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA), *Doc. 8633/00*, 19 mai 2000, sp. 2.

5 Voir *supra*.

6 Article 1^{er}, proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999.

7 Résultats des travaux du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA), *Doc. 8633/00*, 19 mai 2000, sp. 3.

dans leur pays d'accueil et quant aux droits dont ils bénéficient »¹. Autrement dit, la Commission accepte de négocier sur les conditions de mise en œuvre mais pas sur la reconnaissance du droit au regroupement familial. Cette position est maintenue, y compris lors des modifications de la proposition de directive², et finalement consacrée par la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial³.

Si quelques incertitudes demeuraient sur la reconnaissance effective d'un droit au regroupement familial, comme le soulignait l'Avocat général KOKOTT concluant que ce droit pourrait être reconnu « à titre exceptionnel »⁴, la Cour de justice a définitivement clôt la question. A l'occasion du recours en annulation introduit contre la directive par le Parlement européen⁵, la Cour a indiqué « (...) l'article 4, paragraphe 1, de la directive impose aux États membres des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis, puisqu'il leur impose, dans les hypothèses déterminées par la directive, d'autoriser le regroupement familial de certains membres de la famille du regroupant sans pouvoir exercer leur marge d'appréciation »⁶. Ainsi, de l'intitulé de la directive, à l'article 4, paragraphe 1^{er}, en passant par le préambule⁷, le droit communautaire institue un véritable droit au regroupement familial. De ce point de vue, l'œuvre communautaire est importante dans la mesure où aucun acte international ou supranational n'avait jusqu'alors été aussi loin dans ce domaine.

Si l'essentiel est acquis, toute la difficulté réside en définitive dans les conditions d'exercice du droit au regroupement familial⁸. Sur ce terrain, l'action des Etats membres a été déterminante.

1 Débat au Parlement européen, séance mercredi du 6 septembre 2000.

2 Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(2000) 624 final du 10.10.2000 ; Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(2002) 225 final du 02.05.2002, « Le but de la présente directive est de fixer les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres ».

3 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003. L'article 1^{er} de la directive indique « Le but de la présente directive est de fixer les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres ».

4 Conclusions de l'avocat général Mme Juliane KOKOTT, CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, sp. point 78 des conclusions. Pour une critique des conclusions de l'avocat général, voir notamment LABAYLE H. « La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice : architecte ou spectatrice ? », R.T.D.E. 2006, pp. 1-46, sp. 45-46.

5 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.

6 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, point 60

7 Le point 16 du préambule de la Directive 2003/86/CE indique « Étant donné que les objectifs de l'action envisagée, à savoir l'instauration d'un droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers qui est exercé selon des modalités communes (...) ».

8 Comme le souligne un auteur « L'essentiel resta acquis, en ce sens qu'un véritable *droit* au regroupement familial est conféré par la directive (...) même s'il ne peut être contesté que de nombreux articles de la directive fixent effectivement des conditions parfois très strictes à l'exercice de ce droit », MARTIN D. « La Cour de justice et le droit au regroupement familial : trop ou trop peu ? », R.T.D.H. 2008, pp. 595-609, sp. 597.

II. LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL

Modelant les conditions de mise en œuvre du droit, principalement au regard des exigences et pratiques nationales, les Etats membres ont considérablement affaibli la portée et la dimension harmonisatrice du texte. En effet, les règles communes posées par la directive sont, soit optionnelles, soit définies par les droits nationaux et mises en œuvre selon les procédures nationales¹. Au-delà de la faiblesse de l'harmonisation, l'intervention des Etats membres a entraîné deux conséquences. La première relève de la compatibilité de certaines dispositions avec les droits fondamentaux, comme le recours du Parlement européen le confirme. La seconde conduit à une dénaturation des objectifs. Initialement considérée comme un instrument permettant l'intégration des ressortissants de pays tiers², la directive 2003/86/CE s'analyse davantage comme un acte posant des règles d'admission sur le territoire des Etats membres. L'ensemble de ces considérations marque de nombreux pans de la directive, qu'il s'agisse du champ d'application qu'elle définit (A), des procédures qu'elle institue (B) ou des statuts qu'elle reconnaît (C).

A. Champ d'application personnel de la directive

La directive 2003/86/CE exclut de son champ d'application les citoyens européens, les demandeurs d'asile, ainsi que les bénéficiaires de la protection temporaire ou subsidiaire³. En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers et réfugiés⁴ tombant dans son champ d'application, et comparativement au droit applicable aux ressortissants des Etats membres ayant exercé leur droit à la libre circulation⁵, la directive établit

1 Pour une analyse globale du texte, voir SCHAFFRIN D. « Which Standard for Family Reunification of Third-Country Nationals in the European Union ? » *in* CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 90-143.

2 Point 4 du préambule de la directive 2003/86/CE « Le regroupement familial est un moyen nécessaire pour permettre la vie en famille. Il contribue à la création d'une stabilité socioculturelle facilitant l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les États membres, ce qui permet par ailleurs de promouvoir la cohésion économique et sociale, objectif fondamental de la Communauté énoncé dans le traité ». Voir également Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000, sp. 12.

3 Article 3, paragraphes 2 et 3, de la directive 2003/86/CE.

4 L'inclusion des réfugiés dans le champ de la directive au titre de l'article 9, paragraphe 1^{er}, a fait l'objet d'importantes négociations. En effet, les législations nationales offrant un droit au regroupement familial pour les réfugiés, les délégations récusaient la nécessité de légiférer. D'autres délégations soulignaient en outre que la situation des réfugiés devait être réglée par les bases juridiques spécifiques du droit communautaire. Pour un exposé des positions des délégations nationales, voir en particulier Résultats des travaux du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA), *Doc. 8633/00*, 19 mai 2000, sp. 3-5.

5 Voir sur ce point, PEERS S. « Family Reunion and Community Law » *in* WALKER N. « Europe's Area of Freedom, Security and Justice », Oxford University Press, 2004, 289 p., pp. 143-197, sp. 149-170.

des conditions plus restrictives applicables au regroupant¹ (1) ou aux membres de sa famille (2).

1. *Le regroupant*

L'article 3 indique que la directive s'applique lorsque le regroupant « est titulaire d'un titre de séjour délivré par un Etat membre d'une durée de validité supérieure ou égale à un an, ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent ». Si la régularité du séjour constitue un critère évident de la procédure du regroupement familial, la condition additionnelle tenant à la « perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent » est plus ambiguë². Introduite au cours des négociations par les Etats membres, elle vise à assortir le critère de la régularité d'une condition de durabilité du séjour. Cette dernière ne se mesurant pas uniquement à la durée de validité du séjour mais également au caractère durable et à l'objectif du séjour, à l'intégration dans la société ou encore au type de titre de séjour délivré³. Autrement dit, il s'agit de « ne pas ouvrir le droit au regroupement familial aux personnes qui ne séjournaient que temporairement »⁴.

Seulement, cette précision a pour effet d'en renvoyer la mise en œuvre aux Etats membres. En effet, et hormis le cas particulier des travailleurs turcs⁵ ou des résidents de longue durée-CE⁶, le droit communautaire ne réglemente pas les conditions d'acquisition du droit de séjour permanent des ressortissants de pays tiers pas plus qu'il ne détermine les perspectives fondées de l'obtenir. En d'autres termes, il appartient aux Etats membres de définir au regard de la réglementation nationale, les catégories de ressortissants de pays tiers pouvant entrer ou pas dans le champ d'application

1 Article 2, point c) de la directive 2003/86/CE « regroupant » : un ressortissant de pays tiers qui réside légalement dans un Etat membre et qui demande le regroupement familial, ou dont des membres de la famille demandent à le rejoindre ».

2 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 53 ; ECRE Information Note on the Council Directive 2003/86/CE of 22 September 2003 on the right to family reunification, November 2003, IN3/10/2003/ext/MP, 9 p., sp. 4.

3 Voir, Résultats des travaux du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA), *Doc. 8633/00*, 19 mai 2000, sp. 5.

4 Proposition modifiée de directive du Conseil relative au regroupement familial, COM(2002) 225 final du 02.05.2002, sp. 5.

5 Les travailleurs turcs ayant accomplis quatre années de travaux dans un Etat membre et disposant du droit de répondre à tout emploi dans un Etat membre doivent être considérés comme ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent. Voir à ce sujet, PEERS S. « Family Reunion and Community Law » in WALKER N. « Europe's Area of Freedom, Security and Justice », Oxford University Press, 2004, 289 p., pp. 143-197, sp. 179.

6 Ces derniers peuvent obtenir après cinq années de résidence légale et ininterrompue le statut de résident de longue durée-CE qui leur garantit, entre autres, une protection substantielle contre l'éloignement et crée la perspective d'un séjour durable, voire permanent. Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16/44 du 23.01.2004.

de la directive. Cette condition additionnelle n'a été formellement transposée que dans trois Etats membres, les autres Etats membres évaluant la perspective fondée d'obtenir un séjour permanent principalement au regard de la nature des titres de séjour délivrés voire de leur renouvellement¹. En tout état de cause, cette condition témoigne du souci des Etats membres de pouvoir maîtriser les conditions d'accès au droit communautaire². Malgré tout, les limitations nationales ne sont pas absolues dans la mesure où un ressortissant de pays tiers exclu du bénéfice du regroupement familial, en raison d'une interprétation restrictive de la directive 2003/86/CE, pourra en bénéficier lors de l'acquisition du statut de résident de longue durée³.

La définition des membres de la famille susceptibles de jouir du droit au regroupement familial s'avère plus critiquable.

2. *Les membres de la famille*

Le droit au regroupement familial est reconnu à la famille dans sa dimension nucléaire, c'est-à-dire au conjoint (a) et aux enfants mineurs (b). Pour ce qui est des ascendants et enfant majeurs à charge, le texte indique que les Etats membres « peuvent (...) [leur] autoriser l'entrée et le séjour, au titre de la présente directive »⁴.

a. Le conjoint

La directive 2003/86/CE ne reconnaît le droit au regroupement familial qu'au « conjoint du regroupant »⁵. En ce qui concerne le partenaire non marié, le choix de leur appliquer la directive appartient aux Etats membres⁶. Ces derniers n'ont pas souhaité

1 Voir à ce sujet, LABAYLE H. & PASCOUAY Y. « Directive 2003/86/CE on the Right to Family Reunification-Synthesis Report », 2007, 182 p., sp. 38-39. Rapport réalisé pour le compte de la Commission européenne par le Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe (Réseau Odysseus). Rapport disponible sur le site internet de la Direction Générale Justice, Liberté et Sécurité de la Commission européenne.

2 Comme le confirme du reste l'article 3, paragraphe 5, de la directive 2003/86/CE « La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les Etats membres d'adopter ou de maintenir des conditions plus favorables ».

3 Selon les estimations de la Commission, environ dix millions de ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire de l'UE 25 pourraient remplir les conditions pour bénéficier des dispositions de la directive résidents de longue durée, « Règles européennes sur le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée : le délai de transposition de la directive expire le 23 janvier 2006 », MEMO 06/15, 20 janvier 2006.

4 Voir, Résultats des travaux du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA), *Doc. 8633/00*, 19 mai 2000, sp. 7-8.

5 Article 4, paragraphe 1^{er}, point a) de la directive 2003/86/CE.

6 Article 4, paragraphe 3, de la directive 2003/86/CE « Les États membres peuvent, par voie législative ou réglementaire, autoriser l'entrée et le séjour, au titre de la présente directive, sous réserve du respect des conditions définies au chapitre IV, du partenaire non marié ressortissant d'un pays tiers qui a avec le regroupant une relation durable et stable dûment prouvée, ou du ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré, conformément à l'article 5, paragraphe 2, ainsi que des enfants mineurs non mariés, y compris les enfants adoptés, et des enfants majeurs célibataires qui sont objectivement dans l'incapacité de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé ».

aligner le statut du ressortissant de pays tiers sur celui du citoyen européen¹. Si cette approche restrictive conduit à une différenciation de statut regrettable, elle manque aussi de cohérence. Notamment parce que plusieurs textes adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE considèrent ces personnes comme étant membres de la famille. Tel est le cas de la directive relative à la protection temporaire², du règlement « Dublin II »³ ou encore de la directive relative aux conditions d'octroi du statut de réfugié⁴. Ainsi, la cohérence des règles aurait pu conduire les Etats membres à reconnaître que le partenaire non marié qui entretient une relation stable et durable ou le partenaire enregistré bénéficie d'un droit au regroupement familial au même titre que le conjoint. Seulement, les différences de vues entre les Etats membres sur ce point étant trop difficiles à dépasser, la directive s'en tient à une approche minimale, celle du choix des Etats membres.

Cependant, l'option largement ouverte par la directive présente une difficulté lorsqu'un Etat membre reconnaît le partenariat pour ses propres ressortissants et les citoyens européens mais refuse de l'étendre aux ressortissants de pays tiers⁵. Ainsi, la directive autorise les Etats membres à instituer une inégalité de traitement, ou une discrimination⁶, pourtant prohibée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷. Si la compatibilité de la directive avec le droit conventionnel a été

-
- 1 Le droit communautaire applicable aux citoyens de l'Union reconnaît le droit au regroupement familial au partenaire enregistré du citoyen, voir Article 2, paragraphe 2, directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158/77 du 30.04.2004.
 - 2 Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212/12 du 07.08.2001, sp. article 15, paragraphe 1^{er}.
 - 3 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50/1 du 25.02.2003, sp. article 2, point i).
 - 4 Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, JO L 304/12 du 30.09.2004, sp. article 2, point h).
 - 5 Comme cela est le cas par exemple en France ou en Espagne. Voir LABAYLE H. & PASCOUAY Y. « Directive 2003/86/CE on the Right to Family Reunification-Synthesis Report », 2007, 182 p., sp. 46. Rapport réalisé pour le compte de la Commission européenne par le Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe Odysseus. Rapport disponible sur le site de la Direction Générale Justice, Liberté et Sécurité de la Commission européenne.
 - 6 La discrimination est constituée lorsque deux critères cumulatifs sont réunis, à savoir « une différence de traitement dans l'exercice ou la jouissance d'un droit reconnu et un manque de justification objective et raisonnable », SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », P.U.F., Paris, 2005, 7^{ème} édition refondue, 715 p., sp. 264.
 - 7 Article 14 de la Convention EDH « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

soulevée¹, c'est davantage au niveau de la mise en œuvre de la directive par les Etats membres que la situation doit être évaluée. Néanmoins, la directive aurait du encadrer cette situation en appliquant le principe d'égalité de traitement².

b. Les enfants mineurs

Le regroupement familial des enfants mineurs bénéficie d'un large consensus sur la scène internationale³. Ce faisant, la directive 2003/86/CE autorise le regroupement des enfants mineurs et non mariés⁴, y compris adoptés, du regroupant et/ou de son conjoint. Le droit au regroupement familial est également étendu aux enfants mineurs, y compris adoptés, lorsque le regroupant et/ou le conjoint dispose du droit de garde et en a la charge. La directive prévoit en outre que le regroupement familial est autorisé pour les enfants mineurs, y compris adoptés, dont le regroupant ou le conjoint à la garde partagée, à condition toutefois que l'autre titulaire du droit de garde ait donné son accord.

Le droit au regroupement familial des enfants mineurs peut toutefois faire l'objet de deux dérogations. Tout d'abord, l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive prévoit que les Etats membres peuvent conditionner le droit au regroupement familial de l'enfant âgé de plus de 12 ans et arrivé indépendamment du reste de sa famille à un critère d'intégration⁵. En second lieu, l'article 4, paragraphe 6, indique que les Etats membres « peuvent demander que les demandes de regroupement familial d'enfants mineurs soient introduites avant que ceux-ci n'aient atteint l'âge de 15 ans ». Ces deux dispositions de la directive, initiées par l'Allemagne pour la première et l'Autriche pour la seconde, ont été au centre du recours en annulation introduit par le Parlement européen⁶. La Cour de justice n'a pas jugé que ces dispositions violaient les droits fondamentaux⁷. Reconnaisant que les Etats membres disposent de marges

1 URBANO DE SOUZA C. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux » in JULIEN-LAFERRIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 127-139, sp. 133.

2 Voir notamment, proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, sp. 16.

3 URBANO DE SOUZA C. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux » in JULIEN-LAFERRIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 127-139, sp. 136.

4 L'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/86/CE précise « Les enfants mineurs visés au présent article doivent être d'un âge inférieur à la majorité légale de l'Etat membre concerné et ne pas être mariés ».

5 Point 12 de la directive « La possibilité de limiter le droit a regroupement familial pour les enfants de plus de 12 ans dont la résidence initiale n'est pas chez le regroupant, vise à tenir compte de la faculté d'intégration des enfants dès le plus jeune âge et garantit qu'ils acquièrent l'éducation et les connaissances linguistiques nécessaires à l'école ».

6 Le Parlement européen souhaitait assurer « la défense dans l'ordre juridique communautaire des droits fondamentaux, notamment ceux des enfants mineurs », JO C 47/21 du 21.02.2004, sp. 22.

7 Pour une analyse critique de l'arrêt de la Cour de justice, voir TRAVAGLIA B. « La non-conformité à l'égard de certains droits fondamentaux de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial

d'appréciation dans l'examen des demandes de regroupement familial de certaines catégories d'enfants, la Cour de justice a néanmoins indiqué que les Etats membres doivent¹, lors de l'examen des demandes, prendre dûment en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que protégé par l'article 5, paragraphe 5 de la directive², et les considérations tenant à la nature et la solidité des liens familiaux de la personne, tels que définis par l'article 17 de la directive³.

Si cette affaire présente un réel intérêt juridique, dans la mesure où elle éclaire sur le raisonnement de la Cour de justice dans le domaine de la politique migratoire⁴, son intérêt pratique est quasiment nul. En effet, la dérogation de l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive a été transposée par trois Etats membres seulement pendant que celle prévue par l'article 4, paragraphe 6, n'a reçu aucune mesure de transposition nationale⁵. Ces dispositions étant revêtues d'une clause de *stand still*, il est désormais impossible pour les Etats membres de s'en prévaloir⁶. En fin de compte, la volonté des Etats membres d'intégrer des dispositions et pratiques nationales « taillée[s] sur mesure »⁷ dans les règles communautaires présente des limites. D'une part, ces règles nationales « communautarisées » font désormais l'objet d'un contrôle du juge communautaire. D'autre part, et dans une moindre mesure, elles n'influencent pas les autres Etats membres, notamment lorsqu'elles sont revêtues d'une clause de *stand still* qui ne permet pas d'évaluer dans le temps l'opportunité de transposer de telles mesures ou pratiques dans le droit interne.

En définitive, les Etats membres peuvent opter pour une transposition généreuse ou restrictive du champ d'application de la directive. Une considération similaire s'applique aux conditions du regroupement familial

des ressortissants de pays tiers. Quelques considérations sur un arrêt de la Cour de justice », R.M.C.U.E., 2008, pp. 325-334.

- 1 Pour une illustration voir notamment le point 87 de l'arrêt CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen / Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769.
- 2 Article 5, paragraphe 5, de la directive « Au cours de l'examen de la demande, les États membres veillent à prendre dûment en considération l'intérêt supérieur de l'enfant mineur ».
- 3 Article 17 de la directive « Les États membres prennent dûment en considération la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans l'État membre, ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine, dans les cas de rejet d'une demande, de retrait ou de non-renouvellement du titre de séjour, ainsi qu'en cas d'adoption d'une mesure d'éloignement du regroupant ou des membres de sa famille ».
- 4 Voir notamment à ce sujet, LABAYLE H. « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », R.F.D.A., 2007, pp. 101-133 ; MARTIN D. « La Cour de justice et le droit au regroupement familial : trop ou trop peu ? », R.T.D.H. 2008, pp. 595-609.
- 5 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 6.
- 6 A ce titre, la Commission indique que Chypre a violé la clause de *stand still* figurant dans l'article 4, paragraphe 1^{er}. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 6.
- 7 DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 54.

B. Les conditions d'exercice du droit au regroupement familial

Les conditions d'exercice du droit au regroupement familial révèlent les limites de la logique d'harmonisation législative. En effet, la directive 2003/86/CE présente sur ce terrain un caractère largement optionnel comme les dispositions relatives à la situation matérielle du regroupant le démontrent (1). Parallèlement, les Etats membres ont intégré des dispositions qui permettent d'assortir le regroupement familial de critères additionnels, telles que des exigences d'intégration (2), ou de limiter dans le temps l'exercice effectif du regroupement familial sur la base de périodes d'attente (3).

1. Conditions matérielles

Le chapitre IV de la directive 2003/86/CE relatif aux « conditions requises pour l'exercice du droit au regroupement familial » comprend trois articles dont la totalité des dispositions, à l'exception d'une seule, sont optionnelles. Parmi celles-ci, l'article 7 relatif aux conditions matérielles que doit remplir le regroupant mérite l'attention. Le paragraphe 1^{er}, de cette disposition établit l'ensemble des conditions que les Etats membres peuvent exiger du regroupant lors du dépôt de la demande. Ainsi des conditions de logement, de ressources ou encore d'affiliation à un régime d'assurance maladie peuvent être requises. La première difficulté résulte du caractère alternatif de ces conditions. Ainsi, un Etat membre peut imposer au regroupant de fournir la preuve qu'il remplit les trois conditions requises alors qu'un autre Etat membre n'impose la satisfaction que d'une condition voire n'impose aucune condition¹. La seconde difficulté relève de l'absence de critères communs d'évaluation des conditions requises, qui sont en définitive déterminés par les législations et réglementations nationales. Ainsi, la condition de ressource requise entre les Etats membres varie de 120 euros mensuels en Pologne à 1484 euros mensuels aux Pays-Bas². Un commentaire identique peut être soulevé concernant les conditions de logement dont la précision varie en fonction des législations nationales³.

Les conditions d'exercice du droit au regroupement familial ne sont pas harmonisées et remettent en cause l'existence même d'un droit au regroupement familial⁴

1 A titre d'exemple, la Suède n'impose aucune condition alors que les Pays-Bas imposent toutes les conditions figurant à l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/86/CE. Sur ce point, voir LABAYLE H. & PASCOUAT Y. « Directive 2003/86/CE on the Right to Family Reunification-Synthesis Report », 2007, 182 p., sp. 94-102. Rapport réalisé pour le compte de la Commission européenne par le Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe (Réseau Odysseus). Rapport disponible sur le site internet de la Direction Générale Justice, Liberté et Sécurité de la Commission européenne.

2 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 7.

3 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 6.

4 En effet, ce domaine présente une « absence totale d'harmonisation (...) qui est pourtant un point essentiel de l'existence ou non d'un droit que la directive prétend reconnaître », DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » *in* JULIEN-

notamment lorsque les conditions requises sont disproportionnées¹. Le refus des Etats membres d'être liés par le droit communautaire et les différences de niveaux de vie entre les Etats membres expliquent le choix du caractère optionnel de l'article 7, paragraphe 1^{er}. Au fond, cette solution concourt au maintien des réglementations nationales et n'implique pas harmonisation.

Cette situation pourrait toutefois évoluer dans la mesure où le Pacte européen sur l'immigration et l'asile procède à une relecture des dispositions de la directive. Plus précisément, souhaitant réguler de manière plus forte l'immigration familiale, le Pacte européen rend obligatoires les dispositions optionnelles de l'article 7 de la directive². Ainsi, la définition d'un objectif commun, limiter l'immigration familiale, implique la définition de moyens communs pour l'atteindre et impose ce faisant une harmonisation des conditions d'exercice du regroupement familial. Au fond, la nécessité d'harmoniser les règles nationales résulte de la volonté d'atteindre un objectif défini en commun³. Désormais, la volonté de limiter l'immigration familiale et de rendre obligatoires les exigences matérielles requises crée les conditions d'une convergence progressive des législations nationales et impose donc la nécessité d'harmoniser. Si ce mouvement résulte de la volonté politique des Etats membres, il découle également du *spill over effect*. En effet, une fois un domaine communautarisé, la logique de l'intégration impose un effet d'approfondissement progressif de l'action communautaire et par conséquent de l'harmonisation législative.

LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 59.

- 1 « La pratique de trois États membres suscite des préoccupations particulières : en EE, le montant requis est pratiquement doublé par membre de la famille supplémentaire et en FI, l'augmentation est de 450 EUR pour chaque enfant regroupé. Aux Pays-Bas, une disposition spécifique requérant généralement le plus haut niveau de revenus pourrait constituer une discrimination en raison de l'âge. Pour réunir la famille, 120 % du salaire minimum légal d'un travailleur de 23 ans sont exigés d'un regroupant, quel que soit son âge. En outre, un contrat de travail d'au moins un an ou une durée d'emploi de trois ans est également exigé. Toutes ces conditions risquent de faire obstacle au droit au regroupement familial, surtout pour les jeunes », Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 8.
- 2 Le Conseil européen a en effet convenu « de mieux réguler l'immigration familiale en invitant chaque Etat membre, sauf catégories particulières, à prendre en considération dans sa législation nationale, dans le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ses capacités d'accueil et les capacités d'intégration des familles appréciées au regard de leurs conditions de ressources et de logement dans le pays de destination ainsi que, par exemple, de leur connaissance de la langue de ce pays », Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08*, 24 septembre 2008, sp. 6.
- 3 A cet égard, la motivation de la Commission dans la proposition de directive était significative en ce qu'elle témoignait de l'absence d'objectif. Ainsi, la Commission indiquait sans convaincre « En définitive, la proposition de directive poursuit un rapprochement des législations nationales dans deux buts : d'une part, il s'agit d'assurer la sécurité juridique des ressortissants de pays tiers, qui pourront bénéficier de conditions largement similaires pour le regroupement familial, indépendamment de l'Etat membre dans lequel ils ont été admis à séjourner. D'autre part, il s'agit de réduire la possibilité que le choix de l'Etat membre où un ressortissant de pays tiers souhaite résider repose uniquement sur les conditions plus favorables que ce pays pourrait lui offrir », Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, sp. 10.

2. Mesures d'intégration

L'article 7, paragraphe 2, de la directive permet aux Etats membres d'assortir le regroupement familial d'un critère additionnel tenant à la capacité d'intégration des membres de la famille dans la société d'accueil¹. Soulevant de timides oppositions lors de la négociation de la directive², cette disposition est devenue un enjeu central des politiques migratoires nationales en matière de regroupement familial. Tout d'abord, parce qu'elle autorise les Etats membres à instaurer des exigences supplémentaires au regroupement familial et accroît ainsi leur capacité d'intervention. Ensuite, parce que le second alinéa de l'article 7, paragraphe 2, indique que ces mesures d'intégration peuvent être requises avant l'entrée sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, exception faite des réfugiés et des membres de leur famille³. Enfin, parce que cette disposition n'est pas assortie d'une clause de *stand still* de sorte que ces mesures peuvent être adoptées par les Etats membres après l'entrée en vigueur de la directive.

En pratique, cette mesure additionnelle est appliquée par quatre Etats membres dont trois, Pays-Bas, France, Allemagne, imposent la satisfaction de ces mesures d'intégration au cours de la procédure de délivrance du visa dans le pays d'origine⁴. Si le critère d'intégration permet aux Etats membres d'instituer des mesures additionnelles dans le cadre de la procédure de regroupement familial⁵, la possibilité ouverte par la directive est toutefois encadrée. En effet, l'article 7, paragraphe 2, de la directive prévoit l'adoption de « mesures » d'intégration par opposition aux « conditions » d'intégration requises dans d'autres textes⁶. Autrement dit, les Etats membres ne peuvent conditionner le droit au regroupement familial à la satisfaction d'un critère d'intégration⁷. Les « mesures » d'intégration impliquent une obligation de moyen et

1 Article 7, paragraphe 2, alinéa 1, de la directive 2003/86/CE « Les Etats membres peuvent exiger des ressortissants de pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration, dans le respect du droit national ».

2 Voir *Doc. 13053/02* du 23 octobre 2002, sp. 12 et *Doc. 14272/02* du 26 novembre 2002, sp. 13

3 Article 7, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 2003/86/CE « En ce qui concerne les réfugiés et/ou les membres de la famille de réfugié, (...) les mesures d'intégration visées au premier alinéa ne peuvent s'appliquer qu'une fois que les personnes ont bénéficié du regroupement familial ». Cette disposition a été intégrée sous l'influence du gouvernement néerlandais, GROENENDIJK K. « Family Reunification as a Right under Community Law », E.J.M.L., 2006, pp. 215-230, sp. 224.

4 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 7-8.

5 Pour la France voir notamment, MARIANI T, Rapport d'information sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne, Rapport n° 3502, 6 décembre 2006, Assemblée nationale, 150 p., sp. 25-26.

6 GROENENDIJK K. « Legal Concepts of Integration in EU Migration Law », E.J.M.L. 2004, pp. 111-126.

7 A ce titre, le dispositif néerlandais a fait l'objet de vives critiques non seulement parce qu'il introduit des conditions d'intégration contraires à la directive mais également parce qu'il introduit une discrimination vis-à-vis de certaines catégories de ressortissants de pays tiers. Voir à ce sujet le rapport de Human Rights Watch « The Netherlands : Discrimination in the Name of Integration. Migrant's Rights under the Integration Abroad Act », May 2008, Number 1, 46 p.

non une obligation de résultat et supposent par exemple la participation du ressortissant de pays tiers à des sessions d'apprentissage linguistique¹.

Finalement peu mise en œuvre par les Etats membres, cette disposition de la directive mérite l'attention. En effet, la disposition du Pacte européen tendant à rendre obligatoires les dispositions facultatives de la directive fait également référence aux capacités d'intégration de la famille. L'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/86/CE risque donc d'être mis en œuvre dans la majorité des Etats membres. Dans ce cadre, la proportionnalité des mesures adoptées dans les Etats membres devra forcément faire l'objet d'une attention particulière de manière à ne pas remettre en cause le droit au regroupement familial².

3. *Institutionnalisation d'une période d'attente*

Afin de s'assurer que le regroupant réside de manière durable dans l'Etat membre d'accueil, l'article 8, alinéa 1, de la directive prévoit que les Etats membres peuvent exiger que le regroupant ait séjourné sur leur territoire pendant une période qui ne peut pas dépasser deux ans³, avant de se faire rejoindre par les membres de la famille. Le second alinéa indique, par dérogation, et lorsque la législation existante tient compte de la capacité d'accueil, que l'Etat membre peut introduire une période d'attente de trois ans maximum entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance du titre de séjour aux membres de la famille.

Contestée par le Parlement européen⁴, la Cour de justice a jugé que la période d'attente « maintient au profit des États membres une marge d'appréciation limitée

1 Concernant la procédure française, voir PASCOUAU Y. « Integration measures in France : an evolving process between integration and migration issues » in ERSBØLL E., KOSTAKOPOULOU D. & VAN OERS R. « Language and Integration Tests for Newcomers and Future Citizens ? », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010, pp. 153-183.

2 A ce titre, la Commission européenne a déjà balisé les conditions de mise en œuvre de cette disposition, « Ces mesures ont pour objectif de faciliter l'intégration des membres de la famille. Leur conformité avec la directive dépend de savoir si elles servent cette finalité et si elles respectent le principe de proportionnalité. Leur conformité peut être discutable en fonction de l'accessibilité à ces cours ou tests, de leur conception et/ou organisation (documents utilisés, prix, lieu, etc.), ou si ces mesures ou leurs effets servent d'autres buts que l'intégration (par exemple, prix élevé excluant les familles à faibles revenus). La garantie procédurale relative au droit de contester en justice une décision de rejet doit également être respectée », Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 8.

3 La proposition initiale de la Commission prévoyait la possibilité d'exiger que le regroupant ait résidé pendant une durée ne pouvant dépasser une année. Il est curieux de noter que la Commission se soit rangée aux exigences des Etats membres alors que dans le commentaire des articles de la proposition elle soulignait que « Cette période d'attente ne peut être supérieure à un an *pour ne pas réduire à néant l'exercice du droit au regroupement familial* », Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, sp. 20 (souligné par nous).

4 A l'occasion du recours en annulation introduit à l'encontre de la directive 2003/86/CE, le Parlement européen considérait en substance que ces périodes d'attente ne permettaient pas un examen au cas par cas des demandes et qu'elles risquaient de donner lieu à des traitements différents entre les Etats membres.

en leur permettant de s'assurer que le regroupement familial aura lieu dans de bonnes conditions, après que le regroupant a séjourné dans l'État d'accueil pendant une période suffisamment longue pour présumer une installation stable et un certain niveau d'intégration »¹. La Cour souligne que dans l'appréciation des demandes, les Etats membres doivent prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants, limitant ainsi les critiques qui avaient été soulevées contre cette disposition de la directive².

Si les Etats membres ont recherché à se ménager des marges de manœuvre, ces dernières doivent être mise en œuvre conformément à l'interprétation de la Cour et sous le contrôle de la Commission³. Enfin, la possibilité d'instituer une période d'attente pouvant aller jusque 3 ans doit être relativisée. D'une part, parce qu'elle n'est plus appliquée par l'Etat membre qui avait demandé l'introduction de cette disposition dans la directive. D'autre part, parce qu'aucun Etat membre n'a transposé cette disposition qui est assortie d'une clause de *stand still*. De sorte, qu'il n'est plus possible aujourd'hui de l'appliquer⁴.

Sans instituer une période d'attente à proprement parler, la directive prévoit la possibilité de conditionner le regroupement familial à une condition d'âge minimum⁵. Instituée en vue de lutter contre les mariages forcés et d'assurer une meilleure intégration, cette disposition a fait l'objet de transpositions différentes entre les Etats membres⁶ et ne procède finalement pas à l'harmonisation des règles nationales. Elle assure aux Etats membres une maîtrise des conditions d'exercice du droit au regroupement familial pour une catégorie déterminée de demandeurs.

Quoi qu'il en soit, et une fois les conditions du regroupement familial remplies, l'Etat membre « autorise l'entrée du ou des membres de la famille (...) [et] accorde à ces personnes toute facilité pour obtenir les visas exigés »⁷. La formulation relative

1 CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec. I-5769, point 98.

2 « Si cette période de séparation forcée de la famille peut être estimée trop longue dans la vie de n'importe quelle personne, dans la vie d'un enfant elle est une éternité », URBANO DE SOUZA C. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 127-139, sp. 134.

3 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 8.

4 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2008) 610 final du 08.10.2008, sp. 8.

5 Article 4, paragraphe 5, de la directive « Afin d'assurer une meilleure intégration et de prévenir des mariages forcés, les Etats membres peuvent demander que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal, qui ne peut être supérieur à 21 ans, avant que le conjoint ne puisse rejoindre le regroupant ».

6 Voir à ce sujet, LABAYLE H. & PASCOUAY Y. « Directive 2003/86/CE on the Right to Family Reunification-Synthesis Report », 2007, 182 p., sp. 43-45. Rapport réalisé pour le compte de la Commission européenne par le Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe (Réseau Odysseus). Rapport disponible sur le site internet de la Direction Générale Justice, Liberté et Sécurité de la Commission européenne.

7 Article 13, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/86/CE.

à la délivrance des visas est identique à celle applicable aux membres de la famille des citoyens européens¹. Dans ce domaine, le juge communautaire a développé une jurisprudence très protectrice des membres de la famille du citoyen². La pratique permettra de démontrer si le juge communautaire souhaite étendre cette jurisprudence aux membres de la famille du ressortissant de pays tiers afin notamment de garantir le droit au regroupement familial.

C. L'harmonisation minimale des droits accordés aux membres de la famille

La directive 2003/86/CE contient plusieurs dispositions relatives aux droits dont peuvent jouir les membres de la famille ayant bénéficié du droit au regroupement familial³. Cependant, l'harmonisation réalisée par la directive est minimale dans la mesure où la mise en œuvre de ces dispositions dépend principalement des législations nationales. C'est le cas des dispositions relatives à l'accès au marché de l'emploi (1) et à la reconnaissance d'un statut autonome (2).

1. L'accès au marché de l'emploi

Si la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille constitue une garantie déterminante pour assurer la stabilité du séjour⁴, l'accès au marché de l'emploi et à l'éducation pour les enfants s'avère déterminant pour assurer leur intégration dans la société d'accueil⁵. La directive indique que les membres de la famille « ont droit » à l'accès à l'éducation, à l'emploi salarié ou indépendant, ainsi qu'à la formation professionnelle. L'exercice d'une activité salariée ou indépendante est toutefois déterminé par le droit des Etats membres. D'une part, les conditions d'exercice d'une activité économique sont fixées par les législations de chaque Etat membre. D'autre part, les Etats membres disposent de la faculté, au cours de la première année de

1 Voir article 3, paragraphe 2, de la directive 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO L 257/13 du 19.10.1968.

2 La Cour de justice a notamment jugé dans une affaire MRAX que « (...) un État membre ne peut pas refouler à la frontière un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un État membre, qui tente de pénétrer sur son territoire sans disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ou, le cas échéant, d'un visa, lorsque ledit conjoint est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique au sens des articles 10 de la directive 68/360 et 8 de la directive 73/148 », CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme et la xénophobie ASBL (MRAX) et Etat belge*, aff. C-459/99, Rec. I-6591 (point 62).

3 L'ouverture de certains droits sociaux, tels que l'accès au logement et le bénéfice de prestations sociales ou d'avantages sociaux, n'est pas couvert par la directive et demeurent régis par la législation nationale.

4 Article 13, paragraphe 2, de la directive 2003/86/CE « L'État membre concerné délivre aux membres de la famille un premier titre de séjour d'une durée d'au moins un an. Ce titre de séjour est renouvelable ».

5 Voir sur ce point, Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, sp. 21.

résidence, d'opposer la situation du marché de l'emploi aux membres de la famille. Enfin, la limitation de l'accès à l'emploi pour les ascendants en ligne directe et du premier degré et des enfants majeurs célibataires est à l'entière discrétion des Etats membres. Au fond, et contrairement à la proposition libérale de la Commission¹, les Etats membres ont accepté le principe de l'accès au marché de l'emploi mais conservé la maîtrise des conditions de sa mise en œuvre. Mis à part l'obligation d'ouvrir le marché de l'emploi après une année de résidence pour le conjoint, l'harmonisation est minimale.

2. *La reconnaissance d'un statut autonome aux membres de la famille*

L'article 16, paragraphe 3, de la directive, prévoit que le droit au regroupement familial s'éteint lorsque le séjour du regroupant touche à sa fin. Ainsi, le statut du regroupé dépend de celui du regroupant. Toutefois, la dépendance entre le regroupant et les membres de la famille ne doit pas être permanente. Ainsi, et afin d'assurer une « sécurité juridique »² aux membres de la famille ayant rejoint le regroupant, la directive prévoit de leur attribuer un statut autonome à l'issue d'une période déterminée³.

De nouveau, la directive pose un principe, celui de l'autonomisation, et laisse aux Etats membres la détermination des conditions d'acquisition du titre de séjour autonome. La seule certitude découlant du texte est qu'à l'expiration d'un certain délai, qui ne peut toutefois excéder cinq ans⁴, le conjoint ou le partenaire non marié a « droit (...) à un titre de séjour autonome »⁵. Ce droit devient facultatif pour les enfants devenus majeurs en cas de rupture du lien familial. En tout état de cause, les Etats membres déterminent discrétionnairement les conditions d'octroi et de durée de ce titre de séjour autonome⁶. Pour le reste, la directive prévoit un ensemble de dispositions à caractère optionnel pouvant orienter les Etats membres et applicable aux cas de rupture du lien familial, aux enfants majeurs et ascendants ou encore aux cas de veuvage, de divorce de séparation ou de décès⁷.

1 GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration Law » in JULIEN-LAFERRIERE E, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174, sp. 154-157.

2 Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM(1999) 638 final du 01.12.1999, sp. 22.

3 Article 15 de la directive 2003/86/CE.

4 Ce délai a été porté de quatre à cinq ans au cours de la négociation.

5 Article 15, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/86/CE.

6 Article 15, paragraphe 4, de la directive 2003/86/CE « Les conditions applicables à l'octroi et à la durée du titre de séjour autonome sont définies par le droit national ».

7 Article 15, paragraphe 3, de la directive 2003/86/CE « En cas de veuvage, de divorce, de séparation ou de décès d'ascendants ou de descendants directs au premier degré, un titre de séjour autonome peut être délivré, au besoin sur demande, aux personnes entrées au titre du regroupement familial. Les États membres arrêtent des dispositions garantissant l'octroi d'un titre de séjour autonome en cas de situation particulièrement difficile ».

En fin de compte, les Etats membres se sont efforcés au cours de la négociation de la directive de reprendre d'une main ce qu'ils avaient accordés de l'autre¹. Si le texte consacre pour la première fois un droit au regroupement familial au plan européen², les conditions d'exercice de ce droit sont déterminées par le droit national³. Les Etats membres ont recherché à limiter la portée du droit au point d'en maîtriser l'existence. Néanmoins, la mise en œuvre et l'application de la directive sont désormais soumises au contrôle et à l'interprétation du juge communautaire. L'interprétation de ce dernier pouvant doter la directive d'une dimension plus protectrice que ne le prévoit le texte à première vue⁴, notamment s'il consent à un alignement des statuts entre le citoyen et le ressortissant de pays tiers. Aussi, le juge permettra-t-il d'assurer une forme d'harmonisation que la directive ne parvient pas à réaliser.

Initialement présentée comme un texte devant assurer l'intégration des ressortissants de pays tiers, la directive 2003/86/CE s'est finalement muée en instrument posant des règles d'admission sur le territoire des Etats membres. Si la directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée conserve une dimension « intégration », elle souffre en revanche des mêmes caractéristiques que la directive 2003/86/CE.

Sous-section 2. LES RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS RÉSIDENTS DE LONGUE DURÉE

Les législations nationales ont traditionnellement développé le principe selon lequel les droits accordés aux ressortissants de pays tiers augmentent proportionnellement à la durée de leur séjour⁵. Si cette logique est débattue au niveau européen depuis

1 Comme le titre d'un article le souligne, DRYWOOD E. « Giving with one hand, taking with the other : fundamental rights, children and the family reunification decision », E.L.R. 2006, pp. 396-407.

2 Voir entre autres, GUILD E. « The Legal Elements of European Identity. EU Citizenship and Migration Law », Kluwer Law International, The Hague, 2004, 265 p., sp. 108.

3 Au-delà des exemples cités, la disposition de la directive 2003/86/CE relative aux voies de recours en constitue un autre exemple. L'article 18, premier alinéa indique que les Etats membres doivent veiller à ce que le regroupant et/ou les membres de sa famille aient le droit de contester en justice les décisions de rejet de la demande, de non-renouvellement ou de retrait du titre de séjour ou encore l'adoption d'une décision d'éloignement. Le second alinéa souligne « La procédure et les compétences en ce qui concerne l'exercice du droit visé au premier alinéa sont fixées par les Etats membres concernés ».

4 A ce titre, la directive a même été qualifiée de « monument d'hypocrisie », URBANO DE SOUZA C. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 127-139, sp. 138.

5 Comme l'expose Patrick WEIL « Enfin, ces démocraties [les démocraties libérales] ont toutes entériné une règle non écrite : lorsqu'un étranger s'est vu renouveler son titre de séjour à plusieurs reprises, un Etat ne peut le contraindre, par exemple si la conjoncture économique se détériore, à repartir contre sa volonté : l'ancienneté des liens créés dans le pays d'accueil lui a *ipso facto* conféré un droit de résidence »,

le milieu des années 50¹, le traité d'Amsterdam poursuit ce mouvement et attribue compétence à la Communauté pour adopter « des mesures définissant les droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière de séjour dans un État membre de séjourner dans les autres États membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire »². Le Conseil européen de Tampere délimite l'action communautaire qui doit permettre d'offrir aux ressortissants de pays tiers titulaires d'un permis de séjour longue durée « un ensemble de droits aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne »³. En d'autres termes, les États membres n'entendent pas aligner le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée sur celui des citoyens. Sur ce fondement, et sur la base d'une étude préalable⁴, la Commission européenne a présenté une proposition de directive en mars 2001⁵. Négociée dans un contexte pourtant difficile⁶, la directive 2003/109/CE⁷ est adoptée par le Conseil après seulement⁸ deux années de négociations. Fidèle aux orientations de Tampere, la directive évite tout alignement des statuts juridiques entre citoyens européens et ressortissants de pays tiers. Si elle innove en créant un statut communautaire pour les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (I) qui leur permet de jouir d'une liberté de circulation dans un autre État membre afin d'y exercer une activité salariée (II), la directive laisse d'importantes marges de manœuvre aux États membres dans la définition et l'application des conditions de mise en œuvre.

WEIL P. « Liberté, égalité, discriminations. L'« identité nationale » au regard de l'histoire », Bernard GRASSET, Paris, 2008, 209 p., sp. 11.

- 1 Pour un aperçu des travaux menés et règles adoptées en ce sens dans le cadre du Conseil de l'Europe, de la Communauté européenne et de l'Union européenne, voir en particulier GROENENDIJK K. « The Legal integration of potential citizens : Denizens in the EU in the final years before the implementation of the 2003 Directive on long-term resident third country nationals » in BAUBÖCK R., ERSBØLL E., GROENENDIJK K. & WALDRAUCH H. (Eds.) « Acquisition and Loss of Nationality », IMISCOE Research, Amsterdam University Press 2006, Volume I, 499 p., pp. 385-410.
- 2 Article 6, point 4) du traité CE.
- 3 Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, Bull – CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 10, point 21.
- 4 Voir l'étude de GROENENDIJK K., GUILD E., BARZILAY R. « Le statut juridique des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dans un État membre de l'Union européenne », Université de Nimègue, Commission Européenne, DG JAI, avril 2000, 172 p.
- 5 Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001.
- 6 Le climat politique du début des années 2000, orienté sur la lutte contre l'immigration irrégulière et le versant sécuritaire de la politique, menace l'adoption d'un texte s'inscrivant dans une approche trop libérale au profit des ressortissants de pays tiers, voir sur ce point, PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 292-295.
- 7 Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16/44 du 23.01.2004.
- 8 Ce qui est considéré comme un délai relativement court pour une directive touchant à un domaine aussi sensible, voir en particulier GROENENDIJK K. « The Legal integration of potential citizens : Denizens in the EU in the final years before the implementation of the 2003 Directive on long-term resident third country nationals » in BAUBÖCK R., ERSBØLL E., GROENENDIJK K. & WALDRAUCH H. (Eds.) « Acquisition and Loss of Nationality », IMISCOE Research, Amsterdam University Press 2006, Volume I, 499 p., pp. 385-410, sp. 389.

I. LE STATUT DE RÉSIDENT DE LONGUE DURÉE

La détermination des conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée-CE (A) ainsi que les droits attachés à ce statut (B) permettent la codification de règles largement éprouvées dans les législations nationales. De ce point de vue, et même si la négociation de la directive permet un alignement des règles nationales sur certains points, la communautarisation du statut de résident de longue durée se réalise principalement à droit constant.

A. Acquisition du statut de résident de longue durée-CE

La directive 2003/109/CE définit les conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée-CE. Cela étant, les Etats membres se sont efforcés de limiter la portée du texte en s'alignant sur le plus petit dénominateur commun qu'il s'agisse du champ d'application de la directive (1) ou des conditions d'acquisition du statut (2).

1. *Un champ d'application restreint*

L'article 3, paragraphe 1^{er}, indique que la directive s'applique « aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire d'un Etat membre »¹. Seulement, tous les ressortissants de pays tiers n'entrent pas dans ce champ dans la mesure où le paragraphe second en exclut six catégories². De façon générale, les personnes séjournant sur le territoire de la Communauté pour des raisons temporaires ou celles dont le statut juridique n'est pas suffisamment harmonisé, comme la protection subsidiaire, ne sont pas couvertes par le texte. Si la négociation du texte a fait apparaître des divergences entre les délégations concernant les personnes bénéficiant de la protection temporaire et subsidiaire³, c'est essentiellement l'exclusion des réfugiés du champ de la directive qui a suscité les plus fortes réserves. Plusieurs délégations considéraient que la question des réfugiés devait être réglée par un texte distinct⁴ et qu'ils ne pouvaient être considérés

1 Outre les ressortissants de pays tiers séjournant légalement aux fins d'exercice d'une activité économique salariée ou indépendante, peuvent entrer dans le champ de la directive les membres de la famille bénéficiaires du regroupement familial, les personnes exerçant des activités non lucratives ou encore les personnes admises en qualité de non-actifs, sous réserve des dispositions nationales. En revanche, la directive demeure silencieuse au sujet des mineurs, lesquels pourront selon toute vraisemblance bénéficier du texte à condition de remplir les critères d'acquisition du statut.

2 Sont exclus conformément aux articles 3, paragraphe 2, points a) à f), les étudiants et personnes suivant une formation professionnelle, les bénéficiaires de la protection temporaire, les bénéficiaires de la protection subsidiaire, les réfugiés et demandeurs de la qualité de réfugié, les personnes séjournant pour des motifs à caractère purement temporaire (saisonniers, travailleurs détachés, prestataires de services transfrontaliers), les personnels diplomatiques, consulaires ou d'organisations internationales.

3 Voir notamment les positions des délégations nationales à l'issue de la première et de la seconde lecture. Respectivement, *Doc. 10312/01* du 12 juillet 2001 et *Doc. 12983/01* du 26 octobre 2001.

4 *Doc. 10462/02* du 3 juillet 2002, sp. 2.

comme des migrants économiques¹. Malgré un compromis présenté par la présidence², décision fut prise d'exclure les réfugiés du bénéfice de la directive³, sous réserve pour la Commission de présenter dans l'année une proposition de directive relative à l'extension du statut de résident de longue durée aux réfugiés et aux personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire⁴. La proposition de la Commission n'est finalement intervenue que plusieurs années plus tard, en 2007⁵. Si l'impossibilité d'inclure les réfugiés dans la directive témoigne de la difficulté de faire converger les positions nationales, elle ne correspond pas à la logique du texte et à la réalité économique. Tout d'abord, les réfugiés bénéficient d'un statut stable et durable qui ne justifie pas *a priori* leur exclusion du champ de la directive. Ensuite, cette exclusion les prive de la possibilité de jouir de la libre circulation alors que leurs qualifications pourraient satisfaire aux exigences du marché européen de l'emploi⁶.

Le critère de la durabilité du séjour offre en revanche aux Etats membres d'importantes marges de manœuvre pour délimiter le champ d'application personnel de la directive. En effet, l'article 3, paragraphe 2, point e) exclut par principe les personnes séjournant exclusivement pour des motifs à caractère temporaire mais également les personnes titulaires d'un permis de séjour dont la durée est formellement limitée⁷. Cette disposition permet en réalité aux Etats membres d'exclure du bénéfice du statut de résident de longue durée toute personne ne disposant pas d'un titre de séjour illimité. Ainsi, une personne titulaire d'un titre de séjour valable une année et renouvelable pourrait être exclue du champ d'application de la directive⁸. Ce dispositif assure une maîtrise considérable dans la mise en œuvre du texte.

1 *Doc. 11360/02* du 30 juillet 2002, sp. 1-2.

2 Il visait à rédiger un chapitre spécifique aux réfugiés leur permettant d'acquérir le statut de résident de longue durée selon des conditions déterminées, sans perdre leur statut de réfugié, *Doc. 13700/02* du 9 décembre 2002, sp. p. 4.

3 *Doc. 9025/03* du 6 mai 2003, sp. 4.

4 Conseil Justice et affaires intérieures du 8 mai 2003, *Doc. 8278/03*, sp. 4.

5 Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2003/119/CE afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale, COM(2007) 298 final du 06.06.2007.

6 « Alors que de nombreuses personnes admises dans l'Union européenne pour des raisons humanitaires retournent effectivement dans leur pays d'origine lorsque la situation sur place évolue, le débat sur le nombre de migrants économiques nécessaires dans les différents secteurs devrait tenir compte du nombre de personnes placées sous protection internationale. En effet, leurs qualifications pourraient aussi être mieux utilisées, de même que celles des membres de leur famille admis dans l'Union européenne qui entreraient également sur le marché du travail », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000, sp. 16.

7 Conformément à cette disposition, la directive ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui « séjournent exclusivement pour des motifs à caractère temporaire, par exemple en tant que personnes au pair ou travailleurs saisonniers, ou en tant que travailleurs salariés détachés par un prestataire de services afin de fournir des services transfrontaliers, ou en tant que prestataires de services transfrontaliers, ou lorsque leur permis de séjour a été formellement limité ».

8 L'article 4 de la directive 2003/109/CE confirme ce choix dans la mesure où les périodes de résidence effectuées pour des raisons couvertes par ces titres de séjour temporaire ne sont pas prises en compte pour le calcul des périodes de résidence nécessaires à l'acquisition du statut de résident de longue durée-CE.

A la vision initialement large défendue par la Commission¹, les Etats membres ont opté pour une approche restrictive.

2. *Les conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée*

Les dispositions de la directive relatives aux conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée-CE ont été aménagées afin de permettre aux Etats membres d'en définir les conditions d'application et d'éviter un alignement des statuts avec les citoyens de l'Union européenne. Cela concerne la durée du séjour et les conditions matérielles requises (a) ainsi que la réserve d'ordre public (b).

a. *Durée de résidence légale et conditions matérielles*

La durée de résidence légale sur le territoire d'un Etat membre constitue le « critère principal »² d'ouverture du statut de résident de longue durée. Elle s'analyse comme un repère objectif permettant l'évaluation de la stabilité de résidence de la personne dans la société d'accueil. L'accord sur la durée du séjour a été largement discuté lors de la négociation. La Grèce et l'Italie souhaitaient que le délai de résidence légale soit porté à dix années pour la première et six années pour la seconde³, conformément à leurs législations. La reprise de la négociation par la présidence grecque et la volonté d'aboutir à la conclusion de la directive a commandé à ce que cet Etat accepte de lever ses réserves et abaisse de moitié la période de résidence posée par sa législation⁴. Face à

1 « Le paragraphe 1 définit de manière large le champ d'application de la proposition de directive. La proposition a un caractère horizontal. Elle s'applique à tous les ressortissants de pays tiers qui sont légalement résidents dans un Etat membre, indépendamment des raisons qui ont justifié leur admission initiale. Le champ d'application concerne donc les ressortissants de pays tiers admis aux fins d'emploi salarié ou indépendant, au titre du regroupement familial, aux fins d'exercer des activités non lucratives, ou ceux qui sont admis en tant qu'inactifs. La proposition de directive couvre également les ressortissants de pays tiers qui sont nés sur le territoire d'un Etat membre et y résident sans pour autant avoir acquis la nationalité de l'Etat membre concerné. Les réfugiés reconnus sur la base de la Convention de Genève sont également couverts, mais la proposition ne traite pas de la question du transfert de protection lors de l'exercice du droit de séjour dans un autre Etat membre. Enfin, la proposition couvre également la situation juridique des ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille des citoyens de l'Union », Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 13.

2 Point 6 du préambule de la directive « le critère principal pour l'acquisition du statut de résident de longue durée devrait être la durée de résidence sur le territoire d'un Etat membre (...) ».

3 Voir en particulier, *Doc. 11360/02* du 30 juillet 2002, sp. 2.

4 Déclaration d'un représentant du ministère des affaires étrangères de République hellénique à l'occasion d'une journée d'étude consacrée à la directive relative au statut des ressortissants tiers résidents de longue durée organisée par le Centre for Migration Law de l'Université Radboud de Nimègue, Pays-Bas, 10 février 2006. Comme le souligne la même personne, « More specifically, it could be argued that Member States holding, or about to take over, the Presidency are more willing to lift their reservations under the pressure of getting results at the Council level or in order to avoid finding themselves in a rather embarrassing situation. The balance between a reservation on a concrete legislative proposal and more general national interest of achieving a result on a major dossier obviously leans towards the latter, unless the relevant reservation is pivotal. It is interesting in that regard to highlight the lifting of a series of Greek reservations on the family reunification and long-term residents Directive under the Greek Presidency or the waiving of the Greek and Italian concerns with regard to the Dublin II Regulation at the very end

cet effort l'Italie ne pouvait dès lors plus opposer sa demande récurrente¹ de porter la période de résidence légale à 6 ans. Ainsi, l'article 4 de la directive énonce que le statut de résident de longue durée est accordé « aux ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire [d'un Etat membre] pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande ».

Le calcul de la résidence légale fait l'objet d'aménagements spécifiques. Si la durée de résidence des personnes séjournant pour des motifs temporaires ou dans le cadre de relations diplomatiques, consulaires ou internationales de caractère universel ne sont pas prises en considération, les séjours effectués par les étudiants peuvent être pris en compte mais dans ce cas « seule la moitié des périodes de résidence effectivement effectuées aux fins d'étude ou de formation professionnelle peut être prise en compte dans le calcul »². Ici, la directive consacre une approche limitative³ puisque les Etats membres ne peuvent adopter une position généreuse vis-à-vis de ces personnes⁴. En réalité, la directive définit un cadre dont les modalités d'application, plus ou moins libérales, relèvent de la décision des Etats membres au moment de la transposition du texte. Ce schéma se retrouve pour les questions relatives aux périodes d'absence autorisées⁵ aux fins du calcul de la durée de résidence⁶.

Concernant les conditions matérielles requises pour l'attribution du statut de résident de longue durée CE, l'article 5 de la directive 2003/109/CE exige classiquement que les ressortissants de pays tiers fournissent la preuve qu'ils disposent de ressources suffisantes et d'une assurance maladie⁷. Sur ce point, le texte ne soulève pas de

of the Danish Presidency in late 2002 », PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p., sp. 209.

- 1 Voir notamment, *Doc. 13700/02* du 9 décembre 2002, sp. 8 ; *Doc. 15483/02* du 20 décembre 2002, sp. 10 ; *Doc. 8408/03* du 24 avril 2003, sp. 6 ; *Doc. 9025/03* du 6 mai 2005, sp. 6 ; *Doc. 10009/03* du 2 juin 2003, sp. 6.
- 2 Ce mode de calcul figurait dans la proposition de directive et était justifié par le constat que les étudiants n'ont pas vocation à s'établir de manière définitive sur le territoire des Etats membres et qu'en conséquence seule la moitié de la durée de résidence devrait être prise en compte. La Commission justifiait ultérieurement ce mode de calcul par « la situation de concurrence actuelle créée par l'essor de la société de l'information », *Doc. 15483/02* du 20 décembre 2002, sp. 8.
- 3 Sur cette question, l'Italie avait par exemple proposé d'autoriser les Etats membres à prendre en compte la totalité des périodes de résidence effectuées aux fins d'étude, *Doc. 9025/03* du 6 mai 2003, sp. 6.
- 4 A moins de faire usage de la clause relative aux dispositions nationales plus favorables de l'article 13, mais cette dernière n'ouvre pas accès au séjour dans un autre Etat membre.
- 5 Par principe la résidence est ininterrompue mais la directive prévoit des périodes d'absence pouvant être prises en compte aux fins du calcul de la durée de résidence, Article 4, paragraphe 3, de la directive 2003/109/CE.
- 6 L'article 4, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive autorise les Etats membres à déterminer des situations spécifiques ou exceptionnelles permettant d'outrepasser les périodes d'absence admises. Sans précisions particulières, cette disposition offre une marge de manœuvre importante aux Etats membres.
- 7 Article 5, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/109/CE « Les États membres exigent du ressortissant d'un pays tiers de fournir la preuve qu'il dispose pour lui et pour les membres de sa famille qui sont à sa charge :
 - a) de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné. Les États membres évaluent ces ressources par rapport à leur nature et à leur régularité et peuvent tenir

commentaires particuliers¹ dans la mesure où le droit communautaire applicable au droit de séjour des citoyens de l'Union européenne dans un autre Etat membre repose sur des critères identiques². En revanche, le paragraphe 2 de l'article 5, introduit une disposition optionnelle permettant aux Etats membres de conditionner l'octroi du statut à des conditions d'intégration. Initiée³ par l'Allemagne, l'Autriche et les Pays-Bas au cours des travaux préparatoires⁴, et entérinée par le Conseil JAI d'octobre 2002⁵, cette condition⁶ offre de larges marges d'appréciation aux Etats membres. En effet, formulée de manière générale, en ce qu'elle résulte d'une simple habilitation, elle autorise les Etats membres à intensifier ou alléger le contenu des conditions d'intégration requises ce qui peut conduire à remettre en cause l'ensemble du dispositif de la directive⁷. En l'absence de critères objectifs et harmonisés de mise en œuvre de cette condition⁸, il appartiendra à la Commission et à la Cour de justice de contrôler l'action des Etats membres⁹ afin

compte du niveau minimal des salaires et pensions avant la demande d'acquisition du statut de résident de longue durée ;

b) d'une assurance maladie pour tous les risques normalement couverts pour leurs propres ressortissants dans l'Etat membre concerné ».

- 1 Sauf à considérer l'article 7 de la directive qui indique que lors de la procédure de dépôt de la demande de statut, les Etats membres peuvent demander des documents attestant que le ressortissant de pays tiers dispose d'un logement approprié. Sans toutefois que cette disposition constitue un critère additionnel aux conditions posées par l'article 5. A ce titre, le Professeur GROENENDIJK considère que cette condition tenant au logement ne devrait pas constituer un moyen largement utilisé par les Etats membres afin de refuser le statut de résident de longue durée notamment parce qu'au bout d'une période de résidence de cinq ans, l'on peut légitimement penser que le ressortissant de pays tiers dispose effectivement d'un logement approprié. En outre, le texte de la directive offre d'autres moyens plus pertinents permettant de refuser l'octroi du statut. Propos tenus lors de la journée d'étude consacrée à la directive ressortissants tiers résidents de longue durée organisée par le Centre for Migration Law de l'Université Radboud de Nimègue, 10 février 2006.
- 2 Voir notamment CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, Rec. I-07091.
- 3 Deux documents de travail du Conseil permettaient de voir se dessiner cette tendance, *Doc. 10698/01* du 2 août 2001, sp. 5 et *Doc. 12983/01* du 26 octobre 2001, sp. 10.
- 4 *Doc. 12217/02* du 23 septembre 2002.
- 5 « En ce qui concerne la question de l'intégration, une large majorité de délégations se sont déclarées favorables à ce que les États membres puissent subordonner l'obtention du statut de résident de longue durée au respect par le ressortissant de pays tiers de mesures d'intégration conformément à leur droit national », Conseil justice et affaires intérieures des 14 et 15 octobre 2002, *Doc. 12894/02*, sp. 24.
- 6 Article 5, paragraphe 2, de la directive 2003/109/CE « Les États membres peuvent exiger que les ressortissants de pays tiers satisfassent à des conditions d'intégration conformément à leur droit national ».
- 7 La délégation française a notamment mis en cause la pertinence de ce critère. Elle considérait, d'une part, que la durée de résidence requise pour prétendre au statut de résident de longue durée se suffisait à elle-même pour attester de l'intégration de la personne dans la société d'accueil. D'autre part, ce critère pouvait supplanter l'ensemble des autres critères posés par la directive, y compris celui de la durée de résidence soit pour ouvrir le statut avant même l'accomplissement de la période de cinq ans, soit pour refuser l'acquisition du statut au-delà de la période de référence. *Doc. 12983/01* du 26 octobre 2001, sp. 13.
- 8 Comme le soulignait la délégation française, « si une telle approche était retenue, il serait plus approprié d'avoir recours à des critères objectifs et harmonisés », *Doc. 12983/01* du 26 octobre 2001, sp. 13.
- 9 Sur ces points, voir en particulier BOELAERT-SUOMINEN S. « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », C.M.L.R., 2005, vol. 42, pp. 1011-1052, sp. 1023.

qu'ils ne portent pas atteinte à l'objectif de la directive¹. D'autant qu'en pratique, cette disposition a été transposée dans certains Etats membres, dont la France².

Le champ d'application personnel et les conditions d'octroi du statut de résident de longue durée-CE peuvent donc être modulés par les Etats membres, ce qui limite fortement l'harmonisation des conditions d'acquisition du statut.

b. Clause d'ordre public

La clause d'ordre public constitue un moyen de refus d'attribution du statut de résident de longue durée. Concernant les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, la Commission a proposé un alignement de la situation juridique des ressortissants de pays tiers sur le statut des citoyens de l'Union européenne en la matière³. Or, les Etats membres ont rapidement réclamé une approche différente notamment en demandant la suppression du caractère actuel de la menace à l'ordre public⁴. Ainsi, les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ne bénéficient pas d'une protection comparable à celle reconnue aux citoyens de l'Union européenne. La négociation s'est contentée d'aligner le statut des résidents de longue durée sur celui des bénéficiaires du regroupement familial. La directive pose donc un principe, le refus d'octroi du statut pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique⁵, et indique ensuite que cette évaluation doit tenir compte de la gravité et de la nature de l'infraction ainsi que de la durée de résidence et de l'existence de liens avec le pays de résidence⁶.

1 En transformant *in fine* la condition d'intégration en instrument d'exclusion des ressortissants de pays tiers. Cette acception paradoxale du critère d'intégration était formulée par la Professeur GROENENDIJK lors de la journée d'étude consacrée à la directive ressortissants tiers résidents de longue durée organisée par le Centre for Migration Law de l'Université Radboud de Nimègue, 10 février 2006.

2 La condition d'intégration a été introduite à l'article L. 314-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France qui est libellé comme suit : « Lorsque les dispositions du présent code le prévoient, la délivrance d'une première carte de résident est subordonnée à l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, appréciée en particulier au regard de sa connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la République française ». Voir, TCHEN V. et RENAULT-MALIGNAC « Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France », Juriscodex, Litec - LexisNexis, Paris, Edition 2006, sp. 144.

3 Le commentaire des articles de la proposition était de ce point de vue particulièrement clair, lorsque la Commission énonçait que « [les raisons d'ordre public] sont encadrées par les critères similaires à certains de ceux figurant dans la directive 64/221/CEE du 25 février 1964 », Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 18.

4 Dès l'examen en première lecture, les délégations nationales demandaient la suppression de ce terme, Doc. 10312/01 du 12 juillet 2001, sp. 7

5 Article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/109/CE « Les États membres peuvent refuser l'octroi du statut de résident de longue durée pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique ».

6 Article 6, paragraphe 2, de la directive 2003/109/CE « Lorsqu'il prend pareille décision, l'État membre prend en considération la gravité ou la nature de l'infraction contre l'ordre public ou la sécurité publique, ou le danger que représente la personne concernée, tout en tenant également compte de la durée de résidence et de l'existence de liens avec le pays de résidence ».

Lorsque le ressortissant de pays tiers remplit les conditions définies par le droit communautaire et mises en œuvre par les Etats membres, ces derniers, à l'issue d'une procédure encadrée par la directive¹, « délivrent au résident de longue durée le permis de séjour de résident de longue durée-CE ». En réalité, la directive 2003/109/CE maintient d'importantes marges de manœuvre pour les Etats membres. Les interventions nationales au cours de la négociation ont contribué à modeler la proposition initiale au point de lui ôter une grande partie de son caractère harmonisateur. Ce comportement s'est répété au moment de déterminer le contenu du statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

B. Contenu du statut de résident de longue durée

Si les conclusions de Tampere formulaient l'objectif d'attribuer « des droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne »², la directive remplit cet objectif. En effet, il ne s'agit pas d'octroyer des droits comparables mais aussi proches que possible et partant de maintenir une distinction entre les statuts. La directive poursuit cette logique tant en ce qui concerne l'égalité de traitement (1) que la protection contre l'éloignement (2).

1. L'égalité de traitement

La proposition de la Commission recherchait à élaborer un statut juridique au bénéfice des résidents de longue durée inspiré du statut des citoyens de l'Union³. Conformément aux conclusions de Tampere, le résultat atteint à l'issue de la négociation dévoile une approche différente, celle d'un rapprochement et non d'un alignement⁴.

Cela est tout d'abord le cas des dispositions relatives à l'accès des résidents de longue durée aux activités salariées ou non salariées. Ce dernier est garanti dans les mêmes conditions que les citoyens de l'Union européennes⁵, sauf si la législation nationale réserve ces emplois aux nationaux ou aux citoyens européens ou de l'espace

1 Article 7 de la directive 2003/119/CE.

2 Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 10, point 18.

3 « Cet article transcrit la volonté exprimée par les chefs d'Etats et de gouvernements dans les conclusions du Conseil européen de Tampere (point 21) et établit l'égalité de traitement avec les citoyens de l'Union dans un certain nombre de domaines », Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 20.

4 Certains ont à cet égard parlé de « pas en arrière », voir BOELAERT-SUOMINEN S. « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », C.M.L.R., 2005, vol. 42, pp. 1011-1052, sp. 1025.

5 Article 11, paragraphe 1, point a) de la directive 2003.109/CE prévoit que les résidents de longue durée bénéficient de l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne « les conditions d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée (...) ainsi que les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ».

économique européen¹. Par ailleurs, une part importante des emplois dans la fonction publique demeurent fermés aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. En effet, la directive précise que l'égalité de traitement pour l'accès aux emplois comprenant l'exercice de l'autorité publique « même à titre occasionnel » ne leur est pas acquise. Figurant dans la proposition de la Commission², cette précision s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la libre circulation des travailleurs. La Cour de justice a considéré que certains emplois, en l'espèce l'emploi de capitaine de navire, ne peuvent être fermés aux citoyens européens au motif qu'ils sont habilités à exercer des prérogatives de puissance publique dans la mesure où ces prérogatives de puissance publique ne sont exercées qu'à titre occasionnel³. En soulignant que les résidents de longue durée ne peuvent avoir accès aux emplois comprenant « même à titre occasionnel » l'exercice de l'autorité publique, la directive n'aligne pas les statuts.

Ensuite, la directive 2003/109/CE restreint le champ de l'égalité de traitement en matière d'accès à l'éducation et à la formation professionnelle. Initialement formulée de manière ouverte⁴, la négociation a conduit à consacrer cette égalité de traitement dans un champ limité. La Commission ayant reconnu qu'au sens de la jurisprudence de la Cour, la notion de bourse d'études couvrait également la notion de bourse d'entretien⁵, l'ombre de la jurisprudence *Grzelczyk*⁶, par ailleurs très contestée⁷, a conduit les Etats membres à verrouiller toute possibilité d'assister à une extension de ces droits au bénéfice des résidents de longue durée. Ainsi, la disposition applicable aux bourses d'études confie aux législations nationales le soin d'en délimiter la notion tout autant que l'étendue⁸. En second lieu, l'article 11, paragraphe 2, de la directive permet aux Etats membres de limiter l'attribution d'allocations ou de bourses d'études « aux cas où le lieu de résidence enregistré ou habituel du résident de longue durée, ou celui de membres de sa famille pour lesquels il demande des prestations, se trouve sur

1 Article 11, paragraphe 3, point a) de la directive « l'Etat membre peut maintenir des restrictions à l'accès à l'emploi ou à des activités on salariées lorsque, conformément à sa législation nationale ou au droit communautaire en vigueur, ces activités sont réservées à ses ressortissants nationaux, aux citoyens de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen ».

2 Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 39.

3 CJCE, 30 septembre 2003, *Albert Anker e.a. c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-47/02, Rec. I-10447. Voir par ailleurs, CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c/ Administración del Estado*, aff. C-405/01, Rec. I-10391.

4 Article 12, paragraphe 1^{er}, point b) de la proposition de directive « [Le résident de longue durée bénéficie de l'égalité de traitement avec les nationaux en matière de] éducation et formation professionnelle, y compris les allocations et bourses d'études », Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 39.

5 *Doc. 8408/03* du 24 avril 2003, sp. 16.

6 CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ortignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, Rec. I-6193.

7 Voir en particulier, HAILBRONNER K. « Union Citizenship and Access to Social Benefits », C.M.L.R., vol. 42, n° 5, October 2005, pp. 1245-1267.

8 Le point 15 du préambule de la directive 2003/109/CE indique simplement que les Etats membres sont habilités à tenir compte de l'existence d'un tel mécanisme dans le pays d'origine du résident de longue durée, « En ce qui concerne l'octroi des bourses d'études, les Etats membres peuvent tenir compte du fait que les citoyens de l'Union puissent bénéficier de ce même avantage dans le pays d'origine ».

son territoire ». En d'autres termes, les Etats membres peuvent limiter les effets de la jurisprudence *Bernini*¹.

Enfin, l'égalité de traitement des ressortissants de pays tiers est restreinte aux avantages fiscaux et ne comprend pas les avantages sociaux². L'article 11, paragraphe 4, de la directive indique à cet effet que « en matière d'aide sociale et de protection sociale, les Etats membres peuvent limiter l'égalité de traitement aux prestations essentielles ». Si le préambule de la directive encadre la notion de « prestations essentielles », il souligne que les modalités d'attribution relèvent du droit des Etats membres³. Dans la même logique, la directive restreint l'égalité de traitement à « l'accès aux procédures d'attribution d'un logement », ce qui est différent de l'égalité de traitement pour l'accès au logement. En tout état de cause, la jurisprudence de la Cour de justice ouvrant, à partir de l'affaire *Cristini*⁴, le bénéfice d'un nombre de plus en plus important d'avantages sociaux aux travailleurs communautaires, ne bénéficie pas aux résidents de longue durée. A moins que la Cour de justice ne se sente pas liée par cette interprétation et développe une jurisprudence plus protectrice et ouverte⁵.

En définitive, et en dépit de la possibilité ouverte aux Etats membres d'accorder l'accès à des prestations complémentaires⁶ ou d'élargir l'application de l'égalité de traitement à des domaines non couverts par la directive⁷, cette dernière distingue davantage qu'elle n'aligne⁸. Un constat similaire concerne les dispositions relatives à la protection contre l'éloignement.

1 Dans cette affaire, la Cour avait considéré qu'une aide à la formation pouvait être attribuée par le gouvernement allemand à une ressortissante italienne résidant avec ses parents en Allemagne mais désirant poursuivre ses études dans son Etat d'origine, refusant ainsi de limiter le bénéfice des avantages sociaux en cause à l'intérieur du pays d'accueil. CJCE, 26 février 1992, *M. J. E. Bernini c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, aff. C-3/90, Rec. I-1071.

2 Article 11, paragraphe 1^{er}, point e).

3 Point 13 du préambule de la directive 2003/109/CE « En ce qui concerne l'assistance sociale, la possibilité de limiter le bénéfice des résidents de longue durée aux bénéficiaires essentiels est à comprendre dans le sens que cette notion couvre *au moins* le revenu minimal de subsistance, l'aide en cas de maladie ou de grossesse, l'aide parentale et les soins de longue durée. Les modalités d'attribution de ces prestations devraient être déterminées par la législation nationale » (souligné par nous).

4 CJCE, 30 septembre 1975, *Anita Cristini c/ Société nationale des chemins de fer français*, aff. 32-75, Rec. 1085. Pour un aperçu de la jurisprudence communautaire relative aux avantages sociaux accordés aux travailleurs ressortissants des Etats membres de la Communauté, voir notamment RODIERE P. « Droit social de l'Union européenne », L.G.D.J., Paris, 2008, 698 p., pp. 264-267.

5 Explication avancée à l'occasion de la journée d'étude consacrée à la directive ressortissants tiers résidents de longue durée organisée par le Centre for Migration Law de l'Université Radboud de Nimègue, 10 février 2006.

6 Article 11, paragraphe 5, de la directive 2003/109/CE.

7 Article 11, paragraphe 6, de la directive 2003/109/CE.

8 Cette logique ressortait d'ailleurs des négociations au cours desquelles les Etats membres avaient proposé de scinder l'article relatif à l'égalité de traitement entre les dispositions portant égalité de traitement avec les nationaux et celles reconnaissant aux résidents de longue durée « un traitement aussi proche que possible de celui dont jouissent les nationaux », Voir sur ce point, *Doc. 13700/02* du 9 décembre 2002, sp. 16.

2. La protection contre l'éloignement

La proposition de la Commission avait en la matière calqué la protection reconnue aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée sur celle garantie par la Cour de justice aux ressortissants des Etats membres¹. Le refus des Etats membres de suivre la Commission s'illustre de deux manières. La première figure au considérant 16 de la directive qui prévoit que la protection contre l'éloignement s'inspire de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et non de Luxembourg². En second lieu, la directive accorde une protection atténuée par rapport aux citoyens. Ainsi, une mesure d'éloignement peut être adoptée lorsque le résident de longue durée « représente une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique ». Le critère applicable aux citoyens européens et tenant à l'actualité de la menace n'est pas repris. La directive prévoit néanmoins un encadrement de la prise de décision. Ainsi, la décision ne peut être justifiée par des raisons économiques et il appartient à l'Etat auteur de la mesure de prendre en compte certains éléments tenant à la durée de la résidence, l'âge de la personne, les conséquences pour elle et les membres de la famille, le lien avec le pays de résidence ou l'absence de lien avec le pays d'origine. Sur ce terrain, et indépendamment de la différence de statut entre citoyen et ressortissant de pays tiers³, la directive accorde une protection renforcée au ressortissant de pays tiers résident de longue durée CE. Elle n'est toutefois pas totale dans la mesure où le caractère suspensif d'un recours introduit contre une décision d'éloignement est réglé par le droit national⁴.

En fin de compte, le statut de résident de longue durée n'a pas vraiment vocation à modifier l'état du droit existant dans les Etats membres. Tout au plus, la directive réalise-t-elle une harmonisation à droit constant, de sorte que la question s'est posée de savoir si la directive nécessite vraiment une opération de transposition dans les Etats membres⁵.

- 1 L'identité de la protection s'illustre tant au regard de la nécessité de prendre en compte le comportement personnel et actuel de l'intéressé en matière de menace à l'ordre public, que par rapport à la possibilité de sanctionner un comportement dans la mesure où les nationaux faisaient également l'objet de mesures répressives pour une infraction similaire, en passant par l'intensité de l'atteinte à l'ordre public qui devait notamment affecter « un intérêt fondamental de la société » afin de justifier l'éloignement. Enfin, la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle l'existence de condamnation pénale ne peut motiver une décision d'éloignement trouvait également un écho dans la proposition de directive.
- 2 « Les résidents de longue durée devraient bénéficier d'une protection renforcée contre l'expulsion. Cette protection s'inspire des critères fixés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (...) »
- 3 Rien n'empêche *a priori* la Cour de justice d'aligner par voie prétorienne les statuts. Voir notamment pour une interprétation extensive de la notion de menace personnelle, BOELAERT-SUOMINEN S. « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », C.M.L.R., 2005, vol. 42, pp. 1011-1052, sp. 1027.
- 4 Les Etats membres se sont très rapidement opposés au caractère suspensif du recours, *Doc. 10698/01* du 2 août 2001, sp. 21. Indépendamment du caractère optionnel de cette proposition formulée en termes généraux par la Commission Voir notamment, *Doc. 13420/01* du 18 décembre 2001, sp. 17.
- 5 L'histoire courait dans les couloirs du Conseil de l'Union européenne que la directive relative aux résidents de longue durée constituait l'un des premiers textes communautaires dont la transposition n'était pas nécessaire étant donné que l'ensemble de ses prescriptions figuraient déjà dans le droit des

II. LA LIBERTÉ DE CIRCULATION

Avant l'adoption de la directive, un ressortissant de pays tiers résidant légalement depuis de nombreuses années sur le territoire d'un Etat membre et désirant se rendre dans un autre Etat membre pour y exercer une activité salariée était considéré comme un « primo-immigrant »¹ assujéti au droit de l'Etat membre de destination. L'ouverture d'un droit à la libre circulation constitue une réelle valeur-ajoutée dans la mesure où elle communautarise cette situation. Cependant, la mise en œuvre de cet objectif s'est heurtée à la crainte de certains Etats membres. Ces derniers ont en effet considéré que l'ouverture du droit à la circulation pouvait créer une importante migration intracommunautaire de ressortissants de pays tiers ayant acquis le statut de résident de longue durée dans un premier Etat membre. Cette crainte, renforcée par l'actualité², a donc conduit les Etats membres à encadrer les effets de la libre circulation (A) quitte à ce que des difficultés d'articulation des règles communautaires rendent l'application pratique du dispositif délicate (B).

A. L'encadrement des conditions d'exercice du droit de circuler et de séjourner dans un autre Etat membre

Le ressortissant de pays tiers ayant obtenu le statut de résident de longue durée dans un Etat membre est autorisé à se rendre, accompagné des membres de sa famille, dans un second Etat membre afin d'y séjourner et d'y exercer une activité économique (1). Une fois le ressortissant de pays tiers installé dans le second Etat membre, la directive détermine les conditions d'application du principe d'égalité de traitement (2).

Etats membres. Finalement la directive résident de longue durée ne constitue pas un texte de droit communautaire mais la communautarisation des législations nationales.

- 1 « Actuellement, les ressortissants de pays tiers titulaires d'un titre de séjour légal n'ont pas le droit de séjour dans un autre Etat membre. En vertu de l'acquis Schengen, ils ne disposent que du droit de circuler, pour une durée maximale de trois mois, dans les Etats membres où l'acquis Schengen s'applique. La libre circulation n'implique pas la possibilité de séjourner dans un autre Etat membre aux fins d'emploi ou d'études. (...) Par conséquent, dans l'hypothèse où un ressortissant de pays tiers souhaite s'établir dans un autre Etat membre, il devra effectuer toutes les démarches demandées à tout primo-immigrant et ne pourra bénéficier d'aucun traitement plus favorable, même s'il est un résident de longue durée dans un autre Etat membre », Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 9.
- 2 Cette situation avait été accentuée par l'annonce du Royaume d'Espagne de son intention de procéder à une importante opération de régularisation. Les Etats du Nord de l'Europe craignaient à moyen terme une déferlante de ressortissants de pays tiers ayant obtenu un statut de résident de longue durée en Espagne.

1. Les conditions d'exercice du droit de séjour dans le second Etat membre

Par principe, le ressortissant de pays tiers résident de longue durée « acquiert le droit » de séjourner sur le territoire d'un autre Etat membre pour une durée supérieure à trois mois aux fins d'exercice d'une activité économique salariée ou indépendante, de la poursuite des études ou d'une formation professionnelle, ou à d'autres fins¹. Toutefois, la directive détermine aussitôt les conditions dans lesquelles les Etats membres peuvent limiter l'exercice du droit.

Tout d'abord, les travailleurs détachés et les prestataires de services transfrontaliers², sont exclus du champ de la directive étant donné que leur situation doit être régie par d'autres textes communautaires³. Ensuite, les Etats membres peuvent fortement limiter les effets de la directive dans la mesure où ils peuvent opposer la situation de leur marché du travail soit pour déterminer les règles nationales applicables en fonction des postes à pourvoir⁴, soit pour accorder la priorité à d'autres ressortissants⁵. Enfin, la directive permet aux Etats membres d'imposer des quotas de ressortissants de pays tiers pouvant exercer une activité économique dans le deuxième Etat membre lorsqu'une telle limitation était permise en vertu du droit interne applicable au moment de l'adoption de la directive. En d'autres termes, les Etats membres conservent leurs compétences dans la mesure où ils ne sont pas contraints d'ouvrir le marché de l'emploi aux ressortissants de pays tiers ayant acquis le statut de résident de longue durée-CE dans un autre Etat membre. En somme, l'article 14 de la directive pose un principe dont la mise en œuvre revient principalement aux législations nationales. Cette situation, applicable à d'autres situations couvertes par la directive⁶, affecte le

1 Article 14, paragraphes 1 et 2, de la directive 2003/109/CE.

2 Article 14, paragraphe 5, de la directive 2003/109/CE.

3 Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 24.

4 Article 14, paragraphe 3, alinéa 1^{er} de la directive 2003/109/CE « Lorsqu'il s'agit d'une activité économique à titre salarié ou indépendant visée au paragraphe 2, point a), les États membres peuvent examiner la situation de leur marché du travail et appliquer leurs procédures nationales concernant les exigences relatives au pourvoi d'un poste ou à l'exercice de telles activités ».

5 Article 14, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive 2003/109/CE Pour des motifs liés à la politique du marché du travail, les États membres peuvent accorder la préférence aux citoyens de l'Union, aux ressortissants de pays tiers lorsque cela est prévu par la législation communautaire, ainsi qu'à des ressortissants de pays tiers résidant légalement et percevant des prestations de chômage dans l'État membre concerné ».

6 L'article 14, paragraphe 2, de la directive 2003/109/CE prévoit qu'un résident de longue durée peut séjourner dans un second Etat membre « à d'autres fins ». L'indétermination de ce motif résulte de l'impossibilité de trouver une approche commune pour réglementer la situation des inactifs. Faute d'accord, leur situation demeure régie par les droits nationaux. La proposition de directive avait au contraire envisagé d'étendre le champ de la directive aux personnes disposant de ressources suffisantes et d'un régime d'assurance maladie, autrement dit les inactifs. Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 41.

projet initial visant à attribuer un droit de circulation aux résidents de longue durée dans l'espace commun¹.

Concernant les conditions requises pour l'exercice du droit de séjour, la directive indique que les Etats membres « peuvent exiger »² que les ressortissants de pays tiers disposent de ressources stables, régulières et suffisantes, d'une assurance maladie³, voire satisfassent à une condition d'intégration⁴. Des « mesures »⁵ d'intégration peuvent être imposées par les Etats membres à moins que le ressortissant de pays tiers n'ait été soumis à une telle condition dans le premier Etat membre aux fins de l'obtention du statut de résident de longue durée⁶. Cet aménagement n'empêche toutefois pas les Etats membres de pouvoir imposer le suivi de cours de langue dans le second Etat membre.

L'ordre public et la santé publique constituent également des conditions à prendre en compte aux fins de l'obtention d'un titre de séjour dans le second Etat membre. La rédaction de la clause d'ordre public laisse *a priori* une marge de manœuvre très importante aux Etats membres⁷. Deux considérations nuancent ce constat. En premier lieu, la décision des autorités nationales doit tenir compte de la gravité et de la nature de l'atteinte à l'ordre et à la sécurité publique⁸. En second lieu, le préambule de la directive impose aux Etats membres de tenir compte du caractère actuel de la menace⁹. De ce point de vue, le statut du résident de longue durée se rapproche fortement de

1 Sur ce point, voir en particulier BOELAERT-SUOMINEN S. « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », C.M.L.R., 2005, vol. 42, pp. 1011-1052, sp. 1030.

2 Article 15 de la directive 2003/109/CE.

3 Article 15, paragraphe 2, de la directive 2003/109/CE.

4 Cette condition additionnelle avait été demandée à l'initiative de l'Allemagne, des Pays-Bas et de l'Autriche, voir en particulier *Doc.* 8408/03 du 24 avril 2003, sp. 29.

5 La différence entre « mesures » et « condition » d'intégration faisait ressortir l'impératif d'un contrôle et d'une évaluation des mesures et conditions d'intégration introduites par les Etats membres afin que le droit interne ne rende pas sans valeur les droits consacrés par la directive. Voir à ce sujet, BOELAERT-SUOMINEN S. « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », C.M.L.R., 2005, vol. 42, pp. 1011-1052, sp. 1031.

6 Le dispositif de la directive relatif à l'intégration marque une différenciation sémantique importante. Si les ressortissants de pays tiers peuvent être tenus de satisfaire à des « conditions » d'intégration aux fins d'obtention du statut de résident de longue durée, le droit de séjour dans le second Etat membre ne peut être subordonné qu'à des « mesures d'intégration ». Cela induit une différence de nature entre les exigences requises. Sur ce point voir notamment, GROENENDIJK K. « Legal Concepts of Integration in EU Migration Law », E.J.M.L. 2004, pp. 111-126.

7 Article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive « Les Etats membres peuvent refuser le séjour du résident de longue durée, ou des membres de sa famille, lorsque l'intéressé représente une menace pour l'ordre public ou la sécurité publique ».

8 Article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 « Lorsqu'il prend la décision pertinente, l'Etat membre tient compte de la gravité ou de la nature de l'infraction que soit le résident de longue durée, soit le ou les membres de sa famille, a ou ont commise contre l'ordre public ou la sécurité publique, ou du danger représenté par la personne concernée ».

9 Préambule de la directive, point 21 « [L'Etat membre] devrait pouvoir vérifier également que la personne concernée ne représente pas une menace actuelle pour l'ordre public et la sécurité intérieure ni pour la santé publique ».

celui du citoyen européen¹ et témoigne du mouvement tendant à accorder une sécurité juridique accrue aux résidents de longue durée. La disposition relative à la santé publique² est plus étonnante dans la mesure où elle n'est pas requise pour l'obtention du statut de résident de longue durée dans le premier Etat membre. Si elle correspond aux dispositions identiques applicables aux citoyens³, elle est insuffisante étant donné qu'elle ne tient pas compte de la survenance d'une maladie dans le premier Etat membre ayant accordé le statut de résident de longue durée⁴. Au fond, les conditions relatives à l'ordre public et à la santé publique s'inspirent de celles reconnues aux citoyens.

En tout état de cause, si le résident de longue durée satisfaisait aux conditions posées par le droit communautaire et définies par le droit national, le second Etat membre délivre le titre de séjour⁵. La directive prévoit en outre que le statut de résident de longue durée peut être acquis dans le second Etat membre dans les mêmes conditions que dans le premier⁶.

2. *L'égalité de traitement dans le second Etat membre*

Le droit de séjour dans le second Etat membre suppose la transposition du statut juridique acquis dans le premier Etat membre. Aussi, l'article 21 de la directive prévoit que « le résident de longue durée bénéficie, dans cet Etat membre, de l'égalité de traitement dans les domaines et selon les conditions de l'article 11 ». En d'autres termes, le résident de longue durée bénéficie dans le second Etat membre du principe d'égalité de traitement reconnu dans le premier. Néanmoins, cette identité de traitement peut être limitée dans la mesure où le résident de longue durée peut bénéficier de droits identiques dans le second Etat membre que pour autant que ce dernier dispose de règles nationales identiques à celles existantes dans le premier Etat membre.

1 Sous réserve d'une interprétation de la Cour de justice se référant au préambule de la directive. A ce sujet, voir ELKAIM G. « Quelques remarques, du point de vue du négociateur » in JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 85-91, sp. 88.

2 Article 18 de la directive 2003/109/CE.

3 Voir à ce titre l'article 29 de la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 229/35 du 29.06.2004.

4 Ce point laisse en suspend l'hypothèse d'une mutualisation des problématiques de santé publique entre les Etats membres alors que ce mouvement est en construction en matière d'ordre public. Voir sur ce point CHALTIEL F. « L'ordre public devant la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de l'arrêt Olazabal du 26 novembre 2002 », R.M.C.U.E., n° 465, février 2003, pp. 120-123, sp. 123.

5 Article 19, paragraphe 2, de la directive 2003/109/CE « Si les conditions prévues aux articles 14, 15 et 16 sont remplies, et sous réserve des dispositions concernant l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique visées aux articles 17 et 18, le deuxième État membre délivre au résident de longue durée un titre de séjour renouvelable. Ce permis de séjour est renouvelable, au besoin sur demande, à son expiration. Le deuxième État membre informe le premier État membre de sa décision ».

6 Article 23 de la directive 2003/109/CE.

Par ailleurs, et parce que la thématique de l'égalité de traitement et de l'accès à l'emploi a focalisé les débats¹, l'article 21 prévoit que les Etats membres peuvent toujours restreindre l'accès au marché de l'emploi à l'activité pour laquelle le résident de longue durée s'est vu reconnaître le titre de séjour pendant une période maximale de 12 mois². En outre, les Etats membres demeurent libres de fixer les conditions d'accès à l'emploi des étudiants, des personnes poursuivant une formation professionnelle ou des personnes admises dans le second Etat membre à d'autres fins.

Concernant les membres de la famille du résident de longue durée séjournant dans un deuxième Etat membre, leur statut est déterminé conformément à la directive relative au droit au regroupement familial³. S'ils bénéficient d'un accès à l'éducation et à la formation professionnelle, les Etats membres peuvent au cours de la première année opposer la situation du marché de l'emploi aux membres de la famille. De nouveau, le droit communautaire permet aux Etats membres de limiter l'accès au marché de l'emploi.

Si la directive contribue à instituer un droit à la libre circulation des résidents de longue durée, les conditions d'exercice de ce droit peuvent être considérablement limitées par les dispositions nationales. Cela est tout particulièrement le cas des possibilités de limitation d'accès à l'emploi, et par conséquent au séjour dans un autre Etat membre, alors que la circulation pour des motifs professionnels constituait un élément déterminant de la proposition de directive⁴. Les Etats membres se sont attachés à limiter les effets du droit communautaire afin de sauvegarder leurs prérogatives nationales. La focalisation de la négociation sur ce point a, semble-t-il, évacué les problèmes d'articulation entre la directive 2003/109/CE et d'autres normes communautaires.

-
- 1 L'Autriche et l'Allemagne étaient particulièrement sensibles sur cette question, voir notamment *Doc. 8408/03* du 24 avril 2003, sp. 41. Voir par ailleurs, HALLESKOV L. « The Long-Term Residents Directive : A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality ? », E.J.M.L., 2005, vol. 7, pp. 181-201, sp. 190.
 - 2 « Les Etats membres peuvent prévoir [que les résidents de longue durée exerçant une activité économique] font l'objet de restrictions quant à l'accès aux activités salariées autres que celles pour lesquelles elles se sont vues accorder le permis de séjour, dans des conditions fixées par la législation nationale et pour une durée ne dépassant pas douze mois ».
 - 3 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003.
 - 4 « L'évolution du marché de l'emploi au sein de l'Union européenne fait apparaître des pénuries de main-d'œuvre dans certains secteurs de l'économie. Les ressortissants de pays tiers qui sont résidents de longue durée peuvent être disposés à se déplacer soit pour faire valoir leurs capacités professionnelles dans un autre Etat membre, soit pour mettre fin à une situation de chômage dans l'Etat membre où ils résident. La mobilité des résidents de longue durée peut donc faciliter une meilleure utilisation de la main-d'œuvre existante dans les différents Etats membres. Au moment même où plusieurs Etats membres s'engagent dans la compétition internationale pour attirer des spécialistes, notamment dans le domaine des technologies de l'information, la possibilité d'acquiescer le statut de résident de longue durée dans un Etat membre, et, par conséquent, de pouvoir séjourner dans tous les Etats membres de l'Union, rendra plus attrayant la perspective de s'installer durablement dans l'Union européenne », Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM(2001) 127 final du 13.03.2001, sp. 9-10.

B. L'articulation de la directive avec les autres normes communautaires

L'élargissement de l'Union européenne aux nouveaux Etats membres entraîne deux difficultés d'application de la directive. La première concerne le maintien temporaire d'une frontière extérieure entre anciens et nouveaux Etats membres (1). La seconde a trait aux mesures transitoires en matière de libre circulation des personnes (2).

1. Le maintien de la frontière extérieure entre les Etats membres

Si les nouveaux Etats membres ont pour obligation d'absorber et d'appliquer l'acquis communautaire, ils ne peuvent intégrer l'espace Schengen qu'après décision du Conseil. En pratique, l'acquis communautaire, et partant la directive résident de longue durée, doit être mise en œuvre dans ces Etats membres avant leur participation à l'espace Schengen. Or, une articulation problématique ressort de cette situation. En effet, dans quelle mesure les dispositions Schengen en matière de visa s'appliquent-elles lorsque le résident de longue durée souhaite se rendre d'un nouvel Etat membre n'appliquant pas l'intégralité de l'acquis de Schengen vers un ancien Etat membre pour y exercer son droit à la libre circulation¹ ? Concrètement, la situation peut concerner un ressortissant russe ayant acquis le statut de résident de longue durée en Roumanie et souhaitant exercer son droit à la libre circulation en Hongrie. L'article 15 de la directive 2003/109/CE prévoit que la demande de titre de séjour dans le second Etat membre doit être accompagnée de justificatifs et d'un document de voyage mais ne mentionne pas la production d'un visa. Or, la frontière séparant ces deux Etats membres constitue une frontière extérieure de l'espace Schengen et requiert que le ressortissant russe soit muni d'un visa afin de se rendre dans le second Etat membre conformément au règlement n° 539/2001². Dans quelle mesure le défaut de visa permet-il aux autorités hongroises de priver un ressortissant de pays tiers du bénéfice d'un droit ouvert par la directive³ ?

- 1 Cette situation ne concerne pas le cas des résidents de longue durée souhaitant se déplacer à l'intérieur de l'espace Schengen pour une période inférieure à trois mois dans la mesure où l'article 21 de la convention d'application de l'accord de Schengen établit que les étrangers titulaires d'un titre de séjour délivré par une des parties contractantes peuvent circuler librement pendant une période de trois mois maximum sur le territoire des autres parties contractantes, sous couvert de respecter les dispositions applicables en la matière. Article 21, paragraphe 1^{er}, de la convention d'application des accords de Schengen « Les étrangers titulaires d'un titre de séjour délivré par une des parties contractantes peuvent, sous couvert de ce titre ainsi que d'un document de voyage, ces documents étant en cours de validité, circuler librement pendant une période de trois mois au maximum sur le territoire des autres parties contractantes, pour autant qu'ils remplissent les conditions d'entrée visées à l'article 5, paragraphe 1, points a), c), et e) et qu'ils ne figurent pas sur la liste de signalement nationale de la partie contractante concernée ».
- 2 Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation. JO L 81/1 du 21.03.2001.
- 3 Sachant que le silence gardé par la directive sur ce point n'évacue pas l'application du dispositif Schengen. Il serait toutefois possible de formuler une hypothèse contraire en s'appuyant sur la directive relative au regroupement familial, laquelle fait référence à la question des visas au sujet de l'entrée et du séjour

Une solution peut être trouvée dans les législations nationales dans la mesure où la directive autorise les Etats membres à accepter que le résident de longue durée présente une demande de titre de séjour auprès des autorités compétentes du deuxième Etat membre tout en séjournant encore dans le premier¹. Dans ce cas, la délivrance du titre de séjour par le second Etat membre doit être assortie de la délivrance d'un visa. Dans le cas où la demande de titre doit s'opérer dans l'Etat membre de destination, le résident de longue durée est tenu de posséder un visa, qu'il soit de court ou de long séjour². Dans une telle situation, l'extension de la jurisprudence MRAX³ peut apporter des éléments de réponse et plaider pour la délivrance d'un visa à la frontière. Dans cette affaire, la Cour de justice a considéré que le principe de proportionnalité et le respect des droits fondamentaux interdisent, sous certaines conditions, de refouler le conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre dépourvu du visa requis pour pénétrer sur le territoire⁴. Cette jurisprudence pourrait être étendue au cas du résident de longue durée qui tire de la directive 2003/109/CE un droit de séjour dans un second Etat membre pour y accéder à une activité économique. Ainsi, et afin d'assurer l'effet utile de la directive, l'Etat membre ne pourrait refouler le résident de longue durée dépourvu de visa et devrait dès lors lui accorder toute facilité pour obtenir le visa requis.

Si cette situation s'éteint progressivement avec la participation des nouveaux Etats membres à l'espace Schengen, la directive eut gagné en cohérence si elle avait pris en considération l'ensemble de ces implications.

des membres de la famille (Voir en particulier, l'article 13 de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003). Cette hypothèse n'emporte cependant pas la conviction en ce qu'elle repose sur l'assertion selon laquelle les règles de droit trouvent à s'appliquer dès qu'elles sont visées dans un texte. Or, la simple référence ou l'absence de référence à une règle n'a pas vocation, à notre avis, à déterminer son existence juridique et son application dans les rapports de droits qu'entretiennent les individus vis-à-vis des Etats.

- 1 Article 15, paragraphe 2, de la directive.
- 2 Conformément à la législation communautaire, un visa de long séjour délivré par un Etat membre est équivalent à un visa de court séjour valable pour pénétrer dans l'espace Schengen, voir règlement (CE) n° 1091/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, JO L 150/4 du 06.06.2001.
- 3 CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme et la xénophobie ASBL (MRAX) et Etat belge*, aff. C-459/99, Rec. I-6591.
- 4 « Il y a donc lieu de répondre à la première question préjudicielle que les articles 3 de la directive 68/360, 3 de la directive 73/148 ainsi que le règlement n° 2317/95, lus à la lumière du principe de proportionnalité, doivent être interprétés en ce sens qu'un Etat membre ne peut pas refouler à la frontière un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre, qui tente de pénétrer sur son territoire sans disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ou, le cas échéant, d'un visa, lorsque ledit conjoint est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique au sens des articles 10 de la directive 68/360 et 8 de la directive 73/148 », CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme et la xénophobie ASBL (MRAX) et Etat belge*, aff. C-459/99, Rec. I-6591.

2. *Le maintien de la période transitoire*

Les données du problème étaient simples et ont débouché sur une situation explosive. En application du traité d'adhésion à l'Union européenne¹, les Etats membres sont habilités à limiter pour une période transitoire l'accès à leur marché de l'emploi aux ressortissants des nouveaux Etats membres². En pratique, seuls trois Etats membres, l'Irlande, Le Royaume-Uni et la Suède n'ont pas souhaité imposer de mesures transitoires aux travailleurs des nouveaux Etats membres. En conséquence, le marché du travail de douze Etats membres leur demeurait fermé. Parallèlement, l'adoption de la directive résident de longue durée offrait l'opportunité à quelques dix millions de ressortissants de pays tiers de pouvoir exercer leur droit à la libre circulation³. Concrètement, les résidents de pays tiers accédant au statut de résident de longue durée dans un nouvel Etat membre disposaient d'un droit qui était refusé aux nouveaux citoyens européens, qualifiés par certains de « citoyens de seconde zone »⁴.

Cette situation a créé de forts remous politiques et débouché sur des solutions incertaines. Le porte-parole du Commissaire en charge du dossier a proposé deux solutions pour pallier aux difficultés, sans emporter la conviction. Il a évoqué en effet que « les anciens Etats auront toujours la possibilité soit de modifier les clauses de sauvegarde provisoires de façon à faciliter la liberté de circulation des travailleurs issus des nouveaux Etats membres, soit d'introduire des restrictions à la directive qui mettraient alors les nouveaux Etats membres et les Etats tiers sur un pied d'égalité »⁵. Au fond, il appartenait aux Etats membres d'ajuster les effets contradictoires des règles communautaires, en ouvrant leur marché du travail aux nouveaux citoyens ou en bloquant l'accès au marché du travail aux résidents de longue durée comme la directive les y autorisait. Pratiquant la politique du « tout ou rien », cette solution renvoyait les Etats membres à leurs contradictions et leur imposait de solutionner une situation qu'ils avaient eux-mêmes instituée. Sachant qu'à l'inverse, cette situation n'engageait nullement les nouveaux Etats membres à faire de la transposition de la directive une

1 Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, JO L 236/33 du 23.09.2003.

2 Voir sur ce point, LANNON E. « Le Traité d'adhésion d'Athènes. Les négociations, les conditions de l'admission et les principales adaptations des traités résultant de l'élargissement de l'UE à vingt-cinq Etats membres », C.D.E. 2004, pp. 25-94, sp. 76-82.

3 Voir pour l'estimation du nombre de bénéficiaires, « Règles européennes sur le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée : le délai de transposition de la directive expire le 23 janvier 2006 », MEMO/06/15, 20 janvier 2006.

4 Expression employée par le député européen hongrois István SZENT-IVANYI en session plénière du Parlement européen le 13 mars 2006. Le député, contestant la situation juridique ainsi créée, ajoutait notamment « Nous ne pouvons tolérer que certains ressortissants de l'UE soient traités comme des citoyens de seconde zone sur le marché européen de l'emploi. Il n'est tout simplement pas acceptable que certains citoyens européens ne puissent bénéficier des mêmes droits que ceux accordés par la législation communautaire en vigueur aux résidents de longue durée des pays tiers », voir *Europolitique* du 15 mars 2006.

5 Agence Europe, samedi 21 janvier 2006, n° 9114, pp. 13-14.

priorité¹, indépendamment de la menace d'actions en manquement agitée par la Commission², et jamais mise à exécution.

Sur la base d'un rapport de la Commission de février 2006 démontrant que le flux des travailleurs des nouveaux Etats membres en direction des Etats de l'UE-15 avait eu des effets positifs sur le marché du travail et l'économie des anciens Etats membres³, plusieurs gouvernements ont décidé de lever les restrictions qu'ils imposaient aux citoyens des nouveaux Etats membres, permettant ainsi de minimiser la problématique⁴. Ainsi, l'ouverture généralisée du marché de l'emploi des Etats membres aux citoyens des nouveaux Etats membres devrait mettre un terme à cette situation.

En résumé, la directive 2003/109/CE poursuit les objectifs formulés à Tampere, c'est-à-dire d'attribuer aux résidents de longue durée des droits aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens européens. La logique de distinction l'emportant sur celle de l'assimilation. De ce point de vue, l'attitude de la Commission européenne étonne dans la mesure où la proposition de directive a recherché sur plusieurs points une identité de statuts et avait par conséquent peu de chance d'être entérinée en l'état. Consacrant plusieurs droits au bénéfice des ressortissants de pays tiers, la directive ne parvient toutefois pas à assurer un niveau d'harmonisation satisfaisant des législations nationales. En effet, la jouissance du statut ainsi que les conditions d'exercice du droit de circulation s'inscrivent dans un schéma reposant sur le renvoi quasi systématique au droit national pour leur définition et mise en œuvre⁵. Néanmoins, il est possible de relativiser la situation et de reconnaître que la directive a un effet positif sur la situation des ressortissants de pays tiers en matière d'intégration dans la société européenne. D'une part, la directive par son effet contraignant est plus efficace que l'ensemble des dispositifs pratiques développés par la Communauté pour améliorer l'intégration des ressortissants de pays tiers. En effet, la définition d'un statut juridique et la délimitation de droits au bénéfice des ressortissants de pays tiers sont beaucoup plus efficaces que l'échange de bonnes pratiques, les manuels⁶ et autres sites

1 Comme cela est le cas pour la Hongrie par exemple, exposé réalisé à l'occasion d'une journée d'étude consacrée à la directive ressortissants tiers résidents de longue durée organisée par le Centre for Migration Law de l'Université Radboud de Nimègue, 10 février 2006. Par ailleurs, pour certains nouveaux Etats membres, la transposition de la directive va jusqu'à focaliser l'attention de l'opinion publique et se transforme en une question de politique intérieure très sensible, comme cela est le cas des ressortissants russes résidant dans les pays baltes par exemple.

2 « Statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dans l'UE : le délai de transposition expire le 23 janvier 2006 », IP/06/56, 20 janvier 2006.

3 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, rapport sur le fonctionnement des dispositions transitoires visées au traité d'adhésion de 2003 (période du 1^{er} mai 2004 au 30 avril 2006), COM(2006) 48 final du 08.02.2006.

4 Voir notamment, Agence Europe, mardi 14 mars 2006, n° 9150, sp. 1-2.

5 « Without a doubt, it takes an extremely well-informed specialist to determine the current status and rights of third-country nationals under EC law », BOELAERT-SUOMINEN S. « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », C.M.L.R., 2005, vol. 42, pp. 1011-1052, sp. 1051.

6 Voir en particulier, « Handbook on Integration for policy-makers and practitioners », European Commission, Directorate General Justice, Freedom and Security, OPOCE, Luxembourg, novembre 2004, 84 p.

Internet destinés à améliorer l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres. D'autre part, l'action de la Cour de justice sera déterminante vis-à-vis des points que les Etats membres ont délibérément laissé en suspend ou volontairement rédigé de manière ouverte. Enfin, la directive n'exclue pas la possibilité pour les Etats membres d'attribuer des statuts juridiques plus favorables¹, voire d'attribuer la nationalité à l'issue d'une période réduite² faisant basculer le résident de longue durée dans le cadre juridique plus protecteur du citoyen de l'Union européenne.

Les négociations relatives à la directive « regroupement familial » et à la directive « résidents de longue durée » ont toutes deux échoué sur un point névralgique, l'accès des ressortissants de pays tiers à l'emploi³. Cette résistance des Etats membres ne doit pas étonner tant la question de l'immigration légale exercée aux fins d'une activité économique est sensible et délicate à aborder en commun.

SOUS-SECTION 3. L'IMMIGRATION LÉGALE EXERCÉE AUX FINS D'UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

A partir du premier choc pétrolier⁴, les Etats membres développent des politiques restrictives en matière d'immigration de travail⁵. Ce mouvement s'ancre durablement dans les politiques nationales au point d'être consacré dans le cadre de

1 Point 17 du préambule de la directive « L'harmonisation des conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée favorise la confiance mutuelle entre les Etats membres. Certains Etats membres délivrent des titres de séjour permanents ou d'une durée de validité illimitée à des conditions plus favorables que celles établies par la directive. La possibilité d'appliquer des dispositions nationales plus favorables n'est pas exclue par le traité. (...) »

2 Voir sur ce point l'évolution des législations nationales relatives à l'acquisition de la nationalité, GROENENDIJK K., GUILD E., BARZILAY R. « Le statut juridique des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dans un Etat membre de l'Union européenne », Université de Nimègue, Commission Européenne, DG JAI, avril 2000, 172 p., sp. 167-169.

3 Sur ce sujet, voir notamment GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174, sp. 154-160.

4 « L'année 1973 où l'on enregistre le premier choc pétrolier marque la fin de la domination du modèle de production fordiste qui avait assuré la prospérité des pays industriels d'Europe occidentale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. En toute logique, cette date marque aussi la fin du recrutement d'un certain type de main-d'œuvre adaptée aux exigences du système. Elle n'annonce pas pour autant la fin de l'immigration mais plutôt sa transformation. L'immigration de main-d'œuvre dans les pays d'Europe occidentale diminue fortement sans pour autant s'arrêter », BAROU J. « Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration », Presses Universitaires de Grenoble, 2001, 175 p., sp. 46. Voir également TANDONNET M. « Migrations. La nouvelle vague », L'Harmattan, Paris, 2003, 232 p., pp. 28-29.

5 Voir notamment DE BRUYCKER P. « Vers une politique européenne d'immigration économique ? » in BRIBOSIA E. et REA A. (sous la direction de) « Les nouvelles migrations. Un enjeu européen », Editions Complexes, Bruxelles, 2002, 285 p., 157-182, sp. 161.

la coopération de Maastricht¹. La communautarisation des politiques migratoires par le traité d'Amsterdam n'a pas modifié cette orientation. Bien au contraire, les Etats membres ont manifesté de plusieurs manières leur refus d'harmoniser² les règles nationales en matière d'immigration de travail. Tout d'abord, ces questions « n'ont été qu'effleurées »³ à Tampere. Ensuite, certains Etats membres ont contesté la compétence communautaire pour légiférer dans ce domaine⁴. Enfin, les propositions de la Commission, qu'il s'agisse de la directive⁵ ou de la méthode de

- 1 « Les Etats membres refusent l'entrée sur leur territoire des ressortissants de pays à des fins d'emploi » in Résolution du Conseil du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres, JO C 274/3 du 19.09.1996. Voir également, Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, JO C 274/7 du 19.09.1996 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les politiques d'immigration et d'asile, COM(94) 23 final du 23.02.1994, sp. 22, point 77.
- 2 « Rumors have it that Chancellor Schröder promises the Prime-Ministers of Bavaria and Nordrhein-Westphalia that, considering the high unemployment in reunited Germany, there would be no new EC law on the admission of third-country nationals for employment », GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174, sp. 146.
- 3 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM(2000) 757 final du 22.11.2000, sp. 7.
- 4 Cette approche trouve une justification dans la rédaction du traité d'Amsterdam. En effet, si l'article 63, paragraphe 3, point a) du traité CE reprend l'essentiel des dispositions de l'article K. 1, la mention relative à l'accès à l'emploi a disparu. Cette rédaction permet ainsi à certains Etats membres de contester la compétence communautaire en la matière. « Faisant observer que le titre IV du traité instituant la Communauté européenne, et, en particulier son article 63 paragraphe 3 point a), ne prévoit pas de compétence de la Communauté dans le domaine de l'accès des ressortissants de pays tiers au marché du travail des États membres, les délégations SUPPRIMÉ ont estimé qu'il convenait d'examiner attentivement la question de la base juridique de cette directive. Ces délégations ont fait valoir que même si dans le cadre de l'examen d'autres instruments communautaires, l'article 63 paragraphe 3 sous a) avait été considéré comme une base suffisante pour accorder l'accès au marché du travail, cette disposition fait simplement référence à l'établissement des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et ne couvre pas cette question spécifique. Ces délégations ont indiqué que dans le contexte de cette directive, qui vise à régler en détail l'accès des ressortissants de pays tiers au marché du travail, la question de savoir si une telle question peut être réglée par un instrument communautaire prend une importance fondamentale », Résultats des travaux du groupe « Migration et éloignement » du 21 mars 2002, *Doc. 7557/02* du 10 juin 2002.
- 5 Proposition de la Commission de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante COM(2001) 386 final du 11.07.2001. Pour une analyse de la proposition de directive, voir notamment GUILD E. & STAPLES H. « Labour Migration in the European Union » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 1-95, sp. 171-247 ; DE BRUYCKER P. « Vers une politique européenne d'immigration économique ? » in BRIBOSIA E. et REA A. (sous la direction de) « Les nouvelles migrations. Un enjeu européen », Editions Complexes, Bruxelles, 2002, 285 p., 157-182 ; GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174.

travail¹, n'ont jamais été discutées au Conseil. Malgré tout, la législation communautaire a abordé cette thématique. Soit de manière indirecte, au travers de dispositions introduites dans les directives adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE (I), soit de manière directe par la négociation de directives destinées à des catégories spécifiques de travailleurs (II), avant que l'immigration économique ne s'affirme comme une composante des relations extérieures de la Communauté et des Etats membres (III).

I. L'ACCÈS À L'EMPLOI INDIRECTEMENT RÉGLEMENTÉ

Le rejet de la proposition de la Commission ne signifie pas que les Etats membres ont évacué toute action normative dans le domaine de l'immigration économique. Ils ont surtout refusé l'adoption d'un cadre juridique couvrant de manière générale les conditions d'admission des ressortissants de pays tiers pour l'exercice d'activités salariées ou indépendantes². En réalité, plusieurs textes adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE contiennent des règles relative à l'accès à l'emploi. Seulement, ces règles poursuivent des objectifs différents et définissent des conditions différentes d'accès au marché de l'emploi des Etats membres. Tout d'abord, l'accès à l'emploi est accordé à des catégories spécifiques de ressortissants de pays tiers en raison notamment des caractéristiques de leur séjour et de leurs qualifications (A). Ensuite, plusieurs principes et objectifs ont imposé l'introduction dans les règles communautaires adoptées en matière migratoire de dispositions relatives à l'accès à l'emploi (B). En somme, l'approche de la Communauté est sectorielle et horizontale³.

A. L'approche sectorielle

Tirant les leçons des oppositions politiques et prenant en compte les impératifs du développement de la politique communautaire, la Commission a adopté une nouvelle stratégie en matière d'immigration de travail. Elle a ainsi proposé une approche sectorielle concernant, dans un premier temps, les étudiants, les élèves, les stagiaires ainsi que les volontaires (1) et, dans un second temps, les chercheurs (2).

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM(2001) 387 final du 11.07.2001.

2 Proposition de la Commission de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante COM(2001) 386 final du 11.07.2001.

3 Sur le caractère horizontal, voir GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174.

1. L'admission des étudiants ressortissants de pays tiers

Proposée par la Commission¹, à l'automne 2002, la directive 2004/114/CE élabore un cadre relatif aux conditions et procédures d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérées et de volontariat². Déterminant les conditions et procédures d'obtention des titres de séjour, cette directive prévoit notamment que les étudiants peuvent avoir accès au marché du travail au cours de leur cursus, notamment pour couvrir une partie des coûts de leurs études. Toutefois, les conditions d'exercice de cette faculté demeurent conditionnées par le droit national.

Tout d'abord, la directive 2004/114/CE autorise les Etats membres à limiter l'accès aux activités économiques pendant la première année de séjour³. Instituée afin d'éviter l'utilisation du statut d'étudiant pour travailler dans l'Union et de préserver la qualité du travail fourni par l'étudiant la première année⁴, cette disposition constitue une garantie pour les Etats membres alors qu'elle peut être un obstacle dirimant pour le ressortissant de pays tiers. En second lieu, la directive indique que les Etats membres peuvent opposer à l'étudiant « la situation du marché du travail dans l'Etat membre concerné »⁵. Au fond la directive pose une règle, l'accès au marché du travail, assortie d'une exception, l'opposabilité du marché de l'emploi⁶. Si cette exception rend le dispositif « contradictoire »⁷, le préambule de la directive souligne que l'opposabilité du marché

1 Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formation professionnelle ou de volontariat, COM(2002) 548 final du 7.10.2002.

2 Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée et de volontariat, JO L 375/12 du 23.12.2004.

3 Article 17, paragraphe 3, de la directive 2004/114/CE.

4 « Cette disposition a été prévue afin de décourager ceux qui voudraient travailler dans l'Union européenne en abusant du statut d'étudiant et aussi parce que la première année de séjour est pour nombre d'étudiants une année de transition parfois difficile durant laquelle ils ont tout intérêt à se concentrer sur leurs études afin de progresser dans leur avancement (...) », Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formation professionnelle ou de volontariat, COM(2002) 548 final du 7.10.2002, sp. 21.

5 Article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/114/CE « En dehors du temps dévolu aux études et sous réserve des règles et conditions applicables à l'activité concernée dans l'Etat membre d'accueil, les étudiants sont autorisés à être employés et peuvent être autorisés à exercer une activité économique indépendante. Il peut être tenu compte de la situation du marché du travail dans l'Etat membre concerné ».

6 « Pour permettre aux étudiants ressortissants de pays tiers de couvrir une partie des coûts de leurs études, il convient de leur donner accès au marché du travail, dans les conditions énoncées dans la présente directive. Le principe de l'accès des étudiants au marché du travail dans les conditions énoncées dans la présente directive devrait constituer une règle générale ; néanmoins, dans des cas exceptionnels, les Etats membres devraient être en mesure de tenir compte de la situation de leur marché national du travail », point 18 du préambule de la directive 2004/114/CE.

7 DE BRUYCKER P. « Legislative Harmonization in European Immigration Policy » in CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R. & MAC DONALD E. (Edited by) « International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges », IOM-T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p., pp. 329-347, sp. 336.

de l'emploi doit être soulevée « dans des cas exceptionnels »¹. Cette précision encadre les marges de manœuvre des Etats membres qui ne peuvent systématiquement utiliser cette motivation pour interdire l'accès au marché de l'emploi. Enfin, la détermination du nombre d'heures de travail autorisées relève de la législation nationale mais ne peut toutefois être inférieur à dix heures par semaine².

En définitive, le caractère temporaire de cette forme de migration détachée du marché de l'emploi³, l'existence de règles similaires dans les Etats membres et les marges de manœuvre accordées aux Etats membres dans la mise en œuvre de la directive expliquent en grande partie son adoption.

2. *L'admission des chercheurs ressortissants de pays tiers*

La directive 2005/71/CE⁴ poursuit deux objectifs. Le premier vise à la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne⁵ dont l'objectif est de faire « des systèmes d'enseignement et de formation, d'ici à 2010, une référence de qualité mondiale »⁶. Le second plus pragmatique vise à ouvrir le territoire européen aux chercheurs ressortissants de pays tiers dans la mesure où le réservoir européen ne suffit pas à atteindre les objectifs fixés⁷.

Ainsi, la directive institue une procédure spécifique et accélérée pour l'admission des chercheurs et détermine les droits dont ils peuvent bénéficier. A ce titre, et même si le

1 Point 18 du préambule de la directive 2004/114/CE « Pour permettre aux étudiants ressortissants de pays tiers de couvrir une partie des coûts de leurs études, il convient de leur donner accès au marché du travail, dans les conditions énoncées dans la présente directive. Le principe de l'accès des étudiants au marché du travail dans les conditions énoncées dans la présente directive devrait constituer une règle générale ; néanmoins, dans des cas exceptionnels, les États membres devraient être en mesure de tenir compte de la situation de leur marché national du travail ».

2 Article 17, paragraphe 2, de la directive 2004/114/CE.

3 « Les migrations aux fins visées par la présente directive, temporaires par principe et indépendantes de l'état du marché du travail dans l'État membre d'accueil, constituent un enrichissement réciproque pour les personnes qui en bénéficient, leur État d'origine et l'État membre d'accueil tout en contribuant à promouvoir une meilleure compréhension entre les cultures », point 7 du préambule de la directive 2004/114/CE.

4 Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289/15 du 03.11.2005.

5 « Le Conseil européen invite le Conseil et la Commission, (...), à faire le nécessaire dans la perspective de la création d'un espace européen de recherche pour : (...) prendre les mesures pour éliminer, d'ici à 2002, les obstacles à la mobilité des chercheurs en Europe, et pour attirer et retenir en Europe des chercheurs à haut niveau ». Conseil européen de Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, conclusions de la présidence, Bull-CE n° 3-2000, pp. 7-19, sp. 10.

6 Conseil européen de Barcelone, 15 et 16 mars 2002, conclusions de la présidence, Bull-CE n° 3-2002, pp. 7-38, sp. 18.

7 « On estime que l'Union européenne aura besoin de 700.000 chercheurs supplémentaires d'ici 2010 pour répondre à l'objectif fixé au Conseil européen de Barcelone, de consacrer 3 % du PIB des Etats membres aux activités de recherche et de développement technologique avant la fin de la décennie. Comme l'Union européenne ne trouvera vraisemblablement pas en son sein ce nombre considérable de chercheurs, des mesures doivent également être prises pour attirer davantage de chercheurs de pays tiers », Conseil justice et affaires intérieures du 19 novembre 2004, *Doc. 14615/04*, sp. 14.

chercheur dispose de ressources mensuelles pour l'exercice de son activité¹, la directive lui ouvre également la possibilité d'exercer des activités d'enseignement. Ces dernières sont déterminées par la législation nationale qui peut également fixer un plafond horaire d'enseignement². Dans ce cadre, une recommandation préconise une dispense du permis de travail ou à défaut la délivrance de plein droit d'une autorisation de travail³.

Au fond, la directive étudiants et la directive chercheurs présentent deux avantages. Tout d'abord, elles concernent un nombre limité et ciblé de ressortissants de pays tiers ayant des qualifications élevées qui assurent une capacité d'intégration dans la société d'accueil. D'autre part, elles accordent aux Etats membres d'importantes marges de manœuvre dans leur mise en œuvre et leurs permettent de contrôler l'accès au marché de l'emploi.

Pour autant, l'accès au marché de l'emploi des Etats membres ne se résume pas à ces textes étant donné qu'il est garanti dans plusieurs actes adoptés par le Conseil.

B. L'approche horizontale

Plusieurs directives⁴ adoptées par la Communauté prévoient l'accès à l'emploi des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres⁵. Si ces règles permettent aux Etats

1 Dans la mesure où, conformément à l'article 6, paragraphe 2, point b) de la directive 2005/71/CE la convention d'accueil ne peut être signée que si « le chercheur dispose durant son séjour des ressources mensuelles suffisantes, conformément au montant minimal rendu public à cette fin par l'Etat membre pour subvenir à ses besoins et aux frais de retours sans recourir au système d'aide sociale de l'Etat membre concerné ».

2 Article 11, de la directive 2005/71/CE « 1. Le chercheur admis au titre de la présente directive peut enseigner conformément à la législation nationale.

2. Les États membres peuvent fixer un nombre maximal d'heures ou de jours consacrés à l'activité d'enseignement ».

3 Recommandation du Conseil du 12 octobre 2005 visant à faciliter l'admission des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique dans la Communauté européenne, JO L 289/26 du 03.11.2005.

4 Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212/12 du 07.08.2001 ; Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003 ; Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003 ; Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16/44 du 23.01.2004 ; Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261/19 du 06.08.2004 ; Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, JO L 304/12 du 30.09.2004 ; Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, JO L 375/12 du 23.12.2004.

5 Voir GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique

membres de conditionner l'exercice d'une activité économique (1) certaines catégories de ressortissants de pays tiers bénéficient sous certaines conditions d'un accès garanti à l'emploi (2).

1. L'accès à l'emploi conditionné

Les directives déterminent deux techniques principales assurant aux Etats membres la maîtrise de l'accès à l'emploi. Il s'agit en premier lieu de l'opposabilité du marché de l'emploi qui permet aux Etats d'accorder la préférence à certains ressortissants¹ ou simplement de fermer le marché de l'emploi national². Condition reprise dans la majorité des directives, elle peut être encadrée de telle sorte que les Etats membres ne peuvent utiliser cette technique que durant une période déterminée. Tel est le cas par exemple de la directive relative au regroupement familial au terme de laquelle la situation du marché de l'emploi ne peut être opposée aux membres de la famille qu'au cours des 12 premiers mois de résidence³.

L'établissement de délais constitue la seconde technique développée par les directives. Dans ce cas, les Etats membres peuvent déterminer une période au cours de laquelle les ressortissants de pays tiers ne sont pas habilités à accéder à l'emploi. Cette période est fixée soit par le texte communautaire⁴, soit par le droit national sur habilitation de la directive⁵. En conséquence, à l'issue du délai indiqué, et dans les conditions définies par la directive, l'emploi doit être ouvert à la personne concernée⁶.

européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174.

- 1 Voir par exemple l'article 11 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.
- 2 Article 17 de la Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérées et de volontariat, JO L 375/12 du 23.12.2004.
- 3 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12 du 03.10.2003.
- 4 « L'Etat membre d'accueil peut limiter l'accès à des activités économiques pendant la première année de séjour », article 17 paragraphe 3 de la directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, JO L 375/12 du 23.12.2004.
- 5 « Les Etats membres fixent une période commençant à la date de dépôt de la demande d'asile durant laquelle le demandeur n'a pas accès au marché du travail », article 11, paragraphe 1, de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.
- 6 « Si une décision en première instance n'a pas été prise un an après la présentation d'une demande d'asile et que ce retard ne peut être imputé au demandeur, les États membres décident dans quelles conditions l'accès au marché du travail est octroyé au demandeur », article 11, paragraphe 2, de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003. Voir également 'L'accès au marché du travail n'est pas refusé durant les procédures de recours, lorsqu'un recours formé contre une décision négative prise lors d'une procédure normale a un effet suspensif, jusqu'au moment de la notification d'une décision négative sur le recours », article 11, paragraphe 3, de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier

Enfin, certaines dispositions indiquent que les emplois publics ne sont pas ouverts aux ressortissants de pays tiers¹. Cette fermeture est du reste plus importante que celle formulée à l'endroit de citoyens européens dans la mesure où même les emplois impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique « occasionnelles » leurs sont fermés.

En définitive, les règles relatives à l'accès au marché de l'emploi sont abordées de manière hétérogène par le droit communautaire².

2. L'accès à l'emploi garanti

Si les Etats membres ont démontré une volonté de limiter l'accès à l'emploi des ressortissants de pays tiers, certaines catégories de personnes bénéficient toutefois d'un accès garanti à l'emploi. Cela est tout d'abord le cas des réfugiés qui bénéficient d'un droit étendu à l'exercice d'une activité salariée ou non salariée conformément au dispositif conventionnel³. Les ressortissants tiers résidents de longue durée bénéficient également d'un large accès aux activités salariées et non salariées puisqu'ils y accèdent sur la base du principe d'égalité de traitement avec les nationaux. Si certains emplois leur échappent, cette restriction doit être juridiquement prévue et concerner une catégorie restreinte de personnes. Ce n'est que dans le cadre de l'utilisation de la liberté de circulation et de séjour dans un second Etat membre que les restrictions peuvent surgir à l'encontre de cette catégorie de ressortissants de pays tiers. Les bénéficiaires du droit au regroupement familial acquièrent le droit de travailler, au plus tard douze mois après avoir exercé leur droit au regroupement. L'automaticité de l'ouverture du marché de l'emploi national est également consacrée par la directive portant sur les conditions

2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.

- 1 Article 11, Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16/44 du 23.01.2004.
- 2 Quand il ne laisse pas le droit interne déterminer entièrement les conditions d'accès. Voir à ce sujet l'article 11 de la Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261/19 du 06.08.2004.
- 3 La Convention de Genève pose en son article 17 le principe d'un accès à l'emploi aux réfugiés dès la reconnaissance du statut. Une période de trois années autorise cependant les Etats parties à échelonner la situation des réfugiés sur les ressortissants de pays tiers, avant que le droit au travail ne devienne inconditionnel. La directive du Conseil est plus libérale puisque le droit de travailler est ouvert « immédiatement après que le statut de réfugié a été octroyé » aux activités privées et publiques. Les seules limitations applicables relèvent, pour le domaine privé, des règles en vigueur dans les secteurs d'activité concernés, à savoir la possession de diplômes ou de qualifications spécifiques requis. Concernant le domaine public, les réfugiés accèdent aux emplois dans l'administration publique conformément au droit national. Voir article 26 de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, JO L 304/12 du 30.09.2003.

d'accueil des demandeurs d'asile dès lors qu'un recours suspensif contre une décision est introduit puisque dans ce cas « l'accès au marché du travail n'est pas refusé (...) »¹.

Qualitativement, le bilan des dispositions communautaires permettant l'accès à l'emploi des ressortissants de pays tiers rejoint les préoccupations nationales. En effet, la technique du renvoi au droit national pour déterminer les conditions d'exercice de ce droit ne contribue qu'à une harmonisation législative de principe. Quantitativement en revanche, le bilan est beaucoup plus important. Entre les réfugiés, les bénéficiaires du droit au regroupement familial, les résidents de longue durée et les étudiants, un contingent important de ressortissants de pays tiers bénéficie d'un droit d'accès au marché du travail des Etats membres. Si bien que l'on peut se demander si la Communauté a encore besoin d'une directive sur l'admission des ressortissants de pays tiers aux fins d'une activité économique² et si l'approche sectorielle ne suffit pas³. Une réponse négative s'impose néanmoins dans la mesure où, l'approche sectorielle évacue toute vision d'ensemble des flux migratoires et ne permet de répondre aux mutations des phénomènes migratoires que de manière ponctuelle et dans les domaines couverts par le droit communautaire⁴. Malgré tout, les Etats membres continuent d'exploiter l'approche sectorielle même s'ils conviennent de le faire de manière plus pertinente.

II. L'ACCÈS À L'EMPLOI LIMITATIVEMENT RÉGLEMENTÉ

La nécessité de doter la Communauté de règles en matière d'immigration de travail est rappelée dans le programme de La Haye. Soulignant les effets positifs de l'immigration légale⁵, il invite la Commission à adopter un programme d'action relatif à l'immigration légale⁶. Compte tenu du rejet de l'approche globale par les Etats

1 Article 11, paragraphe 3, de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.

2 GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174.

3 Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, COM(2004) 811 final du 11.01.2005, sp. 5.

4 GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174.

5 « L'immigration légale jouera un rôle important dans le renforcement de l'économie de la connaissance en Europe et dans le développement économique, et contribuera ainsi à la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne. Elle pourrait aussi jouer un rôle dans les partenariats établis avec les pays tiers », « Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 4.

6 « Tenant compte du résultat des discussions consacrées au livre vert sur l'immigration de la main-d'œuvre, des meilleures pratiques dans les Etats membres et de leur intérêt pour la mise en œuvre

membres, et dans une certaine mesure du Parlement européen¹, ainsi que du mandat conféré par le programme de La Haye², la Commission présente un programme d'action qui consolide l'approche sectorielle (A). Cette dernière prend immédiatement forme par l'intermédiaire d'une directive relative aux travailleurs hautement qualifiés (B).

A. La consolidation de l'approche sectorielle

Le livre vert relatif à « une approche communautaire de la gestion des migrations économiques »³ a présenté le débat dans son contexte démographique mais également dans le contexte de la concurrence internationale régnant dans ce domaine. La Commission souligne à ce titre que si rien n'est entrepris, les migrants et en particulier ceux bénéficiant de qualifications pourraient partir vers d'autres continents mettant ainsi en échec les objectifs de Lisbonne. Ainsi, la réflexion engagée par le livre vert porte sur le degré et la méthode d'harmonisation, les procédures d'admission et la coopération avec les pays tiers. Répondant au programme de La Haye et dans le prolongement du livre vert⁴, la Commission a publié en décembre 2005 un programme

de la stratégie de Lisbonne, le Conseil européen invite la Commission à présenter, avant la fin de 2005, un programme d'action relatif à l'immigration légale, comprenant des procédures d'admission qui permettent au marché du travail de réagir rapidement à une demande de main-d'œuvre étrangère en constante mutation », Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 4.

- 1 Voir l'Avis de la Commission juridique et du Marché intérieur du Parlement européen qui considérait que la compétence tirée de l'article 63, paragraphe 3, a) doit servir de base juridique pour régler des « problèmes concrets » ou « ponctuels », Avis de la Commission juridique et du Marché intérieur du Parlement européen sur la proposition de la Commission en vue de l'adoption d'une directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, A5-0010/2003 du 23.01.2003, sp. 43-44.
- 2 En effet, le mandat formulé à l'occasion du programme de La Haye porte sur l'adoption de plusieurs procédures et non pas sur l'adoption d'une procédure générale d'admission des ressortissants de pays tiers aux fins de l'exercice d'une activité économique salariée ou indépendante. Ainsi, « Le Conseil européen souligne que la détermination des volumes d'admission de travailleurs migrants relève de la compétence des États membres. Tenant compte du résultat des discussions consacrées au livre vert sur l'immigration de la main-d'œuvre, des meilleures pratiques dans les États membres et de leur intérêt pour la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne, le Conseil européen invite la Commission à présenter, avant la fin de 2005, un programme d'action relatif à l'immigration légale, comprenant des procédures d'admission qui permettent au marché du travail de réagir rapidement à une demande de main-d'œuvre étrangère en constante mutation », Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 4.
- 3 Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, COM(2004) 811 final du 11.01.2005.
- 4 « En ce qui concerne l'immigration économique, la situation que connaissent les marchés du travail dans l'UE dès à présent, ainsi que les perspectives, peuvent être présentées, grosso modo, comme un scénario où prévalent les besoins de main-d'œuvre. Certains États membres souffrent déjà de graves pénuries de main-d'œuvre et de qualifications particulières dans certains secteurs de l'économie, les emplois correspondants ne pouvant pas être occupés en faisant recours au marché national du travail. Ce phénomène touche tout l'éventail des qualifications, depuis les travailleurs non qualifiés jusqu'aux professionnels ayant suivi une formation universitaire supérieure.

d'action relatif à l'immigration légale¹. Elle propose l'adoption d'un paquet de mesures ciblées « non bureaucratiques et souples qui, d'une part, s'appliqueraient à l'ensemble de la main d'œuvre immigrée dans le cadre d'une approche équitable fondée sur le respect des droits et, d'autre part, prévoiraient des conditions intéressantes pour attirer certaines catégories de migrants dont l'UE a besoin »². Perpétuant ainsi la logique de l'approche sectorielle, le programme d'action prévoit l'adoption d'une directive-cadre et de quatre directives spécifiques.

La directive-cadre doit garantir des droits dans un cadre commun à tous les migrants occupant un emploi légal dans un Etat membre. De fait, ce texte n'a aucune incidence sur les conditions d'admission sur le territoire des Etats membres. Formellement présentée en octobre 2007, la proposition de directive³ établit, d'une part, une procédure unique permettant la délivrance d'un permis unique de séjour et de travail et, d'autre part, un socle commun de droits⁴, basés notamment sur le principe de l'égalité de traitement⁵.

Les projections d'Eurostat indiquent que la « croissance de la population de l'UE25 jusqu'en 2025 sera principalement due au solde migratoire puisque le total des décès devrait dépasser le total des naissances à partir de 2010. Le solde migratoire ne devrait plus compenser la décroissance naturelle de la population après 2025 ». Cette évolution entraînera de graves répercussions sur le nombre d'actifs que comptera l'EU-25, étant donné que la « part de la population en âge de travailler [...] dans la population totale devrait fortement diminuer [...], passant de 67,2 % en 2004 à 56,7 % en 2050, soit une chute [...] de 52 millions ». Le recul de la population totale est attendu d'ici 2025 et la diminution de la population en âge de travailler, d'ici 2011. Certains États membres (Allemagne, Hongrie, Italie, Lettonie) enregistrent déjà un déclin de leur population en âge de travailler, tandis que dans d'autres, il se produira plus tard (Irlande à partir de 2035). Cette évolution démographique ne touchera pas tous les États membres au même point, mais il s'agit d'une tendance à laquelle il faudrait trouver des solutions d'une manière coordonnée et efficace », Communication de la Commission « Programme d'action relatif à l'immigration légale », COM(2005) 669 final du 21.12.2005, sp. 4-5.

- 1 Communication de la Commission « Programme d'action relatif à l'immigration légale », COM(2005) 669 final du 21.12.2005.
- 2 Communication de la Commission « Programme d'action relatif à l'immigration légale », COM(2005) 669 final du 21.12.2005, sp. 6.
- 3 Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre, COM(2007) 638 final du 23.10.2007.
- 4 « Durant sa période de validité, le permis unique habilite son titulaire au minimum :
 - a) à entrer, ré-entrer et séjourner sur le territoire de l'État membre qui a délivré le permis unique ;
 - b) à transiter par d'autres États membres afin d'exercer les droits visés au point a) ;
 - c) à jouir d'un libre accès à l'ensemble du territoire de l'État membre de délivrance, dans les limites prévues en droit national pour des raisons de sécurité ;
 - d) à exercer les activités autorisées au titre du permis unique ;
 - e) à être informé des droits conférés par le permis unique en vertu de la présente directive ou en droit national ».
- 5 Par ce dispositif, la proposition recherche, d'une part, à témoigner une forme de reconnaissance aux ressortissants de pays tiers qui contribuent à la prospérité de l'économie européenne et, d'autre part, à favoriser une équivalence de droits sur l'ensemble des Etats membres permettant de réduire la concurrence déloyale et de protéger les travailleurs de la menace d'exploitation. Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre, COM(2007) 638 final du 23.10.2007, sp. 3.

De manière générale, la proposition de directive pose des règles communes minimales dont la mise en œuvre peut être largement déterminée par les Etats membres.

Concernant les mesures visant spécifiquement l'admission des ressortissants de pays tiers, aucune approche globale ne s'est dégagée. En effet, les divergences démographiques, sociologiques et structurelles entre les Etats membres ne permettent pas de dégager des préoccupations communes sauf pour certains secteurs dans lesquels les besoins et intérêts sont communs aux Etats membres. Ainsi, le programme d'action propose l'adoption de quatre directives sectorielles. La première doit concerner les conditions d'entrée et de séjour des travailleurs hautement qualifiés et vise à instituer une procédure commune pour la sélection et l'admission accélérée de ces migrants afin qu'ils choisissent de migrer en Europe. La seconde proposition de directive doit porter sur les conditions d'entrée et de séjour des travailleurs saisonniers afin de fournir une main d'œuvre nécessaire aux Etats membres dans certains secteurs particuliers, tels que l'agriculture, le bâtiment ou encore le tourisme et accordant au migrant concerné un statut légal et des perspectives de travail régulier. Le troisième texte doit établir les procédures d'entrée et de séjour et les conditions de résidence temporaire des personnes transférées au sein de leur entreprise. Enfin, la quatrième proposition doit définir les conditions d'entrée et de séjour des stagiaires rémunérés.

Outre le cas des travailleurs transfrontaliers et les dispositifs applicables à la mobilité des jeunes, ces propositions reprennent en fin de compte plusieurs dispositions du chapitre II de la proposition de directive présentée en 2001 par la Commission¹. Toutefois, elles maintiennent l'approche sectorielle.

B. Les travailleurs hautement qualifiés

Les consultations engagées par la Commission européenne à l'occasion du livre vert ont démontré qu'une proposition concernant les travailleurs hautement qualifiés bénéficiait d'un large soutien. La proposition de directive présentée par la Commission mettrait la question en perspective en soulignant le caractère peu attrayant de l'Union européenne pour cette catégorie spécifique de travailleurs généralement confrontée à des dispositifs juridiques complexes et diversifiés². La directive 2009/50/CE doit

1 Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM(2001) 386 final du 1.07.2001.

2 « (...) dans un contexte de concurrence internationale intense, les travailleurs hautement qualifiés ne semblent pas trouver l'Union européenne attrayante dans son ensemble. Cette dernière est ainsi la principale destination des travailleurs non-qualifiés et moyennement qualifiés venus du Maghreb (87 % de ces immigrants), tandis que 54 % des immigrants hautement qualifiés issus de ces mêmes pays sont installés aux États-Unis et au Canada. Comparée à celle de ces pays, l'attractivité de l'Union européenne pâtit du fait que les immigrants hautement qualifiés sont pour le moment confrontés à 27 systèmes d'admission différents et qu'il ne leur est pas possible de se déplacer facilement d'un pays à l'autre pour travailler. En outre, dans plusieurs cas, des procédures lourdes et fastidieuses les incitent à choisir des pays non membres de l'Union européenne offrant des conditions d'entrée et de séjour plus favorables », Proposition de directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de

théoriquement mettre un terme à cette situation en établissant une procédure commune accélérée pour l'admission des travailleurs hautement qualifiés fondée sur une définition et des critères communs et devant aboutir à la délivrance d'une « carte bleue européenne »¹. Seulement, le résultat obtenu ne permet pas d'atteindre cet objectif. En effet, et à l'instar des textes précédents, la directive est profondément marquée par l'empreinte des Etats membres qui n'ont accepté le texte communautaire qu'à la condition de bénéficier de confortables marges de manœuvre. Ainsi, et à titre indicatif, la directive 2009/50/CE contient une vingtaine de clauses optionnelles qui rendent pour l'heure toute harmonisation des législations nationales illusoire. Cette situation concerne principalement les conditions requises pour la délivrance de la « carte bleue européenne » (1) et les motifs de refus de délivrance de la « carte bleue européenne » (2). Si la directive prévoit que les travailleurs titulaires de la « carte bleue européenne » bénéficient de droits élargis par rapport aux ressortissants de pays tiers, il n'est pas certain que ces dispositifs constituent en soi un véritable facteur d'attraction (3).

1. Les conditions requises pour la délivrance de la « carte bleue européenne »

Les conditions requises figurent à l'article 5 de la directive. Tout d'abord, le ressortissant de pays tiers qui sollicite la « carte bleue européenne » doit présenter un ensemble de documents relatifs au contrat de travail ou à l'offre ferme d'emploi hautement qualifié, à la qualification ou à l'expérience professionnelle requises, à l'assurance-maladie souscrite et produire un document de voyage en cours de validité², voire si l'Etat membre l'exige fournir son adresse sur le territoire de l'Etat membre.

pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM(2007) 637 final du 23.10.2007, sp. 3. Voir également ZALETEL P. « Competing for Highly Skilled Migrants : Implications for the EU Common Approach on Temporary Economic Migration », E.L.J. 2006, pp. 613-635.

- 1 Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155/17 du 18.06.2009.
- 2 Article 5, paragraphe 1^{er} de la directive 2009/50/CE « Sans préjudice de l'article 10, paragraphe 1, le ressortissant de pays tiers qui sollicite une carte bleue européenne aux termes de la présente directive :
 - a) présente un contrat de travail valide ou, conformément à ce qui est prévu par la législation nationale, une offre ferme pour un emploi hautement qualifié, d'une durée d'au moins un an dans l'Etat membre concerné ;
 - b) présente un document attestant qu'il satisfait aux conditions auxquelles la législation nationale subordonne l'exercice par les citoyens de l'Union de la profession réglementée indiquée dans le contrat de travail ou l'offre d'emploi ferme conformément à ce qui est prévu par la législation nationale ;
 - c) pour les professions non réglementées, présente les documents attestant qu'il possède les qualifications professionnelles élevées pertinentes pour l'activité ou le secteur mentionné dans le contrat de travail ou l'offre d'emploi ferme conformément à ce qui est prévu par la législation nationale ;
 - d) produit un document de voyage en cours de validité, tel que défini par le droit national, une demande de visa ou un visa, si nécessaire, ainsi que la preuve, le cas échéant, d'un titre de séjour en bonne et due forme ou d'un visa national de longue durée. Les Etats membres peuvent exiger que la période de validité du document de voyage couvre au moins la durée initiale de validité du titre de séjour ;

Il doit par ailleurs ne pas être considéré comme une menace pour l'ordre public. Ensuite, la directive détermine les conditions salariales qui doivent être remplies par le ressortissant de pays tiers. Le dispositif du paragraphe 3 de l'article 5 est passablement compliqué et offre d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres. Ainsi, le salaire que le ressortissant de pays tiers doit percevoir ne doit pas être « inférieur à un seuil salarial pertinent défini et rendu public à cette fin par les Etats membres, qui sera au moins égal à une fois et demie le salaire annuel brut moyen dans l'Etat membre concerné ». Autrement dit, le seuil salarial est déterminé par chaque Etat membre en fonction du salaire annuel moyen et d'un quotient multiplicateur librement déterminé pour autant qu'il soit égal à une fois et demie le salaire annuel moyen. La directive ajoute que par dérogation et pour les professions ayant un besoin particulier¹, le seuil salarial peut être « d'au moins 1,2 fois le salaire annuel brut moyen dans l'Etat membre concerné ».

Compte tenu des divergences de niveaux de vie entre les Etats membres et de la latitude octroyée concernant le quotient multiplicateur, il est probable que la transposition de la directive aboutisse à la définition d'autant de seuils salariaux que d'Etats membres liés par la directive. Autrement dit, la directive pose des critères dont la mise en œuvre relève de la compétence des Etats membres². En outre, la durée de validité standard de la carte bleue est comprise entre un et quatre ans, ce qui permet là encore aux Etats membres d'opter pour une approche généreuse ou restrictive.

2. Les motifs de rejet de la demande de « carte bleue européenne »

L'article 8 de la directive consacré aux « motifs de refus », dont il est singulier de souligner qu'il précède la disposition relative à la procédure de délivrance, révèle le degré de résistance des Etats membres à être contraints par le droit communautaire à admettre sur leur territoire des ressortissants de pays tiers. En effet, cette disposition prévoit 5 motifs de refus de délivrance de la « carte bleue européenne ». Si le motif tenant à l'absence des conditions requises constitue évidemment une raison fondant le refus, trois autres dispositions vident de son contenu l'objectif de la directive et permettent aux Etats membres de refuser de délivrer « la carte bleue européenne ». Tout d'abord, les Etats membres peuvent avant de statuer sur la demande « examiner la situation de leur marché du travail et appliquer leurs procédures nationales pour ce qui est des exigences relatives au pourvoi d'un poste vacant ». Dans ce cas, ils peuvent

e) produit la preuve qu'il a souscrit ou, si cela est prévu par la législation nationale, qu'il a demandé à souscrire une assurance-maladie pour tous les risques pour lesquels sont normalement couverts les ressortissants de l'Etat membre concerné, pendant les périodes durant lesquelles il ne bénéficiera, du fait de son contrat de travail ou en liaison avec celui-ci, d'aucune couverture de ce type ni d'aucune prestation correspondante ;

f) n'est pas considéré comme une menace pour l'ordre public, la sécurité ou la santé publiques ».

1 Le point 10 du préambule de la directive 2009/50/CE précise que les professions concernées « font partie des grands groupes 1 et 2 de la Classification internationale type des professions (CITP) ».

2 Ce constat s'applique également au sujet de la procédure de délivrance abordée à l'article 10 de la directive 2009/50/CE.

vérifier si le poste vacant ne peut être occupé par d'autres personnes¹. L'opposabilité du marché de l'emploi constitue « l'arme » la plus efficace au service des Etats membres pour ne pas être contraints d'admettre un ressortissant de pays tiers remplissant les conditions requises. Sachant que cette possibilité vaut également pour tout changement d'employeur après l'obtention de la « carte bleue européenne », conformément à l'article 12 de la directive. Cette opposabilité du marché de l'emploi « *a posteriori* » offre à l'Etat membre un levier supplémentaire de contrôle. En second lieu, les Etats membres peuvent refuser de délivrer la « carte bleue » lorsque les quotas d'admission de ressortissants de pays tiers déterminés par les Etats membres sont atteints. Enfin, les Etats membres peuvent rejeter une demande de carte bleue « afin d'assurer un recrutement éthique dans des secteurs souffrant d'une pénurie de travailleurs qualifiés dans les pays d'origine »². Si cette disposition vise à éviter la « fuite des cerveaux »³, il n'est pas encore certain que sa mise en œuvre par les Etats membre poursuive effectivement cet objectif et ne constitue finalement un moyen supplémentaire au bénéfice des Etats membres pour rejeter une demande. Pour être tout à fait complet, la directive prévoit également que les Etats membres peuvent rejeter la demande de « carte bleue européenne » si l'employeur a été sanctionné, conformément à la législation nationale, pour travail non déclaré et/ou pour emploi illégal.

Au final, les Etats membres conservent d'immenses marges de manœuvre pour rejeter les demandes introduites par les ressortissants de pays tiers. Autrement dit, ils sont parvenus à adopter une directive qui ne les contraindra pas et dont la transposition laissera apparaître autant de législations différentes qu'il y a de systèmes nationaux.

1 Article 8, paragraphe 2, alinéa 2 de la directive 2009/50/CE « Les États membres peuvent vérifier si le poste vacant ne pourrait pas être occupé par de la main-d'œuvre nationale ou communautaire, par un ressortissant de pays tiers en séjour régulier dans l'État membre en question et qui appartient déjà au marché du travail dans cet État membre en vertu de la législation communautaire ou nationale, ou par un résident de longue durée-CE désireux de se rendre dans cet État membre pour y occuper un emploi hautement qualifié, conformément au chapitre III de la directive 2003/109/CE ».

2 Article 8, paragraphe 4, de la directive 2009/50/CE.

3 Comme l'indique le point 22 de la directive 2009/50/CE « Lors de la mise en œuvre de la présente directive, les États membres devraient s'abstenir de pratiquer un recrutement actif dans les pays en développement dans les secteurs qui souffrent d'une pénurie de main-d'œuvre. Il y a lieu d'élaborer des politiques et des principes de recrutement éthique applicables aux employeurs du secteur public et du secteur privé dans les secteurs clés, par exemple dans celui de la santé, comme le soulignent les conclusions du Conseil et des États membres du 14 mai 2007 sur un programme européen d'action visant à faire face à la pénurie grave de professionnels de la santé dans les pays en développement (2007-2013), ainsi que dans le secteur de l'éducation, le cas échéant. Il convient de renforcer ceux-ci en élaborant et en appliquant des mécanismes, des lignes directrices et d'autres outils facilitant, le cas échéant, les migrations circulaires et temporaires, ainsi que d'autres mesures visant à réduire au minimum les effets négatifs de l'immigration de personnes hautement qualifiées et à en maximaliser les effets positifs sur les pays en développement pour transformer la « fuite des cerveaux » en « gain de cerveaux ».

3. Les droits accordés aux bénéficiaires de la « carte bleue européenne »

La directive a pour objet de rendre « la Communauté plus attrayante »¹ pour les travailleurs hautement qualifiés du monde entier. Il n'est pas certain qu'elle parvienne à atteindre cet objectif, tant les droits accordés ont été limités. En ce qui concerne l'accès au marché du travail tout d'abord, les ressortissants de pays tiers titulaires d'une « carte bleue européenne » sont tenus durant les deux premières années de résidence d'exercer l'activité rémunérée ayant permis de remplir les conditions d'admission. Durant cette période, la directive indique que tout changement d'employeur est subordonné à une autorisation préalable des autorités compétentes de l'Etat membre. A l'issue de cette période de deux ans, les Etats membres « peuvent octroyer aux personnes concernées l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès aux emplois hautement qualifiés ». Si les Etats membres n'octroient pas cette possibilité, la personne doit communiquer aux autorités compétentes de l'Etat membre les modifications ayant des conséquences sur les conditions d'admission. Les conséquences du défaut d'information ou d'un changement d'emploi qui, par exemple, aboutirait à ce que le travailleur dispose d'un revenu inférieur au seuil salarial pertinent peuvent, conformément à l'article 9 de la directive, entraîner le retrait ou le non-renouvellement de la « carte bleue européenne ». Cependant, les dispositions de l'article 9 sont rédigées de manière tellement larges qu'il est *a priori* impossible de déterminer les effets de cette situation dans les Etats membres².

1 Point 7 du préambule de la directive 2009/50/CE.

2 Article 9 de la directive 2009/50/CE :

« 1. Les États membres procèdent au retrait ou refusent le renouvellement d'une carte bleue européenne délivrée en vertu de la présente directive dans les cas suivants :

- a) lorsqu'elle a été obtenue par des moyens frauduleux, qu'elle a été falsifiée ou altérée ;
- b) lorsqu'il apparaît que le titulaire ne remplissait pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée et de séjour énoncées dans la présente directive, ou que son séjour est motivé par d'autres raisons que celles pour lesquelles le titulaire a été autorisé ;
- c) lorsque le titulaire n'a pas respecté les limites fixées par l'article 12, paragraphes 1 et 2, et par l'article 13.

2. L'absence d'information en application de l'article 12, paragraphe 2, deuxième alinéa, et de l'article 13, paragraphe 4, n'est pas considérée comme un motif suffisant pour retirer ou refuser de renouveler la carte bleue européenne si le titulaire peut prouver que l'information n'est pas parvenue aux autorités compétentes pour une raison indépendante de la volonté du titulaire.

3. Les États membres peuvent procéder au retrait ou refuser le renouvellement d'une carte bleue européenne délivrée en vertu de la présente directive dans les cas suivants :

- a) pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ;
- b) lorsque le titulaire d'une carte bleue européenne ne dispose pas de ressources suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et, le cas échéant, à ceux des membres de sa famille, sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné. Les États membres évaluent ces ressources par rapport à leur nature et leur régularité et peuvent tenir compte du niveau des rémunérations et des pensions minimales nationales ainsi que du nombre de membres que compte la famille de la personne concernée. Cette évaluation n'a pas lieu pendant la période de chômage visée à l'article 13 ;
- c) si la personne concernée n'a pas communiqué son adresse ;
- d) lorsque le titulaire d'une carte bleue européenne demande une aide sociale, pour autant que l'information appropriée lui ait été fournie, par avance et par écrit, par l'État membre concerné ».

La directive contient ensuite un ensemble de dispositions qui prévoient l'égalité de traitement ou dérogent au droit normalement applicable en matière de regroupement familial¹ et de résidence de longue durée². Si les dispositifs relatifs à l'égalité de traitement peuvent être restreints en matière de bourses d'études et autres allocations ou en matière d'accès au logement, et ne sont pas forcément incitatifs, certaines dérogations à la directive relative au droit au regroupement familial sont intéressantes comme celle relative à la durée de résidence préalable³ ou encore l'accès à l'emploi du conjoint⁴. Cela concerne également les dispositions dérogeant à la directive relative au statut des résidents de longue durée notamment au regard du calcul des périodes de résidence qui est simplifié.

Malgré tout, il n'est pas certain que le dispositif soit véritablement attractif. En effet, les Etats membres continuent de disposer d'importantes marges de manœuvre dans la mise en œuvre de la directive qui ne contribuent pas à harmoniser les conditions d'entrée et de séjour. Ce faisant, la disparité des législations nationales demeure et la simplicité qu'un tel dispositif doit nécessairement proposer est absente.

L'action de la Communauté dans le domaine de l'immigration de travail est minimale en ce qu'elle permet aux Etats membres de conserver la maîtrise de sa mise en œuvre. De ce point de vue, le droit communautaire procède davantage à une convergence des politiques qu'à une harmonisation des législations nationales. Les perspectives posées par le Pacte européen sur l'immigration et l'asile ne permettent pas de penser que ce mouvement doit s'inverser dès lors qu'il indique « qu'il revient à chaque Etat membre de décider des conditions d'admission sur son territoire des migrants légaux et de fixer, le cas échéant, leur nombre »⁵. En outre, le caractère sectoriel de la politique doit perdurer, même si la présidence suédoise souhaite l'assouplir et l'ouvrir à d'autres catégories de travailleurs notamment non qualifiés⁶. En réalité,

1 Article 15 de la directive 2009/50/CE.

2 Articles 16 et 17 de la directive 2009/50/CE.

3 Article 15, paragraphe 2, de la directive 2009/50/CE « Par dérogation à l'article 3, paragraphe 1, et à l'article 8 de la directive 2003/86/CE, le regroupement familial n'est pas subordonné à l'exigence d'une perspective raisonnable pour le titulaire de la carte bleue européenne d'obtenir un droit de séjour permanent, ni qu'il justifie d'une durée de résidence minimale ».

4 Article 15, paragraphe 6, de la directive 2009/50/CE « Par dérogation à l'article 14, paragraphe 2, deuxième phrase, de la directive 2003/86/CE, les États membres n'appliquent pas de délai en ce qui concerne l'accès au marché du travail ».

5 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08*, du 24 septembre 2008, sp. 5.

6 « La suède compte aussi insister, notamment dans le cadre de ce programme, sur les questions d'immigration légale, car l'Europe devra faire face à un déclin de la population, et doit déjà recruter de la main d'œuvre hors de l'UE. Depuis six mois, la nouvelle loi suédoise sur l'immigration de travail est entrée en vigueur. C'est un système unique en Europe, fondé sur les besoins. Si les employeurs suédois ne trouvent pas de personnel avec les qualifications requises en Suède et dans les autres pays européens, ils peuvent recruter dans les pays tiers. Le système fonctionnerait assez bien. Il aurait permis d'engager dans les secteurs des technologies de pointe (des indiens et des chinois surtout) et de la construction (des Ukrainiens par exemple). (...) « Nous n'avons pas l'intention d'imposer aux autres pays européens notre législation, mais plutôt de leur montrer qu'il existe un moyen d'aller de l'avant avec un système d'immigration légale bâti sur la demande » précise Tobias Billström », Agence Europe, n° 2520, 27 juin 2009, sp. 7.

une politique d'immigration de travail émerge et doit connaître progressivement un approfondissement de l'harmonisation législative.

Bien que limitée, l'intervention de la Communauté dans le domaine de l'immigration économique poursuit son chemin et commence à s'imposer comme un défi de la politique d'immigration à venir. Aussi, cette évolution se retrouve dans le domaine de la politique extérieure dans la mesure où l'immigration légale exercée à des fins économiques devient un élément à part entière des relations extérieures de la Communauté et des Etats membres.

III. L'IMMIGRATION ÉCONOMIQUE DANS LA POLITIQUE EXTÉRIEURE DE LA COMMUNAUTÉ ET DES ÉTATS MEMBRES

Le prolongement externe du droit communautaire s'est réalisé dans les domaines dans lesquels la Communauté dispose d'une compétence externe ou a exercé sa compétence interne. Ainsi, des accords de réadmission ou de facilitation de délivrance de visa de court séjour ont été conclus par la Communauté avec des pays tiers. Tel n'a pas été le cas en matière d'immigration légale dans la mesure où la Communauté ne dispose d'aucune compétence. En effet, en l'absence de règles communautaires adoptées dans ce domaine, la théorie des compétences externes implicites ne peut être mise en œuvre. Ainsi, la Communauté ne peut conclure avec des pays tiers des accords portant sur l'immigration de travail. Aussi, le développement de relations juridiques externes exclusivement basées sur le contrôle des flux migratoires ou la réadmission de personnes en séjour irrégulier, sans contreparties véritables, a progressivement démontré ses limites. La Communauté a donc développé une « approche globale » de sa politique extérieure en matière migratoire intégrant la dimension légale de l'immigration (A). Toutefois, la réorientation politique n'évacue pas les problèmes de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres de sorte que les solutions adoptées dans le cadre de l'approche globale demeurent limitées et incertaines (B).

A. L'intégration de l'immigration légale dans la politique extérieure : l'approche globale

Les premières années de mise en œuvre de la politique ont été quasi exclusivement consacrées à l'adoption d'accords en matière d'immigration irrégulière. Cette approche ne peut durablement tenir lieu de politique. Tout d'abord, parce que les relations externes imposent de tenir compte du phénomène migratoire dans sa globalité. Ensuite, parce que les pays tiers réclament des contreparties à leurs engagements. C'est dans un contexte politique en mutation (1) que la Communauté a élaboré et défini le contenu de l'approche globale (2).

1. Le contexte

Dès l'année 2002, la Commission européenne proposait une analyse globale du phénomène migratoire¹ visant notamment à s'attaquer à ses « causes profondes »². Il s'agissait dans ce contexte de prendre en considération les facteurs de l'immigration – la pauvreté et la sécurité – ainsi que ses effets positifs – les envois de fonds – et négatifs – le rebond migratoire³ – et d'élaborer des réponses constructives et cohérentes⁴. Dans le même temps, un dialogue s'est établi entre la Communauté et plusieurs pays tiers⁵ soulignant la nécessité d'accroître la coopération y compris dans le domaine de l'immigration légale⁶.

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM(2002)703 final du 03.12.2002.

2 « (...), la poursuite escomptée des flux migratoires internationaux, voire leur accélération, aura des conséquences importantes pour l'Union européenne, mais aussi pour les pays d'origine (notamment ceux en développement). Pour y faire face efficacement, il conviendra de renforcer les politiques ciblées sur les causes profondes des migrations internationales et d'œuvrer, parallèlement, au développement des capacités de gestion des flux migratoires, tant de l'Union européenne que des pays d'origine », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM(2002)703 final du 03.12.2002, sp. 7.

3 « L'évolution positive d'un pays vers le développement peut – dans un premier temps – renforcer les migrations internationales au lieu de les atténuer. En effet, lorsqu'un pays en développement parvient à générer de la croissance économique, une première génération d'hommes et de femmes dynamiques acquiert les moyens et le goût de voyager. Or, dans leur pays, ceux-ci ne trouvent pas encore de perspectives satisfaisantes, les adaptations et les réformes restent incomplètes et le marché de l'emploi n'a pas encore atteint tout son potentiel. Cette situation incite un grand nombre de personnes à tenter leur chance dans un pays industrialisé. Ce phénomène, baptisé « rebond migratoire », s'estompe ultérieurement, lorsque le niveau de développement du pays d'origine aura atteint un plus haut niveau de maturité », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM(2002) 703 final du 03.12.2002, sp. 12.

4 « L'intégration des questions de migration dans l'action extérieure de la Communauté doit respecter la cohérence globale de nos politiques et actions extérieures. Le dialogue et les actions menés avec les pays tiers dans le domaine des migrations doivent faire partie intégrante d'une approche globale adoptée au niveau de l'Union européenne, fondée sur des facteurs d'incitation visant à encourager ces pays à adhérer à de nouvelles disciplines tout en ne pénalisant pas ceux qui ne souhaitent pas emboîter le pas ou qui ne sont pas à même d'y adhérer. Notre approche devra également être modulée en fonction de la situation de chaque pays tiers concerné », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM(2002) 703 final du 03.12.2002, sp. 4-5 (souligné par nous).

5 Le dialogue global sur les flux migratoires s'établit avec neuf pays tiers : le Maroc, la Tunisie, la Libye, la Turquie, l'Albanie, la Serbie-et-Monténégro, l'Ukraine, la Russie et la Chine. Il est à noter que cette liste est quasiment similaire à la celle élaborée par le Conseil visant à instituer des relations avec des pays tiers en matière d'immigration illégale et de réadmission (Albanie, Chine, République fédérale de Yougoslavie, Maroc, Russie, Tunisie, Ukraine, Turquie), voir Conseil justice et affaires intérieures des 28 et 29 novembre 2002, *Doc. 14817/02*, sp. 13.

6 « Tous [les pays tiers] semblent s'accorder sur la nécessité d'une coopération accrue en ce qui concerne la résolution des causes premières de la migration, ainsi que d'une coopération concrète dans des domaines tels que la migration légale, l'immigration illégale et la migration de transit », Document de travail des services de la Commission « Une coopération accrue en matière de gestion des flux migratoires avec les pays tiers. Rapport des services de la Commission sur la mise en œuvre des conclusions du Conseil du

Si la politique visant à améliorer l'incidence des migrations sur le développement des pays tiers se poursuivait¹, les évènements de Ceuta et Melilla de l'automne 2005² ont imposé de modifier l'orientation de la politique extérieure de l'UE. Faisant suite à une réunion informelle du Conseil européen à Hampton Court, la Commission a proposé de mettre en œuvre une véritable coopération politique, juridique et opérationnelle avec certains pays tiers³. Dans ce cadre, toutes les facettes des phénomènes migratoires devaient être prises en compte, de l'immigration légale à l'immigration illégale, en passant par l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres. Validant cette orientation, le Conseil européen de décembre 2005 a présenté en annexe de ses conclusions un programme intitulé « Approche globale sur la question des migrations : priorités d'action sur l'Afrique et la Méditerranée ». Présentant la question migratoire comme un élément essentiel des relations de l'Union européenne avec les pays tiers⁴, les chefs d'Etat et de gouvernement convenaient notamment de « renforcer les capacités afin de mieux gérer les migrations, notamment en maximisant les avantages pour tous les partenaires de l'immigration légale, tout en respectant pleinement les droits de l'homme et le droit de demander l'asile »⁵. Si la lutte contre l'immigration clandestine demeure une priorité de l'action extérieure, elle est désormais assortie d'un volet légal, ce qui constitue un tournant dans la politique extérieure de la Communauté et des Etats membres.

Les réunions successives de Rabat et de Tripoli de juillet et novembre 2006 et de Lisbonne en juin 2007 ont concrétisé cette approche par la mise en œuvre

18 novembre 2002 en ce qui concerne une coopération accrue en matière de gestion des flux migratoires avec les pays tiers », SEC(2003) 815 du 09.07.2003, sp. 4. Dans le même sens, voir HAZAN A., Rapport sur le rapport du Conseil sur les priorités et objectifs de l'UE pour les relations extérieures relatives à la justice et aux affaires intérieures, 21 novembre 2001, A5-0414/2001.

- 1 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Migrations et développement : des orientations concrètes », COM(2005) 390 final du 01.09.2005.
- 2 En septembre 2005, des centaines de migrants ont tenté de franchir en force les frontières des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla afin de gagner l'Europe. Lors de cette tentative, les autorités chargées de la surveillance des frontières ont violemment répliqué tuant et blessant plusieurs migrants.
- 3 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations : première étape du processus de suivi de Hampton Court », COM(2005) 621 du 30.11.2005.
- 4 « Le Conseil européen constate que les questions liées aux migrations sont de plus en plus importantes pour l'UE et ses Etats membres et que les événements survenus récemment ont suscité une inquiétude croissante dans l'opinion publique de certains Etats membres. Il insiste sur la nécessité de mettre en place une approche équilibrée, globale et cohérente, comprenant des politiques destinées à lutter contre l'immigration illégale, et permettant, en coopération avec les pays tiers, de tirer parti des avantages de l'immigration légale. Il rappelle que les questions liées aux migrations constituent un élément essentiel des relations entre l'UE et un grand nombre de pays tiers, y compris, notamment, les régions voisines de l'Union, à savoir les régions situées à l'est et au sud-est ainsi que le bassin méditerranéen, et il note combien il est important de veiller à ce que des ressources financières suffisantes soient affectées à ces politiques. L'UE renforcera son dialogue et sa coopération avec tous ces pays sur les questions liées aux migrations, y compris la gestion des retours, dans un esprit de partenariat et compte tenu des conditions propres à chaque pays concerné », Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005, Conclusions de la présidence, *Doc. 15914/05* du 17 décembre 2005, sp. 3.
- 5 *Doc. 15914/05* du 17 décembre 2005, sp. 10.

d'un partenariat entre l'Europe et l'Afrique sur la migration et le développement. Ce partenariat a ouvert la voie à une action conjointe de l'Afrique et de l'Union européenne au niveau continental, régional et national dans différents domaines allant de la lutte contre l'immigration clandestine à la facilitation des déplacements légaux et à l'élimination des causes profondes des migrations. Cette nouvelle approche de la politique extérieure européenne a été parallèlement défendue à l'occasion du dialogue de haut niveau sur les migrations et le développement organisé par l'Assemblée générale des Nations-Unies en septembre 2006¹.

Dans un contexte politique en profonde mutation, la politique extérieure de l'Union européenne devait aller plus loin que l'articulation entre immigration et développement et déterminer le contenu d'une véritable politique extérieure fondée sur une approche globale.

2. Le contenu de l'approche globale

Au fond, l'approche globale consiste à intégrer la thématique de l'immigration légale dans le dialogue avec les pays tiers en contrepartie d'un engagement de ces derniers dans le domaine de l'immigration irrégulière. Début 2006, la Commission a adopté un programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile². S'inspirant de la logique de l'approche globale, le programme envisageait de couvrir « les principaux domaines d'intervention qui correspondent aux grandes facettes du phénomène migratoire, en particulier, le lien entre migration et développement, les migrations économiques, la prévention de l'immigration illégale et la lutte contre ce phénomène, notamment en encourageant le retour volontaire et la réinsertion des migrants, ainsi que la protection internationale »³. La montée en puissance de l'immigration légale ressortait également d'une communication de la Commission portant sur les priorités et actions en matière de lutte contre l'immigration clandestine⁴.

1 Une communication de la Commission reprend les objectifs et actions que l'Union européenne souhaite mettre en œuvre. La communication souligne l'importance dans le dialogue mondial des thèmes relatifs au partenariat en vue d'un partage des responsabilités, à la gestion des migrations économiques dans l'intérêt mutuel des pays d'origine et des pays de destination, à l'intégration des ressortissants de pays tiers, à la lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans le respect total des droits fondamentaux ainsi que des migrations au bénéfice du développement, Communication de la Commission au Conseil « Contribution à la position de l'Union européenne pour le dialogue de haut niveau des Nations Unies sur les migrations internationales et le développement », COM(2006) 409 final du 14.07.2006.

2 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile », COM(2006) 26 final du 25.01.2006.

3 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile », COM(2006) 26 final du 25.01.2006., sp. 9.

4 « Une politique ferme de prévention et de réduction de l'immigration clandestine pourrait renforcer la crédibilité de règles claires et transparentes de l'UE en matière de migration légale, telles que prévues dans le programme d'action adopté par la Commission. A l'inverse, l'existence de telles règles pourrait en

Fin 2006, la Commission a présenté une communication intitulée « l'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations »¹. Ce document a défini les moyens nécessaires à mettre en œuvre afin que l'approche adoptée par l'Union européenne soit réellement globale. Spécifiquement centrée sur l'Afrique et la région méditerranéenne, la communication a indiqué que l'approche globale devait « être assise » sur trois principes, à savoir la solidarité entre les Etats membres, le partenariat avec les pays tiers et la protection des migrants. Matériellement, la Commission a suggéré d'inclure de nouveaux domaines d'actions, non couverts par l'approche globale initiale de décembre 2005, tels que des mesures relatives aux migrations légales et à l'intégration.

L'immigration légale figure au second rang des priorités à mettre en œuvre. Elle doit être intégrée dans les politiques extérieures et intérieures de l'Union européenne dans la mesure où les migrations peuvent aider à répondre aux besoins des marchés du travail. S'appuyant sur les orientations posées en matière d'immigration légale, la Commission a notamment proposé d'adopter des mesures permettant de rapprocher l'offre et la demande de main d'œuvre par l'échange d'informations, la promotion de la formation professionnelle, des programmes de développement des compétences ou encore des cours de langues dispensés aux ressortissants de pays tiers afin d'accroître leurs chances de trouver un emploi légal dans l'Union. Pour ce faire, la création de centres spécifiques de migration dans les pays tiers partenaires est envisagée. A moyen terme, la Commission a proposé, sous réserve de remplir certaines conditions de coopération en matière d'immigration clandestine et de réadmission, la création de programmes de mobilité permettant aux ressortissants de pays tiers de bénéficier d'un meilleur accès à l'Union européenne. Dans la même logique, une meilleure circulation pourrait être aidée par une politique d'obtention facilitée de visas. Enfin, la Commission a rappelé que la mise en œuvre de ces orientations doit prendre en considération les risques de fuite des cerveaux et s'appuyer sur les enseignements passés, tels que la définition de principes éthiques de recrutement de professionnels venant des pays tiers.

Le lien entre immigration et intégration est également abordé au travers de la mise en œuvre du programme commun pour l'intégration. La Commission a proposé d'établir des instruments permettant une plus large participation des acteurs nationaux et des migrants au travers de plateformes pour l'intégration permettant des échanges de vue réguliers, la consolidation du rôle des autorités locales et la création d'un site web destiné à l'intégration. L'intégration des migrants sur le marché du travail ainsi que l'éducation des enfants issus de l'immigration constituent deux axes de travail importants de la Commission, auxquels doivent s'ajouter la délivrance d'une éducation

elle-même réduire l'immigration clandestine en offrant des perspectives aux personnes qui, dans d'autres circonstances, seraient tentées par l'immigration clandestine », Communication de la Commission sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers, COM(2006) 402 final du 19.07.2006.

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006.

civique axée sur les valeurs européennes fondamentales et l'apprentissage de la langue du pays d'accueil.

Initialement destinée aux pays africains, l'approche globale a été élargie aux régions bordant les frontières Est et Sud-est de l'Union européenne¹. Ainsi, l'approche globale doit progressivement se substituer à la politique européenne de voisinage² qui n'a pas fait de la question migratoire une priorité d'action³. Une communication de la Commission a prévu les conditions de mise en œuvre et d'amélioration de l'approche globale applicable à la Turquie, aux Balkans occidentaux⁴, aux pays partenaires d'Europe orientale⁵, aux pays du Caucase-Sud⁶ ainsi qu'à la Fédération de Russie. En outre, la Commission a souligné qu'un dialogue devrait être entretenu avec d'autres pays tiers situés sur les routes migratoires comprenant les pays partenaires de la politique européenne de voisinage du Moyen-Orient⁷, les pays d'Asie centrale⁸ et d'autres pays asiatiques⁹.

En définitive, la Commission européenne a posé les bases d'une véritable politique extérieure de l'Union européenne. Tant dans son contenu, dans la mesure où l'immigration légale et l'intégration constituent désormais des thématiques totalement intégrées, que dans son étendue puisqu'elle concerne les régions situées au Sud et à l'Est

- 1 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Application de l'approche globale sur la question des migrations aux régions bordant l'Union européenne à l'Est et au Sud-Est », COM(2007) 247 final du 16.05.2007.
- 2 La politique de voisinage se conçoit comme un cadre de relations privilégiées entre l'Union et les pays voisins dépourvus de toute perspective d'adhésion ultérieure. Voir notamment Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'Europe élargie – Voisinage : un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud », COM(2003) 104 du 11.03.2003 ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 15 ; Communication de la Commission « Politique européenne de voisinage. Document d'orientation » COM(2004) 373 final du 12.05.2004. Voir entre autres, NEMYRIA G. « L'Ukraine et l'Europe : l'histoire reprend », *Esprit*, février 2005, pp. 52-64 ; DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 1-95, sp. 85 ; WALLACE W. « Looking after the Neighbourhood : Responsibilities for the EU-25 », Groupement d'études et de recherche Notre Europe, Policy Papers n° 4, juillet 2003, 30 p. ; DENYSYUK V. « Politique de voisinage de l'Union européenne, quelques transformations sur le régime commercial régional en Europe », R.M.U.E. n° 485, février 2005, pp. 101-114.
- 3 Ce que ne dément pas un document de la Commission qui énonce « *Pourraient également figurer au rang des priorités*, la coopération en ce qui concerne les migrations, l'asile et les politiques en matière de visas, les mesures de lutte contre le terrorisme, le crime organisé, le trafic de drogue et d'armes, le blanchiment des capitaux ainsi que la criminalité financière et économique », Communication de la Commission « Politique européenne de voisinage. Document d'orientation », COM(2004) 373 final du 12.05.2004, sp. 18 (souligné par nous).
- 4 Albanie, Bosnie-et-Herzégovine, Croatie, ancienne République yougoslave de Macédoine, Monténégro et Serbie y compris le Kosovo.
- 5 Ukraine, Moldova, Belarus.
- 6 Arménie, Azerbaïdjan et Géorgie.
- 7 Syrie, Jordanie et Liban auxquels s'ajoutaient l'Iran et l'Irak.
- 8 Kazakhstan, Kirghizstan, Tadjikistan, Turkménistan et Ouzbékistan.
- 9 Chine, Inde, Pakistan, Afghanistan, Bangladesh, Sri Lanka, Vietnam, Philippines, Indonésie.

de l'Europe. Si le cadre théorique développé par la Commission et validé par le Pacte européen¹ présente un caractère global et équilibré, les instruments mis en œuvre dans le domaine de l'immigration légale ne permettent pas de confirmer ce mouvement.

B. Les « outils privilégiés » de l'approche globale

Le cadre théorique de l'approche globale impose de trouver les instruments adéquats pour sa mise en œuvre notamment dans le domaine de l'immigration légale². La difficulté réside principalement dans la détermination d'instruments qui permettent d'atteindre les objectifs en tenant compte de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres³. Sur proposition de la Commission⁴, deux « outils privilégiés »⁵ doivent être développés, les partenariats pour la mobilité (1) et les programmes de migration circulaire (2).

1. Les partenariats pour la mobilité

Les partenariats pour la mobilité constituent selon la Commission « le cadre général pour la gestion des déplacements légaux regroupant les possibilités offertes par les États membres et par la Communauté, tout en respectant scrupuleusement le partage des compétences prévu par le traité »⁶. Instrument de la politique extérieure

-
- 1 « (...) le Conseil européen réaffirme son attachement à l'Approche globale des migrations qui a inspiré les conférences euro-africaines de Rabat et Tripoli en 2006 et le sommet euro-africain de Lisbonne en 2007. Il est convaincu que cette approche qui traite à la fois de l'organisation de la migration légale, de la lutte contre l'immigration irrégulière et des synergies entre les migrations et le développement au bénéfice de tous les pays concernés et des migrants eux-mêmes, est une approche très pertinente à l'est comme au sud. La migration doit devenir une composante importante des relations extérieures des États membres et de l'Union, ce qui suppose de prendre en compte, dans les relations avec chaque pays tiers, la qualité du dialogue existant avec lui sur les questions migratoires », Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08*, du 24 septembre 2008, sp. 13.
 - 2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'Approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006, sp. 7-9.
 - 3 « tout en respectant les compétences des États membres dans ce domaine, on examinera comment les possibilités de migration légale peuvent être intégrées dans les politiques extérieures de l'UE, afin d'instaurer avec les pays tiers un partenariat équilibré qui soit adapté aux besoins spécifiques du marché du travail des États membres de l'UE ; les moyens de favoriser la migration circulaire et temporaire seront examinés ; la Commission est invitée à présenter, d'ici juin 2007, des propositions détaillées sur la manière d'améliorer l'organisation des différentes formes de circulation légale entre l'UE et les pays tiers ainsi que la diffusion des informations nécessaires à ce sujet », Conseil européen des 14 et 15 décembre 2006, conclusions de la présidence, *Doc. 16879/1/06* du 12 février 2007, sp. 9.
 - 4 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007.
 - 5 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 15.
 - 6 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'Approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006, sp. 8.

en matière migratoire, ces partenariats revêtent une forme singulière, poursuivent un objectif déterminé et sont dotés d'un contenu minimal.

Les partenariats pour la mobilité ne constituent pas des accords juridiquement contraignants¹. Le choix d'opter pour un partenariat plutôt qu'un accord résulte de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Ayant pour objectif de faciliter l'immigration légale, de développer une coopération sur la migration et le développement et de prévenir et combattre l'immigration clandestine, la conclusion d'un accord juridiquement contraignant impliquerait la participation de la Communauté pour les domaines relevant de sa compétence et celle des Etats membres pour les matières relevant de l'immigration légale. En d'autres termes cela nécessiterait la conclusion d'un accord mixte. Or, la mise en œuvre d'un tel accord impose des délais de négociation et de ratification longs qui ne peuvent satisfaire à l'impératif de développer une nouvelle politique extérieure vis-à-vis des pays tiers. En second lieu, ce type de dispositif assure une flexibilité importante tant en ce qui concerne le contenu de l'accord négocié que des parties appelées à y participer. En effet, les Etats membres participent aux partenariats pour la mobilité sur une base volontaire. Ainsi, les partenariats pour la mobilité conclus par l'Union européenne avec le Cap-Vert et la Moldavie démontrent que les Etats membres décident de participer à l'un ou à l'autre des partenariats selon leurs intérêts².

Concernant les objectifs poursuivis, la dénomination des accords ne doit pas tromper. En effet, la mobilité est négociée en fonction « des engagements que le pays tiers est disposé à prendre en ce qui concerne les moyens d'action pour lutter contre les migrations clandestines et faciliter la réinsertion des rapatriés, y compris les efforts entrepris pour leur offrir des perspectives d'emploi »³. Autrement dit, la coopération des pays tiers en matière de réadmission, de gestion des frontières extérieures et de sécurisation des documents de voyage ou d'échange d'informations⁴ conditionne l'ouverture de possibilités d'immigration légale offertes par les Etats membres. Dans ce

1 Ils sont formalisés par une déclaration commune. Cette dernière indique « Les dispositions de la présente déclaration commune ne sont pas conçues aux fins de créer des droits ou obligations en vertu du droit international », voir par exemple Déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et le Cap-Vert, *Doc. 9460/08 ADD 2* du 21 mai 2008, sp. 7.

2 15 Etats membres (Bulgarie, Chypre, République tchèque, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Italie, Lituanie, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède) ont accepté de participer au partenariat pour la mobilité avec la Moldavie alors que quatre Etats membres (Espagne, France, Luxembourg et Portugal) ont participé au partenariat pour la mobilité signé avec le Cap-Vert. Voir respectivement, Déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et la République de Moldavie, *Doc. 9460/08 ADD 1* du 21 mai 2008 ; Déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et le Cap-Vert, *Doc. 9460/08 ADD 2* du 21 mai 2008.

3 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007, sp. 4.

4 Un chapitre des déclarations communes sur le partenariat pour la mobilité est intitulé « Gestion des frontières, documents d'identité et de voyage, lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains ».

contexte, ces partenariats portent davantage sur la gestion des flux migratoires que sur la mobilité *stricto sensu*¹.

En ce qui concerne les mesures visant à assurer la mobilité, elles sont minimales et n'imposent aucune obligation aux Etats membres participants. Ainsi, au titre de l'immigration légale, les partenariats avec le Cap-Vert ou la Moldavie prévoient d'informer les migrants potentiels sur les possibilités d'immigration légale dans l'Union européenne et d'emploi dans les Etats membres. Le partenariat avec le Cap-Vert souligne que les possibilités d'emploi dans les Etats membres tiennent compte de la situation des marchés nationaux de l'emploi. Les partenariats doivent par ailleurs s'efforcer de promouvoir la formation et les mesures d'appui avant le départ pour les travailleurs temporaires et encourager ou étudier la possibilité de migrations circulaires des travailleurs. Ils doivent également améliorer la protection sociale des migrants en situation régulière, c'est-à-dire concerner les ressortissants de pays tiers séjournant déjà sur le territoire des Etats membres. Autrement dit, le partenariat pour la mobilité constitue un cadre de dialogue sur des thèmes déterminés. Il appartient ensuite aux Etats membres et à la Communauté, en fonction de leurs compétences, d'offrir au partenaire des opportunités d'immigration légale soit au titre d'une activité économique² soit sous la forme de facilitation de la délivrance de visas de court séjour³. En fin de compte, la mobilité est entendue de manière limitée.

Au final, les partenariats n'ont de mobilité que le nom. En effet, l'action en matière de gestion des flux migratoires exercée par les pays tiers conditionne le bénéfice d'un accès limité à l'Union européenne. De sorte, que ces partenariats sont davantage

1 Ce que reconnaît du reste la Commission lorsqu'elle indique « Il convient aussi de mettre en évidence les partenariats-pilotes pour la mobilité, (...) car ils établissent un cadre global pour la gestion des migrations avec un pays tiers », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Renforcer l'approche globale de la question des migrations : accroître la coordination, la cohérence et les synergies », COM(2008) 611 final du 08.10.2008, sp. 4.

2 Les opportunités peuvent se présenter sous la forme d'offres groupées d'un ou de plusieurs Etats membres de faciliter l'accès au marché de l'emploi sous forme de quotas d'emplois réservés ou d'un traitement privilégié des ressortissants de pays tiers pour ce qui concerne les conditions d'admission de certaines catégories de migrants. Ainsi, l'annexe du partenariat pour la mobilité avec la Moldavie indique « L'Italie propose de poursuivre la mise en œuvre de son projet de soutien aux candidats souhaitant entrer dans le marché du travail italien et promouvra dans ce cadre, à l'intention des citoyens moldaves, des projets spécifiques à certains secteurs. La Suède propose de mettre en place un projet pilote de diffusion d'informations, en République de Moldavie, sur le recrutement de travailleurs provenant de pays tiers prévu dans le cadre de la réforme prochaine du régime en vigueur en Suède en matière de migrations de main-d'œuvre. La Pologne propose une admission sur le marché du travail temporaire polonais sans obligation d'obtenir un permis de travail », Déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et la République de Moldavie, Doc. 9460/08 ADD 1 du 21 mai 2008, sp. 12.

3 Cela concerne par exemple la proposition par la Commission européenne de soumettre au Conseil de l'Union européenne une recommandation en vue de l'obtention de directives de négociations pour un accord de facilitation en matière de délivrance de visas de court séjour. Voir à ce titre Déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et le Cap-Vert, Doc. 9460/08 ADD 2 du 21 mai 2008, sp. 10.

des « partenariats de migration »¹ que des partenariats pour la mobilité comme la présidence tchèque de l'Union européenne les a, à juste titre, rebaptisés.

Si les déclarations communes permettent de déterminer le contenu des partenariats pour la mobilité, la migration circulaire, composante de ces partenariats, demeure encore largement incertaine.

2. La migration circulaire

Le partenariat pour la mobilité a pour objectif de faciliter l'immigration légale et notamment la migration circulaire et temporaire². Le concept de migration circulaire est devenu un élément central de la politique européenne³ au point que la Commission considère qu'il « peut contribuer sensiblement à l'émergence d'une politique de l'UE dans le domaine de l'immigration économique »⁴. Cependant, la définition de la migration circulaire, qui consiste en « une forme de migration gérée de façon à permettre un certain degré de mobilité licite, dans les deux sens, entre deux pays »⁵, ne permet pas de déterminer exactement quel en est le contenu. Deux critères peuvent toutefois permettre de circonscrire le contenu de la migration circulaire. Le premier critère relève de la durée du séjour accordé aux ressortissants de pays tiers. Plusieurs solutions sont envisageables et sont régies par des règles différentes ce qui pose la question de l'articulation de ce critère avec d'autres formes de mobilité. Si la migration circulaire est envisagée pour une période inférieure ou égale à trois mois, elle s'apparente alors au principe de circulation que le dispositif Schengen encadre⁶. Si la migration circulaire dure plus de trois mois mais est inférieure à neuf, il s'agit alors de migration saisonnière que le droit communautaire a pour objectif d'encadrer⁷. Enfin, la migration circulaire peut être d'une durée supérieure à neuf mois et relève dans ce cas principalement du

1 Comme l'a souligné Constança URBANO DE SOUZA, lors du congrès européen organisé par le réseau Odyssée, « La dimension externe de la politique d'immigration et d'asile de l'UE », 3 et 4 avril 2009.

2 Déclaration commune sur un partenariat pour la mobilité entre l'Union européenne et le Cap-Vert, *Doc. 9460/08 ADD 2* du 21 mai 2008, sp. 2.

3 Voir également les travaux engagés dans le cadre de la Commission mondiale sur les migrations internationales des Nations unies, « Forum mondial sur la migration et le développement », Rapport de la première réunion du Forum mondial sur la migration et le développement, Belgique du 9 au 11 juillet 2007, BRUYLANT, Bruxelles, 2008.

4 Communication de la Commission « Programme d'action relatif à l'immigration légale », COM(2005) 669 final du 21.12.2005, sp. 12.

5 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007, sp. 9.

6 Voir notamment les propositions en matière de visas présentées par la Commission, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Renforcer l'approche globale de la question des migrations : accroître la coordination, la cohérence et les synergies », COM(2008) 611 final du 08.10.2008, sp. 4.

7 Communication de la Commission « Programme d'action relatif à l'immigration légale », COM(2005) 669 final du 21.12.2005, sp. 8.

droit national, sauf si cette migration concerne les travailleurs hautement qualifiés¹. Le second critère est d'ordre matériel et concerne des catégories de personnes déterminées ayant vocation à séjourner de manière temporaire dans les Etats membres. Cela peut concerner les personnes souhaitant exercer un emploi saisonnier, les étudiants, les stagiaires souhaitant acquérir une expérience professionnelle difficile à acquérir chez eux, les chercheurs, les personnes souhaitant participer à des échanges interculturels et interpersonnels ou encore les volontaires². Seulement, dans ces derniers cas de figure, et hormis le cas des travailleurs saisonniers, l'élément de circularité fait défaut. En effet, rien n'indique par exemple que l'étudiant, le stagiaire ou le chercheur souhaite faire de manière régulière des rotations entre le pays d'origine et un ou plusieurs Etats membres.

Si certaines personnes couvertes par les dispositions communautaires existantes³ ou à venir⁴ peuvent entrer dans le champ de la migration circulaire, le concept demeure pour l'instant imprécis. Un approfondissement du régime et du cadre de mise en œuvre de la migration circulaire s'impose⁵. Il implique notamment un encadrement de la notion de circularité *stricto sensu* dont seuls les travailleurs saisonniers semblent actuellement remplir la définition.

En fin de compte, la migration circulaire peut prendre plusieurs formes et mobiliser la compétence de plusieurs acteurs. Cela dit, et compte tenu du caractère économique de cette forme de migration⁶, elle doit avant tout être mise en œuvre par les Etats

-
- 1 Proposition de directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM(2007) 637 final du 23.10.2007.
 - 2 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007, sp. 10.
 - 3 Il s'agit en particulier des directives relatives aux étudiants et aux chercheurs. Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérées et de volontariat, JO L 375/12 du 23.12.2004 ; Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289/15 du 03.11.2005.
 - 4 Voir le programme d'action de la Commission, Communication de la Commission « Programme d'action relatif à l'immigration légale », COM(2005) 669 final du 21.12.2005.
 - 5 Si bien que la Commission indique qu'une consultation plus poussée est nécessaire, « En vue de la définition de la notion de migration circulaire et de son application concrète, la Commission envisage dans un premier temps de lancer une consultation, sur la base de la présente communication, afin de recueillir les avis et les expériences d'autres institutions communautaires, des États membres et des acteurs concernés. Cette consultation pourrait durer au moins trois mois. Il n'est pas exclu que les questions à examiner relèvent de domaines de compétence communautaire et appellent une modification de la législation communautaire relative à l'admission de certaines catégories de migrants. Elles pourraient également toucher à des domaines relevant de la compétence nationale, par exemple s'agissant de la prise des décisions relatives à l'admission d'immigrants individuels », Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007, sp. 14-15.
 - 6 La migration circulaire constitue « une forme-clé de migration qui, si elle est bien gérée, peut aider à réaliser l'adéquation entre l'offre et la demande de main-d'œuvre au niveau international, et contribuer à une répartition plus efficace des ressources disponibles et à la croissance économique », Communication

membres. Ce qu'indiquent les déclarations communes sur les partenariats pour la mobilité dans la mesure où les propositions en matière de migration circulaire sont proposées par les Etats membres.

Malgré toutes les qualités que peut revêtir la migration circulaire, tant du point de vue des bénéficiaires – migrants, pays d'origine et Etats membres – que de ces effets sur l'immigration clandestine¹, son contenu doit être précisé afin de pouvoir déterminer ses modalités de mise en œuvre.

L'approche globale et l'introduction de l'immigration de travail transforment la politique extérieure de la Communauté et des Etats membres² et ouvrent des possibilités nouvelles de dialogue avec les pays tiers. En revanche, elle dévoile la difficile mise en œuvre d'une véritable politique extérieure européenne dans la mesure où la négociation des éléments relatifs à l'immigration de travail relève de la compétence des Etats membres. Aussi les solutions développées ne sont pas satisfaisantes. D'une part, elles n'assurent pas la participation de tous les Etats membres. D'autre part, le caractère non contraignant des déclarations communes ne permet pas d'évaluer *a priori* l'étendue des engagements et partant leur efficacité à moyen ou long terme. Quoi qu'il en soit, le développement d'une nouvelle forme de mobilité en matière d'immigration légale et de travail doit être considéré comme une démarche importante, si ce n'est indispensable. En effet, comme le souligne un auteur « L'Etat du XXI^{ème} siècle, lui, devra réguler l'immigration plutôt que de rechercher à la « contrôler » avec des instruments rigides et inadaptes. Il devra s'habituer à gérer les droits et les statuts de nationaux à l'étranger

de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007, sp. 8.

- 1 Dans la mesure où la migration circulaire constitue « une alternative crédible à l'immigration clandestine », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM(2007) 248 final du 16.05.2007, sp. 8.
- 2 « L'approche globale reflète la profonde transformation qu'a subie la dimension extérieure de la politique européenne en matière de migrations au cours des dernières années, à savoir le passage d'une approche principalement centrée sur la sécurité, s'attachant à réduire les pressions migratoires, à une approche plus transparente et plus équilibrée, guidée par une meilleure compréhension de tous les aspects des migrations, améliorant les mesures d'accompagnement destinées à gérer les flux migratoires, faisant des migrations et de la mobilité des forces positives pour le développement, et accordant une plus grande considération à certains aspects du travail décent dans les politiques afin de mieux gérer les migrations économiques », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Renforcer l'approche globale de la question des migrations : accroître la coordination, la cohérence et les synergies », COM(2008) 611 final du 08.10.2008, sp. 3.

et d'étrangers sur son territoire, bref – aux côtés d'une immigration sédentarisée – de migrants en mouvement »¹.

L'absence d'harmonisation globale de l'immigration économique résulte de l'hétérogénéité des situations et politiques nationales dans ce domaine. Tout d'abord, la courbe de natalité n'étant pas similaire d'un Etat membre à l'autre, les besoins en termes d'immigration de « remplacement »² sont différents. En second lieu, l'équilibre entre immigration familiale et immigration économique dépend des traditions migratoires des Etats membres et exerce une incidence sur le marché du travail. Une forte immigration familiale produira des effets sur le marché du travail, rendant la nécessité d'une immigration à caractère économique moins prégnante. Ainsi, les politiques nationales exercent une influence sur les flux migratoires et la nature des migrations³. La résistance des Etats membres et la cohérence du système, notamment au regard du principe de subsidiarité, réclament dès lors qu'une grande partie de la politique d'immigration de travail soit encore déterminée par les Etats membres⁴. Dans ce contexte, l'intervention de la Communauté ne peut s'envisager que de manière minimale et dans des domaines spécifiques recueillant l'accord de l'ensemble des Etats membres. Comme en témoigne l'accord des Etats membres sur la directive relative aux travailleurs hautement qualifiés⁵.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La politique européenne d'immigration présente un fort déséquilibre en termes d'harmonisation législative. A l'action normative intense menée dans le domaine de la gestion des frontières extérieures et de la lutte contre l'immigration irrégulière s'oppose une harmonisation minimale des règles relatives à l'immigration légale. Plusieurs éléments expliquent cette situation. Tout d'abord, une grande partie du

1 WEIL P. « La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations », Seuil, Paris, Coll. La République des Idées, 2005, 109 p., sp. 46.

2 Voir à ce sujet le rapport de l'ONU, « Replacement Migration : Is it a Solution to Declining and Ageing Populations ? », Population Division, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Secretariat, 2000, ESA/P/WP. 160.

3 Pour un large aperçu de l'influence des situations nationales sur les flux migratoires, voir notamment WEIL P. « La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations », Seuil, Paris, Coll. La République des Idées, 2005, 109 p., sp. 22-27.

4 Ce que reconnaît l'article 79, paragraphe 5, du TFUE qui indiquait « Le présent article n'affecte pas le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, en provenance de pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié ».

5 Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155/17 du 18.06.2009.

dispositif sécuritaire a déjà été harmonisée par la convention de Schengen¹. Ensuite, la volonté de développer l'action opérationnelle en matière de gestion des frontières extérieures et de lutte contre l'immigration irrégulière a imposé un approfondissement de l'harmonisation législative. Concernant l'immigration légale, la situation est symétriquement opposée. Les Etats membres n'ont pas souhaité intervenir dans ce domaine qu'ils n'avaient d'ailleurs jamais abordé en commun au préalable. En conséquence, si la Communauté est intervenue dans ce domaine, principalement au titre du regroupement familial ou des résidents de longue durée, cela n'a été qu'à la condition que les Etats membres conservent d'importantes marges de manœuvre dans la mise en œuvre du droit communautaire. En outre, la question relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers aux fins de l'exercice d'une activité économique a été préservée de toute emprise communautaire globale au profit d'une approche minimale et sectorielle. Ce déséquilibre dans l'action normative communautaire s'est parallèlement manifesté sur le plan externe. Ainsi, la politique extérieure s'est organisée autour des compétences détenues par la Communauté et de celles conservées par les Etats membres et a finalement imposé de développer des solutions alternatives à l'engagement juridique telles que la création de « partenariats pour la mobilité ». Or, cette option ne constitue pas une garantie d'efficacité, ne promeut pas l'unité d'action entre les Etats membres et ne permet pas le développement d'une véritable politique extérieure globale en matière migratoire.

Si la politique d'immigration présente une harmonisation incomplète, compte tenu des facteurs et impératifs qui l'animent, la politique d'asile présente de son côté une harmonisation inachevée.

1 « Dès lors que l'acquis de Schengen sera intégré dans le cadre de l'Union européenne, les objectifs de la Communauté énoncés dans tout l'article 62 du traité CE, et, dans une large mesure, ceux énoncés à l'article 63, point 3, sous b), du traité CE, dans les versions du traité d'Amsterdam auront largement été réalisés (...) », Plan d'Action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 19/1 du 23.01.1999, point 26.

Chapitre 2

L'harmonisation inachevée de la politique d'asile

Si le marché intérieur prônait une coordination des règles relatives à l'asile applicables dans les Etats membres¹, la coopération de Schengen et celle de Maastricht n'ont eu qu'un apport limité dans ce domaine. Le traité d'Amsterdam a modifié la donne en attribuant une compétence à la Communauté pour adopter des « mesures » relatives à l'asile. Cette compétence est toutefois encadrée. D'une part, le traité dresse la liste des mesures ou « normes minimales » qui doivent être adoptées. D'autre part, il indique que les mesures doivent être conformes à « la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi qu'aux autres traités pertinents »². Autrement dit le droit communautaire doit être adopté conformément à des textes antérieurs et extérieurs au traité³. Ce dispositif constitue le cadre de l'action à mettre en œuvre mais ne détermine pas le contenu du projet politique. Classiquement, il est revenu au Conseil européen de Tampere de

1 Voir notamment le document de Palma, « The Palma Document. Free Movement of Persons. A Report to the European Council by the Coordinators' Group (Madrid, June 1989) in BUNYAN T. (edited by) « Key Texts on Justice and Home Affairs in the European Union », Volume 1 (1976-1993), Statewatch publication, 1997, 143 p., sp. 12-16. Voir par ailleurs, VAN SELM J. « European Refugee policy : is there such a thing ? », UNHCR Working Paper n° 115, may 2005, 26 p., sp. 12.

2 Article 63, paragraphe 1^{er}, du traité CE. Ce que le Conseil européen de Tampere avait rappelé avec force lorsqu'il énonçait « il est convenu de travailler à la mise en place d'un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et d'assurer ainsi que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté, c'est-à-dire de maintenir le principe de non-refoulement », Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 9, paragraphe 13.

3 Cette antériorité avait du reste ouvert la question de la pertinence du dispositif. Ainsi, l'Autriche, à l'occasion de la présidence tournante de l'Union européenne en 1998, a proposé d'abroger la Convention de 1951 et de « remplacer le système de la Convention par un nouveau système propre à l'Union européenne, fondé non pas sur un droit légal individuel mais sur des considérations politiques », voir BOUTEILLET-PAQUET D. « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, Paris, 2001, 396 p., sp. 247.

définir les objectifs de la politique européenne d'asile. Cette dernière doit permettre l'établissement d'un « régime d'asile européen commun »¹, c'est-à-dire la mise en place d'une « procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile »². La réalisation d'un tel objectif impose d'atteindre un niveau d'harmonisation important des législations nationales. Or, un écart s'est creusé entre le projet politique et les réalisations juridiques. Dans un contexte d'instrumentalisation de la procédure d'asile à des fins migratoires³, la première phase de mise en œuvre de la politique européenne a consisté à adopter des mesures peu harmonisatrices, limitant ainsi la contrainte sur les systèmes juridiques nationaux (Section 1). Ce constat a imposé de repenser l'action communautaire, tant sur le plan interne que sur le plan externe, afin de permettre à la Communauté de mettre en œuvre le régime d'asile européen commun (Section 2).

SECTION 1. UNE ACTION COMMUNAUTAIRE LIMITÉE

La production normative de la Communauté en matière d'asile poursuit deux logiques complémentaires. La première, en application des dispositions du traité et des conclusions de Tampere, impose d'adopter une législation en conformité avec la Convention de Genève sur le statut des réfugiés et les instruments de protection des droits fondamentaux. En conséquence, l'action communautaire vise à communautariser les obligations découlant du cadre conventionnel (Sous-section 1). La seconde logique repose sur la spécificité de la construction européenne. En effet, des règles complémentaires doivent être adoptées afin d'adapter le régime de protection à l'espace de libre circulation des personnes (Sous-section 2). Au fond, l'élaboration de

1 Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 9, paragraphe 14.

2 Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 9, paragraphe 15.

3 Comme l'évoque le Professeur JULIEN-LAFERRIERE « Depuis le milieu des années 70, les Etats européens ayant fermé leurs frontières à l'immigration économique, les seuls modes d'accès à leurs territoires ont été, soit le regroupement familial, soit la demande d'asile », JULIEN-LAFERRIERE F. « Le statut des personnes protégées » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 195-219, sp. 195. Constat qu'a repris la Commission européenne, « Néanmoins, la crise du système d'asile est de plus en plus évidente dans un certain nombre d'Etats membres et un malaise grandissant est ressenti par l'opinion publique. On observe une utilisation abusive des procédures d'asile et un gonflement des flux mixtes, souvent entretenus par le trafic et la traite des êtres humains et composés à la fois de personnes ayant légitimement besoin d'une protection internationale et des migrants utilisant les voies et les procédures d'asile pour accéder au territoire des Etats membres, à la recherche d'une amélioration de leur situation économique. Ainsi, les taux de décisions négatives après examen de tous les besoins de protection internationale demeurent importants », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique européenne d'asile et l'Agenda pour la protection, COM(2003) 152 final du 26.03.2003, sp. 3.

la politique européenne d'asile se situe au confluent des exigences internationales et de la singularité de l'espace politique et juridique en construction.

SOUS-SECTION 1. LES OBLIGATIONS INDUITES PAR LE CADRE CONVENTIONNEL

L'article 63, point 1) du traité CE indique que les mesures relatives à l'asile doivent être conformes à la Convention de Genève et aux autres traités pertinents. Le Conseil européen de Tampere souligne que l'établissement d'un régime d'asile européen commun doit être fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et maintenir le principe de non refoulement. Si l'action de la Communauté doit s'exercer en conformité et être fondée sur la Convention de 1951, ce texte ne constitue pas le seul instrument de référence. En effet, l'obligation de non-refoulement inscrite dans la Convention de 1951 est également protégée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, le respect du principe de non-refoulement implique au préalable de déterminer quelles sont les personnes qui doivent en bénéficier et quelles sont les procédures qui doivent être mises en œuvre. En conséquence, le droit communautaire de l'asile vise à harmoniser les règles relatives à la définition des personnes devant être protégées, objectif poursuivi par la directive « qualification » (I), et les procédures qui leurs sont applicables sur le fondement d'une directive communément appelée « la directive procédures » (II).

I. LA DIRECTIVE « QUALIFICATION »

L'un des enjeux de l'action communautaire est d'atteindre un niveau d'harmonisation suffisamment élevé pour qu'un demandeur d'asile puisse être raisonnablement certain que, quelque soit l'Etat membre auquel il s'adresse, il puisse bénéficier « de chances équivalentes d'obtenir une protection appropriée »¹. La directive relative aux conditions que doivent remplir les ressortissants de 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 relative au contenu de ces statuts², autrement appelée directive « qualification », remplit cet objectif. En effet, la directive procède

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile », COM(2000) 755 final du 22.11.2000.

2 Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de 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 relative au contenu de ces statuts, JO L 304/12 du 30.09.2004.

à une harmonisation importante des formes de protection que les Etats membres doivent accorder aux ressortissants de pays tiers (A). En revanche, le texte maintient une différence de statuts entre les différentes formes de protection prévues par le droit communautaire (B).

A. L'harmonisation des formes de protection

Si la conformité du droit communautaire à la Convention de Genève impose d'harmoniser la définition du « réfugié » (1), l'obligation de conformité aux « autres instruments pertinents » offre l'occasion à la Communauté de consacrer et d'harmoniser la définition de la protection subsidiaire (2). Fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la consécration en droit communautaire de la protection subsidiaire, comme forme de protection complémentaire à la protection conventionnelle, constitue une réelle avancée à mettre à l'actif de la directive 2004/83/CE.

1. Une définition harmonisée du réfugié

Les Etats membres avaient tenté d'harmoniser la définition du terme de réfugié par l'intermédiaire d'une position commune adoptée sur le fondement de l'article K.3 du traité de Maastricht¹. L'absence de caractère contraignant du texte² rendait toutefois la portée de l'harmonisation très relative. Si les Etats membres de l'Union européenne s'accordaient sur « le facteur déterminant pour accorder le statut de réfugié », qui revenait à consacrer la définition contenue dans l'article 1^{er} A de la convention de Genève, des divergences de fond perduraient notamment sur la question de l'agent de persécution³. Sur ce point, la position commune consacrait « un accord sur un désaccord »⁴ de sorte

1 Position commune (96/196/JAI) du 4 mars 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme de réfugié au sens de l'article 1^{er} de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, JO L 63/2 du 13.03.1996.

2 « La présente position commune est adoptée dans les limites des pouvoirs constitutionnels des gouvernements des Etats membres ; elle ne lie pas les organes législatifs et n'affecte pas les décisions des autorités judiciaires des Etats membres ».

3 Voir par exemple, BOUTEILLET-PAQUET D. « Protection subsidiaire : progrès ou recul du droit d'asile en Europe ? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne ? » *in* BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 153-210, sp. 176-179.

4 BOUTEILLET-PAQUET D. « Evaluation de la proposition de directive européenne sur la notion de réfugié et la protection subsidiaire du point de vue de l'expérience des Etats membres » *in* BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 79-94, sp. 79.

que l'article 5, point 2 du texte procédait à un renvoi au dispositif juridique et jurisprudentiel national¹.

La directive 2004/83/CE réalise une codification importante de la définition du réfugié. En premier lieu, si elle pose en son article 2, point c), une définition du « réfugié » en reprenant les critères dégagés par la Convention de Genève², elle encadre des notions utilisées aux fins de la détermination de la qualité de réfugié, tels que les actes de persécution³ ou bien les motifs de la persécution⁴. Ensuite, la directive met un terme aux divergences nationales au sujet des persécutions perpétrées par des agents non étatiques. L'article 6, point c) de la directive énonce que « [Les acteurs des persécutions ou des atteintes graves peuvent être :] des acteurs non étatiques (...) ». En dépit de signes d'assouplissements envoyés par certaines juridictions nationales⁵, cette avancée est majeure puisqu'elle contribue à une réelle harmonisation des critères appliqués par les Etats membres et procède à une élévation du niveau de protection de même qu'à un élargissement de l'interprétation de la Convention de Genève. Enfin, l'introduction dans la définition de groupe social des personnes qui ont « pour caractéristique commune une orientation sexuelle »⁶ témoigne d'une ouverture du droit à reconnaître la protection des personnes socialement vulnérables du fait de leurs pratiques et orientations sexuelles, tels les homosexuels faisant l'objet de persécutions dans certains pays.

La directive réalise une harmonisation significative de la définition du réfugié⁷, l'interprétation des agents de persécution en constituant un élément substantiel⁸.

1 « Lorsque les pouvoirs publics restent inactifs, ces persécutions doivent donner lieu à un examen particulier de chaque demande du statut de réfugié, conforme aux jurisprudences nationales, au regard notamment du caractère volontaire ou non de l'inaction constatée. Les personnes concernées pourront être éligibles en tout état de cause à des formes appropriées de protection conformes au droit national ».

2 Au terme de l'article 2, point c), de la directive, doit être considéré comme réfugié « tout ressortissant d'un pays tiers qui, parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ou tout apatride qui, se trouvant pour les raisons susmentionnées hors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut y retourner (...) ».

3 Article 9 de la directive 2004/83/CE.

4 Article 10 de la directive 2004/83/CE.

5 BOUTEILLET-PAQUET D. « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, Paris, 2001, 396 p., sp. 242-246 ; BOUTEILLET-PAQUET D. « Evaluation de la proposition de directive européenne sur la notion de réfugié et la protection subsidiaire du point de vue de l'expérience des Etats membres » *in* BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 79-94, sp. 82-84.

6 Article 10, point d), de la directive 2004/83/CE.

7 En ce qui concerne les clauses de cessation et d'exclusion, la directive 2008/83/CE reprend les critères formulés par la Convention de Genève. Voir notamment les articles 11 et 12 de la directive 2008/83/CE.

8 Pour une analyse de l'ensemble du texte, CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322.

2. La consécration de la protection subsidiaire

Passée sous silence par le traité d'Amsterdam¹ mais annoncée par les conclusions de Tampere², la consécration de la protection subsidiaire constitue un réel progrès de la protection dans l'Union européenne. En effet, la tendance croissante des Etats membres à écarter la protection conventionnelle au profit de régimes de protection subsidiaire³ imposait une réaction afin de conserver la primauté de la Convention de Genève dans le système de protection internationale. La directive 2004/83/CE atteint cet objectif en rationalisant les règles nationales et en reconnaissant le caractère complémentaire de la protection subsidiaire⁴.

La rationalisation tient principalement au fait que la protection subsidiaire est reconnue dans les Etats membres par référence à la convention européenne des droits de l'homme. En effet, l'article 2⁵, l'article 1^{er} du 6^{ème} protocole⁶ et l'article 3⁷ de la Convention européenne des droits de l'homme ont permis une application jurisprudentielle du principe de non refoulement aux personnes ne bénéficiant pas du statut de réfugié⁸. Par référence à ces dispositions, l'article 15 de la directive

1 L'article 63, point 2, a) avait néanmoins laissé des zones d'ombres, notamment sur la question d'un lien entre la protection subsidiaire et la protection temporaire à l'occasion de la mise en œuvre de la compétence. Sur ce point, voir notamment VESTED-HANSEN J. « Assessment of the Proposal for an EC Directive on the Notion of Refugee and Subsidiary Protection from the Perspective of International Law » in BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 57-78, sp. 59-61.

2 Le Conseil européen de Tampere indique que l'action communautaire « devait aussi être complét[e] par des mesures relatives à des formes subsidiaires de protection offrant un statut approprié à toute personne nécessitant une telle protection », Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 9, paragraphe 14.

3 Voir la synthèse de BOUTEILLET-PAQUET D. réalisée dans le cadre d'une étude de droit comparé réalisée par le réseau ODYSSEUS, BOUTEILLET-PAQUET D. « Protection subsidiaire : progrès ou recul du droit d'asile en Europe ? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne ? » in BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 153-210.

4 « La protection subsidiaire devrait compléter la protection des réfugiés consacrée par la convention de Genève », point 24 du préambule, directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de 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 relative au contenu de ces statuts, JO L 304/12 du 30.09.2004.

5 Article 2, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ».

6 Article 1^{er}, Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ».

7 Article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

8 Voir, BOUTEILLET-PAQUET D. « Protection subsidiaire : progrès ou recul du droit d'asile en Europe ? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne ? » in BOUTEILLET-

2004/83/CE prévoit que les Etats membres octroient la protection subsidiaire à la personne qui ne peut être reconnue comme réfugié mais qui, si elle est renvoyée dans son pays d'origine ou de résidence habituelle, court un risque réel de peine de mort ou d'exécution¹ ou de torture ou de traitements inhumains ou dégradants². Dans ce contexte, la directive procède davantage à une harmonisation des règles et pratiques nationales qu'à une innovation. Cette dernière relève de l'article 15 c) qui prévoit que la protection subsidiaire est accordée à la personne qui risque « des menaces graves et individuelles, contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international »³. Cette disposition est pour le moins « ambiguë »⁴, dans la mesure où il semble difficile de considérer que la menace puisse être individuelle dans un contexte de violence aveugle. Plusieurs interprétations du texte ont été avancées⁵ avant que la Cour de justice ne vienne clarifier le sens de l'article 15 c) de la directive 2004/83/CE⁶ et « concilier ce qui semble à première vue inconciliable »⁷. La Cour indique que « le terme « individuelles » doit être compris comme couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité, lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours, (...), atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant, dans la région concernée courrait du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir des menaces graves visées par l'article

PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 153-210, sp. 173.

- 1 Article 15, point a) de la directive 2004/83/CE.
- 2 Article 15, point b) de la directive 2004/83/CE.
- 3 Article 15, point c) de la directive 2004/83/CE tel que rédigé après rectification, voir Rectificatif à la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de 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 relative au contenu de ces statuts, JO L 204/24 du 05.08.2005.
- 4 CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 303.
- 5 Voir, SPIJKERBOER T. « Full Circle ? The Personal Scope of International Protection in the Geneva Convention and the Draft Directive on Qualification » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 167-181, sp. 180 ; CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 302 ; BATTJES H. & SPIJKERBOER T. « The Systematic Nature of the Common European Asylum System » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 263-277, sp. 270.
- 6 CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, non publié.
- 7 Conclusions de l'avocat général Poiares MADURO dans l'affaire C-465/07, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie*, point 31, non publiées.

15 c) de la directive »¹. La Cour précise, par renvoi au préambule, que la situation dans le pays d'origine doit être « exceptionnelle » par opposition aux risques auxquels « la population est généralement exposée ». En d'autres termes, la Cour indique que la nécessité de prouver le caractère individuel du risque dépend de la gravité de la situation². En somme, les articles 15 a) et b) de la directive concernent les situations dans lesquelles les personnes sont exposées à un risque d'atteinte particulier, alors que l'article 15 c) couvre des situations dans lesquelles la preuve de l'individualisation du risque est difficile à rapporter compte tenu de la généralité de l'atteinte.

La directive 2004/83/CE et l'interprétation de la Cour de justice harmonisent les conditions d'octroi de la protection subsidiaire. Cette harmonisation est d'autant plus importante que l'affaire soumise à la Cour de justice concernait des ressortissants irakiens. Or, ces derniers ne bénéficient pas d'un traitement identique dans tous les Etats membres³. L'interprétation de la Cour de justice contribue à harmoniser les décisions des Etats membres, notamment au niveau de la charge de la preuve⁴.

Si la directive communautarise les définitions de réfugié et de protection subsidiaire, elle encadre par ailleurs les conditions d'évaluation des demandes de protection internationales⁵. Mais son principal apport réside dans la clarification entre la protection conventionnelle et la protection subsidiaire. Ainsi, la directive rétablit une hiérarchie entre les formes de protection internationale et réhabilite la primauté de la Convention de Genève, où comme la formule l'explique « Genève + subsidiaire = Genève »⁶. Si le

1 CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, point 35, non publié.

2 Comme il a été souligné « (...) la Cour met en place un lien de causalité entre la gravité de la situation et la démonstration d'une menace individuelle. Plus le risque d'atteinte est important, moins le requérant a besoin de démontrer qu'elle est individuelle et inversement plus le demandeur est apte à démontrer qu'il est affecté spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle, moins sera élevé le degré de violence aveugle requis pour qu'il puisse bénéficier de la protection subsidiaire », MICHEL V. et KAUFF-GAZIN F., *Europe*, Avril 2009, Comm. 155, pp. 17-18, sp. 18.

3 « Most countries require an applicant to demonstrate an individual risk in cases of armed conflict. Furthermore, the definition of "armed conflict" varies : for example some, but not all, Member States have classified the situation in Iraq as "internal armed conflict." In addition, many states have chosen the restrictive interpretation of "individual threat." These differences in interpretation may be contributing to the large disparities in recognition rates for Iraqi nationals in different EU Member States », ECRE « The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection », October 2008, 258 p., sp. 6.

4 Pour une critique de la modification par les Etats membres de la proposition de directive sur cette question, voir notamment, CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 310.

5 Le chapitre II de la directive 2004/83/CE traite de l'évaluation des demandes de protection internationale. A ce titre, la directive communautarise les notions de « protection internationale apparaissant sur place » (article 5), de « protection à l'intérieur du pays » (article 8) ou encore « d'acteurs de la protection » (article 7).

6 CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 315.

texte a reçu un accueil positif de la part des acteurs de la protection internationale¹, ce satisfecit ne s'applique cependant qu'à ce versant de la directive puisque la partie relative aux statuts conférés aux bénéficiaires de la protection internationale suscite davantage de critiques.

B. La délimitation des statuts

La directive délimite le contenu des statuts octroyés sur le fondement de la protection internationale. Si elle prévoit que les bénéficiaires de la protection conventionnelle et de la protection subsidiaire bénéficient de droits identiques (1), elle détermine également les cas dans lesquels cette identité de traitement n'est pas ou peut ne pas être assurée (2). Cette différenciation des statuts tient essentiellement au caractère complémentaire et temporaire de la protection subsidiaire par rapport à la protection conventionnelle².

1. L'identité de statuts

Plusieurs dispositions de la directive confèrent un statut identique aux réfugiés et bénéficiaires de la protection subsidiaire. Cela est notamment le cas des dispositions portant sur l'accès à l'information³, l'accès à l'éducation⁴, l'accès au logement⁵, la liberté de circulation à l'intérieur de l'Etat membre⁶, l'aide au rapatriement⁷ ainsi que l'intérêt supérieur des enfants⁸. En réalité, et indépendamment de la question des mineurs non accompagnés, les « quelques droits communs aux réfugiés et aux bénéficiaires de la

1 Le Haut Commissariat aux Réfugiés ou encore ECRE ont notamment salué la prise en compte des victimes de persécutions perpétrées par des agents non étatiques ou encore la codification de la notion de protection subsidiaire. Voir ROIG A. « L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique », R.M.C.U.E., n° 482, octobre-novembre 2004, pp. 590-596, sp. 593 ; ECRE « Broken Promises – Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection. Tampere 1999 – Brussels 2004 », 2004, 40 p., sp. 28.

2 « Pour l'essentiel, les droits et prestations liés à ces deux statuts sont identiques, les besoins de toutes les personnes nécessitant une protection internationale étant plus ou moins analogues. Cependant, certaines différences ont été prévues afin de tenir compte de la primauté de la convention de Genève et du fait que le régime de la protection subsidiaire part du principe que le besoin d'une telle protection est temporaire par nature, même si en réalité, il s'avère souvent plus durable par la suite », Proposition de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relative au contenu de ce statut, COM(2001) 510 final du 12.09.2001, sp. 4.

3 Article 22 de la directive 2004/83 CE.

4 Article 27 de la directive 2004/83 CE.

5 Article 31 de la directive 2004/83 CE.

6 Article 32 de la directive 2004/83 CE.

7 Article 34 de la directive 2004/83 CE.

8 Article 30 de la directive 2004/83 CE.

protection subsidiaire sont, en grande partie, ceux où les deux catégories ne bénéficient que des mêmes droits que les étrangers ressortissants d'Etats tiers »¹.

A part la question relevant de l'attribution de droits, l'identité de traitement entre les deux formes de protection est également reconnue pour ce qui concerne les clauses de cessation et d'exclusion².

2. *La différenciation des statuts*

Le principe de la différenciation entre les statuts ressort de l'article 20, paragraphe 2, de la directive³. Cette différenciation s'applique tout d'abord à la durée des titres de séjour, compte tenu du caractère temporaire de la protection subsidiaire. Ainsi, le titre de séjour délivré au réfugié est valable pour une période minimale de trois ans alors que celui délivré au bénéficiaire de la protection subsidiaire est valable une année⁴. La directive prévoit en outre que les Etats membres peuvent procéder à une différenciation des statuts pour ce qui concerne le maintien de l'unité de la famille⁵, les documents de voyage⁶, l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle⁷ ou encore l'accès aux dispositifs d'intégration⁸. En matière de protection sociale⁹ et d'accès aux soins santé¹⁰, si le principe repose sur l'identité de statut, la directive permet aux Etats membres de limiter ces prestations aux « prestations essentielles ».

En fait, seule la disposition relative à la durée du titre de séjour est obligatoire, les autres dispositions présentent un caractère optionnel. En conséquence, la différenciation des statuts relève de la responsabilité des Etats membres. Ces derniers n'ont pas souhaité harmoniser des dispositions qui peuvent avoir des incidences sur leurs systèmes sociaux et de protection sociale. Cela peut s'expliquer notamment par la différence qui existe entre le nombre de statuts attribués dans les Etats membres. Malgré

1 CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 321.

2 Pour une analyse, voir CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 310-314.

3 Article 20, paragraphe 2, de la directive 2004/83/CE « Le présent chapitre s'applique à la fois aux réfugiés et aux personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, sauf indication contraire ».

4 Article 24 de la directive 2004/83/CE.

5 Article 23 de la directive 2004/83/CE.

6 Article 25 de la directive 2004/83/CE.

7 Article 26 de la directive 2004/83/CE.

8 Article 33 de la directive 2004/83/CE.

9 Article 28 de la directive 2004/83/CE.

10 Article 29 de la directive 2004/83/CE.

tout, la pratique démontre que les Etats membres accordent dans leur grande majorité des droits identiques aux réfugiés et aux bénéficiaires de la protection subsidiaire¹.

Quoi qu'il en soit, la différenciation de statut opérée par la directive a été critiquée en ce qu'elle semble instituer un degré dans la détresse ayant déclenché la fuite du pays ou de la région d'origine qui s'explique difficilement². En conséquence, la directive permet l'apparition d'un « sous-statut » aux côtés du statut de réfugié, même si la pratique démontre le contraire.

La directive 2004/83/CE poursuit deux objectifs. Elle vise d'une part à harmoniser les règles nationales relatives aux définitions des formes de protection et, d'autre part, à encadrer les droits attachés aux statuts. Si elle contribue grandement à clarifier les règles applicables à la protection internationale, la pratique démontre que les Etats membres accordent un nombre toujours croissant de statuts de protection subsidiaire³. La raison de ce mouvement ne doit pas être recherchée dans la différence de statuts, dans la mesure où l'analyse des législations nationales démontre que les Etats membres reconnaissent des droits identiques aux réfugiés et aux bénéficiaires de la protection subsidiaire. En revanche, la durée de validité des titres de séjour diffère. Ce n'est donc pas l'attribution de droits sociaux qui pose des difficultés aux Etats membres mais bien la crainte d'attribuer un titre de séjour d'une durée de validité étendue. Ainsi, le renouvellement annuel du titre délivré au bénéficiaire de la protection subsidiaire permet aux autorités nationales d'exercer un contrôle « régulier » de sa situation. L'évaluation de la mise en œuvre de la directive doit en conséquence porter sur les conditions et les raisons de l'attribution de la protection subsidiaire à la place du statut de réfugié. Car il y a fort à parier que les Etats membres préfèrent considérer la situation du demandeur sous l'angle de la protection subsidiaire, alors même que sa situation juridique devrait relever de la protection conventionnelle. En fait, et comme cela a été souligné, la protection subsidiaire est ce qui arrive quand les Etats membres manipulent les obligations internationales de la Convention de Genève⁴.

1 ECRE « The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection », October 2008, 258 p., sp. 31-34.

2 Voir sur ce point l'analyse du Professeur JULIEN-LAFERRIERE qui démontre la similitude des situations entre les deux catégories de bénéficiaires et argue du caractère peu pertinent du fondement juridique pour attester de la différence qui existe entre les personnes nécessitant une protection, JULIEN-LAFERRIERE F. « Le statut des personnes protégées » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 195-219, sp. 214.

3 « (...) un examen des décisions positives montrent qu'un pourcentage toujours plus élevé de demandeurs se voient octroyer la protection subsidiaire ou d'autres types de protection accordés par le droit national, plutôt que le statut de réfugié prévu par la convention de Genève », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 4.

4 NOLL G. « International Protection Obligations and the Definition of Subsidiary Protection in the EU Qualification Directive » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 183-194, sp. 193.

Si la directive « qualification » peut laisser l'impression d'un « bilan très mitigé »¹, notamment au regard de la différence de statuts, ce texte constitue une première étape dans l'harmonisation des réglementations et politiques nationales. Malgré tout, des différences importantes dans la transposition et l'application de la directive dans les Etats membres ont mis en lumière le degré d'harmonisation insuffisant du texte. En conséquence, la Commission européenne a présenté fin octobre 2009 une proposition de directive visant à modifier la directive « qualification »². Globalement³, la proposition de directive prévoit de clarifier certaines notions juridiques utilisées pour définir les motifs de protection, d'éliminer les différences dans le niveau des droits conférés aux réfugiés et aux bénéficiaires d'une protection subsidiaire, d'améliorer l'accès effectif aux droits conférés par la directive en tenant compte des difficultés d'intégration particulières que rencontrent les bénéficiaires de la protection internationale⁴.

Malgré un degré d'harmonisation jugé insuffisant, la directive « qualification » contient plusieurs dispositions qui contribuent à une convergence importante des législations et pratiques nationales. Un constat similaire ne peut être avancé à l'égard de la directive « procédures » d'asile.

II. LA DIRECTIVE « PROCÉDURES »

L'obligation d'adopter des règles conformes à la Convention de Genève dans le domaine des procédures d'asile⁵ peut étonner dans la mesure où la Convention de 1951 ne contient aucune disposition relative à la procédure d'asile. Cela étant, le respect de l'obligation de non-refoulement impose qu'une procédure soit instituée afin de déterminer les besoins de protection de la personne et de s'assurer que le demandeur de protection ne soit pas renvoyé ou refoulé vers un pays où il risque d'être persécuté⁶. Ce principe appliqué par les Etats membres est également valable

1 CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 322.

2 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, et relative au contenu de cette protection, COM(2009) 551 final du 21.10.2009.

3 Etant donné que la proposition de directive a été publiée lors de la finalisation de la recherche, une analyse exhaustive de la proposition n'a pu être réalisée.

4 Voir, IP/09/1552 du 21 octobre 2009.

5 Article 63, point 1), du traité CE « [Le Conseil (...) arrête] (...) des mesures relatives à l'asile, conformes à la convention de Genève (...) dans les domaines suivants] d) normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres ».

6 Voir en particulier HAILBRONNER K. « The Directive on Minimum Standards on Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 279-288, sp. 286-288.

pour la Communauté. Ainsi, l'objectif d'établir une « procédure d'asile commune (...) valable dans toute l'Union » implique tout à la fois que la Communauté procède à l'harmonisation des règles nationales et qu'elle assure l'application intégrale du principe de non-refoulement imposé par la Convention de Genève et la Convention européenne des droits de l'homme. La directive 2005/85/CE tente de concilier ces impératifs. Tout d'abord, la directive établit des garanties procédurales minimales relatives à l'organisation de la procédure d'asile (A). Ensuite, elle consacre l'existence de procédures accélérées de traitement des demandes d'asile permettant notamment le renvoi des demandeurs d'asile vers un pays tiers aux fins de l'examen de leurs demandes de protection internationale (B). Au final, la directive 2005/85/CE n'assure pas un niveau d'harmonisation suffisant¹ et laisse ouvertes les craintes de non respect des obligations internationales.

A. L'établissement de garanties procédurales minimales

Les garanties minimales pour les procédures d'asile avaient été abordées dans une résolution adoptée dans le cadre de la coopération de Maastricht². Sur base de l'article 63, point 1), d), du traité CE, la Communauté poursuit cette action au niveau communautaire. Si les conclusions de Tampere prévoient l'adoption de « normes communes », la directive s'en tient au dispositif du traité et établit des « normes minimales ». En conséquence, le texte comprend de nombreuses dispositions indiquant que les Etats membres « veillent », « font en sorte » ou encore « peuvent ». Néanmoins, et pour minimales qu'elles puissent être, ces dispositions satisfont généralement aux exigences procédurales basiques formulées par le Haut Commissariat aux Réfugiés³. Cela est le cas pour les règles relatives à l'organisation administrative de la procédure (1), à l'examen de la demande d'asile (2) et au retrait du statut de réfugié (3). En

Voir également UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295, sp. 250-251.

- 1 En effet, « [en] une quarantaine d'articles utiles, il y a plus de cinquante dérogations possibles » ce qui permet par le jeu des mathématiques d'aboutir à des « centaines de normes possibles » lorsque le texte sera transposé dans les Etats membres, ELKAIM G. « Quelques remarques du point de vue du négociateur » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H., EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 85-91, sp. 86-87.
- 2 Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JO C 274/13 du 19.09.1996.
- 3 « To meet the standards of international protection, a procedure for determining refugee status should satisfy certain basic procedural requirements which reflect the special situation of the refugee applicant and which should ensure that the applicant is provided with certain essential guarantees. The following is the necessary minimum if refugees are to be indentified correctly and afforded effective protection in accordance with international obligations », UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295, sp. 250-253.

revanche, l'organisation des voies de recours ne remplit pas ces prescriptions minimales (4).

1. *L'organisation administrative de la procédure*

Le HCR recommande que l'autorité compétente pour l'examen des demandes en première instance soit une autorité centralisée et spécialisée¹. Si l'article 2, point e) définit en termes généraux l'autorité compétente pour l'examen de la demande², l'article 4 indique « les Etats membres désignent pour toutes les procédures une autorité responsable de la détermination qui sera chargée de procéder à un examen approprié des demandes (...) ». La désignation au singulier de l'autorité compétente présume du caractère centralisé de l'autorité. Néanmoins, l'article 4, paragraphe 2, prévoit des cas dans lesquels une « autre » autorité peut être responsable. Cette possibilité renvoie à des situations spécifiques relatives à l'application du règlement « Dublin II » ou encore aux cas spécifiques de demandes présentées à la frontière³ et ne semblent pas *a priori* entacher le caractère centralisé de la procédure « normale » d'examen de la demande d'asile.

Ce caractère centralisé aurait en revanche pu conduire la directive à consacrer le principe du « guichet unique ». Ce dernier assure le traitement par la même autorité et de manière successive des demandes de protection conventionnelle et de protection subsidiaire. Bien que bénéficiant d'un large soutien⁴, la directive ne prévoit pas l'harmonisation de cette procédure dans les Etats membres. Ainsi, la directive s'applique par principe aux demandes de protection conventionnelle. Elle est applicable, par « exception », aux autres formes de protection lorsque la procédure

1 « The body responsible for examining and deciding on applications for refugee status in the first instance should be a single central, specialised authority. The overall success of a refugee status determination process is largely contingent on the effective functioning of such body, with coherent rules, criteria and authoritative sources of information in place ».

2 Article 2, point e) de la directive 2005/85/CE « Autorité responsable de la détermination », tout organe quasi juridictionnel ou administratif d'un Etat membre, responsable de l'examen des demandes d'asile et compétent pour se prononcer en premier ressort sur ces demandes ».

3 Sur ce point, la directive s'écarte de la proposition initiale qui énonçait en son article 2, point d), « une autorité chargée du contrôle de l'entrée sur le territoire ne peut être considérée comme une autorité responsable de la détermination », proposition de directive du Conseil relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, COM(2000) 578 final du 20.09.2000.

4 Voir entre autres, UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295, sp. 262-263, HAILBRONNER K. « One Single Procedure » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 107-112 ; GORTAZAR C. « Asylum Procedures » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 87-106 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Un régime d'asile européen commun plus efficace : La procédure unique comme prochaine étape », COM (2004) 503 final du 15.07.2004.

du « guichet unique » est instituée dans les Etats membres. Si la directive n'impose pas l'institutionnalisation de cette procédure au moins en reconnaît-elle l'existence.

La spécialisation de l'autorité compétente¹ est garantie par plusieurs dispositions de la directive. L'article 4, paragraphe 3, de la directive indique « les États membres veillent à ce que le personnel de ces autorités dispose des connaissances appropriées ou reçoive la formation nécessaire pour remplir ses obligations ». L'article 8 paragraphe 2, point c) ajoute que les personnels chargés d'examiner les demandes d'asile et de prendre les décisions ont une connaissance appropriée des normes applicables en matière d'asile et de droit des réfugiés. Une obligation similaire est également requise lors de l'entretien personnel². Ce dispositif est complété par l'article 4, paragraphe 3, point a) de la directive « qualification »³. En réalité, cette obligation était déjà largement reconnue par l'ensemble des Etats membres depuis la résolution de 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile⁴. Il s'agit donc de communautariser l'existant.

2. Les garanties minimales lors de l'examen de la demande d'asile

L'article 10 de la directive prévoit qu'un ensemble de garanties doit être accordé aux demandeurs. Il s'agit principalement de garantir l'accès à l'information et à l'interprétariat, la possibilité de communiquer avec le HCR et d'être tenu informé du déroulement et de l'issue de la procédure. Par ailleurs, doivent être garantis l'accès à un conseil juridique à tous les stades de la procédure⁵, le droit de pouvoir être assisté par un interprète qualifié et indépendant⁶ ou encore la possibilité de bénéficier d'un entretien personnel⁷. La directive satisfaisait ainsi aux principes généraux d'une procédure équitable et efficace telle que proposée par le HCR. En outre, l'article 12, paragraphe 3, de la directive prend en considération le cas de personnes dans des situations singulières, tout comme l'article 17 prévoit les garanties applicables aux

1 « A fair and efficient procedure requires qualified, trained and impartial decision-makers. The decision-makers should have sufficient expertise in refugee and asylum matters, adequate knowledge of the human rights situation in asylum-seekers' countries of origin, and skills in cross-cultural communication », UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295.

2 Article 13, paragraphe 3, de la directive 2005/85/CE.

3 Cette disposition impose que doivent être pris en considération lors de l'évaluation de la demande « tous les faits pertinents concernant le pays d'origine au moment de statuer sur la demande, y compris les lois et règlements du pays d'origine et la manière dont ils sont appliqués », Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de 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 relative au contenu de ces statuts, JO L 304/12 du 30.09.2004.

4 Article 6 de la résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JO C 274/13 du 19.09.1996.

5 Article 15 de la directive 2005/85/CE.

6 Article 10 de la directive 2005/85/CE.

7 Article 12 de la directive 2005/85/CE.

mineurs non accompagnés. Enfin, l'article 21 précise le rôle du HCR au cours de la procédure.

Toutefois, et parce que la directive établit des normes minimales, certaines garanties peuvent faire l'objet d'aménagements dans leur mise en œuvre. Cela est le cas par exemple de la possibilité offerte aux Etats membres de ne pas organiser d'entretien personnel¹ ou encore des exigences de communication qui sont formulées de manière large², ce qui ne constitue dès lors plus une véritable garantie pour le demandeur de protection internationale³. Enfin, plusieurs dispositions de la directive prévoient que les Etats membres précisent les conditions de mise en œuvre de certaines garanties.

Au final, la directive répond aux prescriptions du HCR en même temps qu'elle offre des marges de manœuvre aux Etats membres dans sa mise en œuvre, dans la mesure où nombre de ses dispositions sont optionnelles.

3. Le retrait du statut de réfugié

Cette partie de la directive entretient des relations très étroites avec la directive « qualification » qui dresse les cas dans lesquels le statut de réfugié peut être retiré. Cette dernière couvre les cas de cessation, d'exclusion, de révocation ou de non renouvellement du statut de réfugié. La procédure définie par la directive 2005/85/CE et applicable aux cas de retrait du statut de réfugié est entourée de trois niveaux de garanties au bénéfice du ressortissant de pays tiers.

En premier lieu, l'article 38 prévoit que lorsque les autorités nationales envisagent de retirer le statut, elles doivent informer la personne concernée par écrit des motifs de réexamen de son statut de réfugié afin qu'elle puisse avoir la possibilité de présenter lors d'un examen personnel les motifs pour lesquels il n'y pas lieu de lui retirer son statut. En second lieu, l'article 38 précise que les Etats membres doivent veiller lors de l'examen de la situation du réfugié à ce que « l'autorité compétente puisse obtenir les informations précises et à jour émanant de diverses sources, notamment, le cas échéant des informations du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), quant à la situation générale qui règne dans les pays d'origine des personnes concernées ». La directive précise en outre que les autorités compétentes doivent veiller à ne pas recueillir des informations auprès des auteurs des persécutions afin de ne pas mettre en danger le réfugié ou les membres de la famille. Enfin, la décision de retrait doit être notifiée par écrit à la personne concernée et contenir les arguments de fait

1 Article 12, paragraphe 2, de la directive 2005/85/CE.

2 Article 13, paragraphe 3, point b) de la directive « (...) il n'est pas nécessaire que la communication ait lieu dans une langue pour laquelle le demandeur d'asile a manifesté une préférence s'il existe une autre langue dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend et dans laquelle il est à même de communiquer ».

3 Voir notamment la critique adressée sur ces questions par ECRE, ECRE « Broken Promises – Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection. Tampere 1999 – Brussels 2004 », 2004, 40 p., sp. 17-18.

et de droit ayant motivé le retrait du statut. En outre, les Etats membres doivent communiquer par écrit les voies de recours ouvertes pour contester la décision.

Au fond, la directive établit un cadre procédural minimal portant sur l'obligation de notification, l'obligation d'information et le droit de recours, ce qui constitue un seuil élémentaire dans une Communauté de droit. En revanche, l'impact de la directive est moins marqué en ce qui concerne la caducité du statut ou le renoncement au statut dans la mesure où la clause qui entoure ces questions est optionnelle¹.

4. Les voies de recours

Le contrôle juridictionnel effectif est un principe général du droit communautaire également consacré par la convention européenne des droits de l'homme². Dans le domaine de l'asile, ce contrôle implique, comme le HCR l'indique, l'obligation de notifier toute décision de refus de reconnaissance de la qualité de réfugié³ et d'accorder un droit de recours effectif et suspensif contre ces décisions⁴. La question de la notification et de la motivation de la décision ne pose aucun problème particulier dans la mesure où l'article 9 de la directive 2005/85/CE encadre cette obligation⁵. En revanche, la directive ne règle pas et donc n'harmonise pas la question du caractère effectif et suspensif du recours. Tout d'abord, l'article 39, paragraphe 1^{er}, indique que les Etats membres font en sorte que les demandeurs d'asile « disposent d'un droit à un recours effectif devant une juridiction »⁶. Ainsi, chaque Etat membre organise la procédure comme il le souhaite pourvu qu'elle tende à assurer un droit au recours effectif devant une juridiction. Or, la directive aurait pu, à l'instar de la proposition

1 Article 38, paragraphe 4, de la directive 2005/85/CE « Par dérogation aux dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article, les États membres peuvent décider que le statut de réfugié devient juridiquement caduc en cas de cessation conformément à l'article 11, paragraphe 1, points a), b), c) et d), de la directive 2004/83/CE, ou si le réfugié a renoncé de manière non équivoque à sa reconnaissance en tant que réfugié ».

2 « Le contrôle juridictionnel imposé par cet article [de la directive] est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (...), comme il a été reconnu par la déclaration commune de l'Assemblée du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977, et par la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire », CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. 1651, point 18.

3 « All applicants must receive written reasons if their claim is rejected. The reasoned decisions should show that the decision-maker has taken into account all material facts, assessed credibility, identified and interpreted the relevant law, and applied law to the established facts judiciously »

4 « Applicants must have the right to effective review or appeal against a negative decision. Such review or appeal should normally have a suspensive effect ».

5 Article 9, paragraphes 1 et 2 de la directive 2005/85/CE « Les États membres veillent à ce que les décisions portant sur les demandes d'asile soient communiquées par écrit.

2. Les États membres veillent en outre à ce que, lorsqu'une demande est rejetée, la décision soit motivée en fait et en droit et que les possibilités de recours contre une décision négative soient communiquées par écrit. (...) ».

6 Article 39 de la directive 2005/85/CE.

de la Commission, prévoir l'organisation d'un double degré d'appel. Cela s'imposait notamment lorsque l'on sait que « 30 à 60 % des (...) décisions négatives de première instance sont rectifiées suite à un recours »¹.

Ensuite et concernant le caractère suspensif du recours, l'article 39, paragraphe 3, de la directive² renvoie aux Etats membres le soin de régler cette question au regard de leurs obligations internationales. Si l'on peut s'interroger sur la logique d'une telle option³, elle ne procède en tous les cas à aucune harmonisation et ne prend pas en compte les exigences conventionnelles. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu dans une affaire *Conka* que « l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles »⁴. Il en découle une obligation pour les Etats membres de prévoir le caractère suspensif des recours, et par conséquent de ne pas éloigner un demandeur d'asile débouté vers son pays d'origine, dès lors qu'il y a risque de violation de l'article 3 de la Convention⁵. Cette obligation a été rappelée avec force par la Cour de Strasbourg dans une affaire *Gebremedhin c/ France*⁶. En refusant de consacrer le recours suspensif dans la directive, les Etats membres ne font que déplacer le problème. En effet, les obligations internationales auxquelles ils sont tenus s'imposent aussi dans la transposition et la mise en œuvre de la directive⁷.

1 ROIG A. « L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique », R.M.C.U.E., n° 482, octobre-novembre 2004, pp. 590-596, sp. 593.

2 Article 39, paragraphe 3, de la directive 2005/85/CE « Les Etats membres prévoient le cas échéant les règles découlant de leurs obligations internationales relatives :

a) à la question de savoir si le recours prévu en application du paragraphe 1 a pour effet de permettre aux demandeurs de rester dans l'Etat membre concerné dans l'attente de l'issue du recours (...) ».

3 « Voila qu'une directive européenne règle un point crucial en renvoyant à l'interprétation que les Etats membres feront de leurs obligations internationales ! », DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H., EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 55.

4 CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka c/ Belgique*, req. N° 51564/99, paragraphe 79. Pour une analyse de l'affaire et de ses implications sur les politiques migratoires des Etats membres et de la Communauté, voir notamment SKORDAS A. « Human Rights and Effective Migration Policies : an Uneasy Co-existence. The Conka judgement of the European Court of Human Rights » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 297-327.

5 Voir notamment, BYRNE R. « Remedies of Limited Effect : Appeals under the forthcoming Directive on EU Minimum Standards on Procedures », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 71-86, sp. 78-80.

6 « Compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature : l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif », CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, req. n° 25389/05, point 66.

7 Comme le souligne Annabelle ROIG, « le processus de transposition de ces directives en droit national est une prochaine étape importante dans la construction d'un système d'asile européen commun. Si les Etats s'appliquent à légiférer et à développer une pratique en conformité avec la Convention de Genève de 1951, les critiques n'auront plus lieu d'être », ROIG A. « L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique », R.M.C.U.E., n° 482, octobre-novembre 2004, pp. 590-596, sp. 596.

Quoi qu'il en soit, l'action communautaire ne satisfait pas à l'engagement inscrit dans l'article 6 du traité UE relatif au respect des droits fondamentaux¹.

De manière générale, l'effet harmonisateur de la directive « Procédures » est limité², soit qu'elle consacre ce qui existait déjà, soit qu'elle renvoie aux Etats membres le soin d'organiser certaines procédures, comme la problématique des recours le démontre³. A ce titre, la négociation de la directive a permis de démontrer deux approches différentes. Si la Commission a recherché à atteindre des normes communes, le Conseil des ministres s'est contenté de l'adoption de standards minimums, en particulier en matière de recours⁴.

Sur un autre plan, la consécration de nouveaux concepts par le droit communautaire a suscité un débat juridique posant ouvertement la question de l'accès aux procédures d'asile et de ses implications par rapport aux obligations internationales.

B. La communautarisation partielle de procédures applicables aux pays tiers « sûrs »

Ni la Convention de Genève⁵, ni « aucun texte de droit international positif »⁶ n'obligent l'Etat à accorder l'asile. En conséquence, un Etat dans lequel une demande d'asile a été introduite peut estimer que l'examen de cette demande relève de la responsabilité d'un autre pays⁷. Soit l'Etat considère le pays d'origine du demandeur d'asile comme « sûr », soit l'Etat estime que le demandeur a transité par un pays « sûr » dans lequel il aurait pu valablement demander la protection internationale. Dans ce cas,

Voir également GUILD E. « Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Lessons for the EU Asylum Policy » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 329-342.

- 1 Article 6, paragraphe 2, du traité UE « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».
- 2 Pour une description très négative de la directive par rapport aux garanties minimales, ECRE « Broken Promises – Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection. Tampere 1999 – Brussels 2004 », 2004, 40 p., sp. 17-18.
- 3 Sur ce point, voir LABAYLE H. « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne », C.D.E. 2004, n° 5-6, pp. 591-661, sp. 617.
- 4 BYRNE R. « Remedies of Limited Effect : Appeals under the forthcoming Directive on EU Minimum Standards on Procedures », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 71-86, sp. 77.
- 5 JULIEN-LAFERRIERE F. « Droit des étrangers », PUF, Paris, 2000, 549 p., sp. 363.
- 6 LABAYLE H. « Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ? », R.F.D.A. 1997, pp. 242-269, sp. 246.
- 7 « The premise of both kinds of third country restrictions is that, *under certain circumstances*, an asylum seeker should be somebody else's responsibility » in LEGOMSKY S. H. « Legal and Protection Policy Research Series. Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries : the Meaning of Effective Protection », UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/01, February 2003, 103 p., sp. 3.

la demande de protection internationale est considérée comme infondée ou irrecevable et fait l'objet d'une procédure accélérée. Le développement des concepts de pays tiers « sûrs » dans les Etats membres¹ ne pouvait être ignoré par le droit communautaire. D'une part, parce qu'ils ont été reconnus par plusieurs résolutions adoptées lors de la coopération de Maastricht². D'autre part, parce que cette thématique relève d'une question de procédure que la directive du même nom ne pouvait méconnaître³. Procédure critiquée tant au regard des obligations dérivant du droit des réfugiés⁴ que de l'accès effectif aux procédures d'asile⁵, la communautarisation des notions relatives aux pays tiers « sûrs » par la directive 2005/85/CE est partielle. En effet, les désaccords entre Etats membres n'ont permis qu'un encadrement des notions de « pays d'origine sûr » (1) et de « pays tiers sûr » (2) sans permettre l'harmonisation sur le fond. En revanche, la directive innove en introduisant une notion de « pays européen sûr » qui ne garantit pas l'accès à la procédure d'asile⁶ (3).

- 1 Pour un aperçu des pratiques nationales et européennes, voir notamment, COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 40-41.
- 2 Résolution du Conseil européen sur les demandes d'asile manifestement infondées (Londres, 30 novembre et 1^{er} décembre 1992) ; Résolution sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil (Londres, 30 novembre et 1^{er} décembre 1992), textes reproduits *in* R.E.D.A. 1997, pp. 269-271. Les deux résolutions étaient accompagnées de conclusions en date du 30 novembre 1992 concernant les pays où, en règle générale, il n'existe pas de risque sérieux de persécution (non publiées). Voir également, Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JO C 274/13 du 19.09.1996, sp. 15.
- 3 Pour une démonstration concernant la notion de « pays d'origine sûr », voir CARLIER J.-Y. « Droit d'asile et réfugiés de la protection aux droits », Académie de Droit International de La Haye, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2008, 354 p., sp. 131.
- 4 « The concept of « safe third country » is aimed at helping Member States avoid the responsibility of processing asylum claims lodged within their territory and shifting it to States outside the Union. There is therefore a risk that the right to seek asylum and the right of access to asylum procedures are violated. The 1951 Convention would be void of meaning », VEVSTAD V. « Comments : Four Major observations » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H., EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 323-328, sp. 326. ; HAILBRONNER K. « The Directive on Minimum Standards on Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H., EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 279-288, sp. 279 et 285-286.
- 5 « We note with deep regret that the most contentious provisions are all intended to deny asylum seekers access to asylum procedures and to facilitate their transfer to countries outside the EU », ECRE, ILGA Europe, Amnesty International, Pax Christi International, Quaker Council for European Affairs, Human Rights Watch, CARITAS-Europe, Médecins Sans Frontières, Churches' Commission for Migrants, Save the Children Europe. « Call for withdrawal of the Asylum Procedures Directive », 22 March 2004.
- 6 « All asylum-seekers, in whatever manner they arrive within the jurisdiction of a State, must have access to a procedure for the determination of refugee claims », UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295, sp. 250-253.

1. Les « pays d'origine sûrs »

L'article 23, paragraphe 4, point c) de la directive 2005/85/CE prévoit qu'une demande d'asile peut être considérée comme infondée « parce que le demandeur provient d'un pays d'origine sûr ». Une annexe à la directive détermine les critères permettant de désigner un pays tiers comme « pays d'origine sûr ». En premier lieu, un pays tiers entre dans cette catégorie lorsque, sur la base d'une appréciation de la situation juridique du pays, « il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément, il n'y est jamais recouru à la persécution (...), ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison de violences indiscriminées dans des situations de conflit armé international ou interne ». En second lieu, l'annexe détermine les éléments à prendre en considération aux fins de l'évaluation¹. En pratique, toute demande d'asile présentée par un ressortissant provenant d'un pays d'origine sûr est considérée comme non fondée. Cette présomption ne peut être réfutée que si le demandeur « fait valoir de raisons sérieuses permettant de penser qu'il ne s'agit pas d'un pays d'origine sûr en raison de sa situation personnelle »². Bien que la directive assure un accès à une procédure accélérée et à un examen individuel de la demande, elle élabore un système dans lequel l'administration de la preuve relève de l'entière responsabilité du demandeur³ et s'éloigne du principe selon lequel la procédure d'asile « donne lieu à une forme d'administration conjointe de la preuve »⁴.

1 Annexe II de la directive 2005/85/CE, « Pour réaliser cette évaluation, il est tenu compte, entre autres, de la mesure dans laquelle le pays offre une protection contre la persécution et les mauvais traitements, grâce aux éléments suivants :

- les dispositions législatives et réglementaires adoptées en la matière et la manière dont elles sont appliquées ;
- la manière dont sont respectés les droits et les libertés définis dans le Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et/ou dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et/ou la convention contre la torture, en particulier les droits pour lesquels aucune dérogation ne peut être autorisée conformément à l'article 15 de ladite convention ;
- la manière dont est respecté le principe de non-refoulement au sens de la Convention de Genève ;
- le fait qu'il dispose d'un système de sanctions efficaces contre les violations de ces droits et libertés ».

2 Article 31, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2005/85/CE.

3 Voir sur ce point, Amnesty International, EU Office « Union européenne. La protection des réfugiés menacée. Bilan du programme de Tampere sur le droit d'asile. Juin 1999 – Mai 2004 », SF 04 R 39, juillet 2004, 19 p., sp. 11 ; Call for the withdrawal of the Asylum Procedures Directive, Joint appeal, ECRE, ILGA Europe, Amnesty International, Pax Christi International, Quaker Council for European Affairs, Human Rights Watch, CARITAS-Europe, Médecins Sans Frontières, Churches' Commission for Migrants, Save the Children Europe. « Call for withdrawal of the Asylum Procedures Directive », 22 March 2004, p. 2 ; COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 67 ;

4 CARLIER J.-Y. « Rapport général » in CARLIER J.-Y. et VANHEULE D., HULLMANN K., PENA GALIANO C. « Qu'est ce qu'un réfugié ? », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 859 p., pp. 729-766, sp. 756.

Si les Etats membres sont parvenus à déterminer des critères communs permettant de désigner un pays d'origine sûr, la convergence s'arrête ici. En effet, ils ne sont pas parvenus à établir une liste commune de pays d'origine sûrs¹ et ont par ailleurs consacré leur « désaccord »² dans la directive en prévoyant l'existence de deux listes, l'une communautaire, l'autre nationale. De ce point de vue, l'harmonisation n'est pas acquise. Elle l'est d'autant moins que l'article 29 de la directive qui organise les modalités d'adoption de la liste commune a été annulée par la Cour de justice³. Demeurent alors les listes nationales. Mais là également, les Etats membres ont sauvegardé leurs marges de manœuvre. S'ils peuvent adopter des listes nationales de pays tiers sûrs⁴, conformément aux critères énumérés par l'annexe II de la directive⁵, les listes antérieurement adoptées subsistent⁶. Or, la directive indique que lorsque les Etats membres utilisent ces listes ils s'assurent que « les personnes de pays tiers concernés ne sont *généralement* pas soumises »⁷ à des persécutions, ni à la torture ou à des traitements ou des peines inhumains ou dégradants. Cette possibilité assure aux autorités nationales une marge d'appréciation importante⁸.

1 Le Conseil Justice et Affaires intérieures de novembre 2004 indique à ce sujet « le Conseil a par ailleurs décidé qu'une liste commune de pays d'origine sûrs ne serait établie qu'après l'adoption de la directive compte tenu du fait que, au stade actuel, il n'est pas possible de parvenir à un accord sur cette question », Conseil Justice et affaires intérieures du 19 novembre 2004, *Doc.* 14615/04, sp. 31.

2 CARLIER J.-Y. « Droit d'asile et réfugiés de la protection aux droits », Académie de Droit International de La Haye, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2008, 354 p., sp. 133.

3 L'article 29 de la directive prévoit l'adoption de la liste commune après consultation du Parlement européen. Or, après l'adoption de la directive « procédure », la codécision remplace la procédure de consultation. Le Parlement européen a donc introduit un recours en annulation afin de sauvegarder ses prérogatives. La Cour a fait droit aux moyens invoqués par ce dernier. Elle a considéré qu'en adoptant la directive « procédure », le Conseil a arrêté « la législation communautaire définissant les règles communes et les principes essentiels » au sens de l'article 67, paragraphe 5, premier tiret, CE, de sorte que la procédure de codécision était applicable. Ainsi, la procédure de consultation figurant dans la directive devrait être considérée comme « une base juridique dérivée » revenant à attribuer au Conseil « un pouvoir législatif qui excède ce qui est prévu par le traité » CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-166/03, Rec. I-3189, point 56. Sur cette affaire, voir notamment MASSON A. « Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l'arrêt du 6 mai 2008 », C.D.E 2008, pp. 157-173. Pour une approche antérieure à l'arrêt de la Cour de justice, Amnesty International, EU Office, « Une occasion manquée d'améliorer les normes européennes de protection des réfugiés », Note aux parlementaires européens sur la Directive du Conseil sur les normes minimales de procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, Février 2005, 4 p., sp. 3. ; COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 66.

4 Article 30, paragraphe 1, de la directive 2005/85/CE.

5 « Sans préjudice de l'article 29 les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions législatives qui leur permettent, conformément à l'annexe II, de désigner comme pays d'origine sûrs, au niveau national, des pays autres que ceux qui figurent sur la liste commune minimale à des fins de demande d'asile. Ils peuvent également désigner comme sûre une portion de territoire d'un pays si les conditions de l'annexe II sont remplies en ce qui concerne cette portion de territoire ».

6 Article 30, paragraphe 2, de la directive 2005/85/CE.

7 Souligné par nous.

8 Cette marge de manœuvre est toutefois soumise au contrôle du juge national. Voir par exemple, l'annulation d'une décision préfectorale n'ayant pas appliqué correctement la directive. En l'espèce le préfet avait considéré la Géorgie comme pays d'origine sûr, sans prendre en compte les événements

En réalité, le désaccord entre les Etats membres sur la question des pays d'origine sûrs est grand et ne permet aucune perspective d'harmonisation. Ce constat ressort notamment des résultats d'un questionnaire envoyé par le Conseil aux Etats membres et portant sur plusieurs pays tiers pouvant être considérés comme des pays d'origine sûrs¹. Les réponses des Etats membres démontrent qu'aucun des pays africains nommés ne recueille l'approbation unanime des 17 Etats membres². Le constat est suffisant et n'appelle pas de commentaires relatifs au choix des pays tiers effectué par le Conseil, qu'il s'agisse des pays pratiquant la peine de mort ou les mutilations génitales féminines³ ou de pays « producteurs » de réfugiés tels que le Sénégal, le Ghana et le Mali⁴.

En définitive, la directive du Conseil ne permet nullement d'harmoniser les législations et pratiques nationales relatives aux pays d'origine sûrs. Cela est regrettable, tout d'abord, dans la mesure où le système européen d'asile commun gagnerait en cohérence. Ensuite, parce que « l'affirmation d'une présomption de sûreté, susceptible de contrôle, est peut être préférable à d'intuitifs classements secrets »⁵ qui existent en pratique.

2. Les « pays tiers sûrs »

Fondé sur l'interprétation de la Convention de Genève⁶, le concept de « pays tiers sûr » consiste à renvoyer un demandeur d'asile vers un pays dans lequel il aurait

intervenues en août 2008. Tribunal administratif de Dijon, 19 décembre 2008, MAMOUKASHVILI, n° 0803009.

- 1 La liste de pays tiers comprenait le Bénin, le Botswana, le Cap Vert, le Chili, le Costa Rica, le Ghana, le Mali, l'île Maurice, le Sénégal et l'Uruguay, voir COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 66.
- 2 La Commission a répondu qu'aucun des pays tiers africains proposés ne pouvait être considéré comme un pays d'origine sûr. Elle a considéré en revanche que les pays sud américains proposés, Chili, Costa Rica et Uruguay pouvaient relever de cette catégorie. Analyse menée par l'association Statewatch et disponible sur le site internet de Statewatch et citées *in* COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 66-67.
- 3 Amnesty International, EU Office « Union européenne. La protection des réfugiés menacée. Bilan du programme de Tampere sur le droit d'asile. Juin 1999 – Mai 2004 », SF 04 R 39, juillet 2004, 19 p., sp. 11.
- 4 A ce titre la directive n'inclut pas dans les critères d'évaluation des pays d'origine sûrs la prise en compte du nombre de réfugiés originaires des pays tiers identifiés et le taux de reconnaissance des demandeurs d'asile. Cela constitue un recul par rapport aux conclusions du 30 novembre 1992, concernant les pays où, en règle générale, il n'existe pas de risque sérieux de persécution, qui recommandaient cette évaluation aux Etats membres.
- 5 CARLIER J.-Y. « Droit d'asile et réfugiés de la protection aux droits », Académie de Droit International de La Haye, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2008, 354 p., sp. 132.
- 6 Voir notamment sur ce point, HAILBRONNER K. « The Directive on Minimum Standards on Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H., EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 279-288, sp. 285-288. Sir GOODWIN-GILL reconnaît que ni le texte de l'article 31, ni l'histoire des négociations de la Convention de Genève ne permet de réellement déterminer la légalité des retours dans le pays tiers

préalablement pu demander la protection internationale, en raison d'un lien avec ce pays tiers¹ ou simplement parce que le demandeur a transité par ce pays tiers avant de déposer une demande d'asile dans un Etat membre².

L'article 25 de la directive indique qu'une demande de protection peut être considérée comme irrecevable, et soumise à un traitement accéléré, si le demandeur provient d'un « pays tiers sûr ». Un pays est qualifié de la sorte dès lors que quatre critères cumulatifs sont remplis³. *Grosso modo*, le pays tiers doit assurer une protection contre une menace pour la vie et la liberté du demandeur d'asile, respecter le principe de non-refoulement, ne pas prendre de mesures d'éloignement contraires à la torture et aux traitements inhumains et dégradants et ouvrir la possibilité au demandeur de bénéficier d'une protection conforme à la Convention de Genève. En clair, le pays tiers doit permettre au demandeur de pouvoir bénéficier d'une protection internationale en assurant que ce dernier ne sera pas renvoyé dans un pays où il risque de subir des persécutions ou des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH.

Au-delà de la simple définition, l'harmonisation du concept de « pays tiers sûr » est minimale. Tout d'abord, la directive ne prévoit pas l'adoption d'une liste commune de « pays tiers sûrs ». Ensuite, il appartient aux Etats membres de déterminer un ensemble de règles nécessaires à la définition du concept⁴. Ainsi, les règles concernant le lien entre le demandeur et le pays tiers, la méthodologie de détermination d'un « pays tiers sûr » et les règles relatives à l'examen individuel pour des cas particuliers demeurent régies par les législations nationales. De fait, la qualification de « pays tiers sûr » peut varier entre les Etats membres. Cela est le cas par exemple du lien qui unit le demandeur au pays tiers. En fonction des interprétations, il peut être constitué par un simple transit

sûrs, in COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 40.

- 1 Le concept de « pays tiers sûr » ne doit toutefois pas être confondu avec le concept de « premier pays d'asile ». L'article 26 de la directive 2005/85/CE considère notamment que le premier pays d'asile est celui dans lequel le demandeur d'asile s'est déjà vu reconnaître la qualité de réfugié ou bénéficie d'une autre forme de protection incluant le principe de non-refoulement. De manière générale, le concept de « premier pays d'asile » est considéré comme conforme aux standards internationaux, pour autant qu'il soit appliqué de manière rigoureuse. Sur ce point, voir notamment BOUTEILLET-PAQUET D. « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, Paris, 2001, 396 p., sp. 271-275. Voir également la critique formulée à l'encontre de la directive qui requiert une garantie suffisante à défaut d'imposer une protection effective, COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 56-59.
- 2 Voir notamment, HAILBRONNER K. « The Directive on Minimum Standards on Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H., EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 279-288, sp. 281-282.
- 3 Article 27 de la directive 2005/85/CE.
- 4 Article 27, paragraphe 2, de la directive 2005/85/CE.

par un pays tiers ou bien à l'inverse imposer l'existence d'un lien véritable entre la personne et l'Etat concerné¹.

Sur le fond, le degré d'harmonisation présente des faiblesses. Cela est tout d'abord le cas de l'examen approfondi imposé aux Etats membres pour qualifier un pays tiers de sûr. Ainsi, le recours à cette notion est possible « uniquement lorsque les autorités nationales ont acquis la certitude que dans le pays tiers concerné, le demandeur d'asile sera traité conformément aux principes » énoncés par la directive. Or, la directive aurait pu consacrer l'interdiction d'expulsion reconnue par le juge de Strasbourg à l'occasion d'une affaire concernant l'application du règlement Dublin II². Alors que le juge des droits de l'homme appelait à resserrer les conditions de mise en œuvre du concept de « pays tiers sûr », l'adoption de la directive « procédures » constituait une opportunité que les Etats membres n'ont pas saisie. Ensuite, le minimum requis pour l'examen individuel de cas particuliers ne semble pas atteindre les exigences procédurales élémentaires dans la mesure où l'article 27, paragraphe 2, point c) n'impose qu'une évaluation minimale au regard de l'article 3 CEDH plutôt qu'un examen large des droits de l'homme et de la protection effective³.

En définitive, le droit communautaire consacre une notion sans en encadrer véritablement les contours et les conditions de mise en œuvre. Il n'est pas certain à ce compte que le dispositif permette de lutter contre le phénomène de « refoulement en chaîne »⁴. En effet, une qualification peu scrupuleuse d'un Etat membre peut permettre le refoulement d'un demandeur d'asile vers un « pays tiers sûr » qui lui-même utilise la notion de « pays tiers sûr », entraînant par conséquent une chaîne de retour potentiellement interminable⁵. Reste que l'encadrement bénéficiera à terme d'une interprétation jurisprudentielle dont tout laisse à espérer qu'elle procède à un approfondissement des obligations pesant sur les Etats membres.

Ainsi, en refusant une intervention communautaire limitant leurs prérogatives, les Etats membres ont limité l'apport de la directive. Cette option expose en outre le

1 Pour une critique de cet aspect particulier du texte, voir entre autres Amnesty International, EU Office « Union européenne. La protection des réfugiés menacée. Bilan du programme de Tampere sur le droit d'asile. Juin 1999 – Mai 2004 », SF 04 R 39, juillet 2004, 19 p., sp. 12 ; ECRE « Broken Promises – Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection. Tampere 1999 – Brussels 2004 », 2004, 40 p., sp. 10-11.

2 Cette dernière rappelait avec vigueur en mars 2000, « l'obligation de ne pas expulser une personne vers un pays lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle y courra un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'article 3 », Décision de la Cour européenne des droits de l'homme, 7 mars 2000, *T.I c/ Royaume-Uni*.

3 Voir sur ce point, COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 60.

4 Voir notamment, LEGOMSKY S. H. « Legal and Protection Policy Research Series. Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries : the Meaning of Effective Protection », UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/01, February 2003, 103 p., sp. 13-15.

5 COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 45.

système à deux risques, celui de ne pas assurer le respect des obligations internationales en raison d'un morcellement des définitions et des modalités de mise en œuvre du concept, et, celui d'un report dans le temps de l'avènement d'une réelle politique commune d'asile.

3. Les « pays tiers européens sûrs »

Initialement proposé par l'Autriche¹ avant que la négociation de la directive « procédures » ne le consacre tardivement², le concept de « pays tiers européens sûrs », communément appelés « pays européens super sûrs », traduit la volonté des Etats membres de reporter la charge de l'examen des demandes d'asile vers les pays tiers membres du Conseil de l'Europe³. En effet, peuvent être considérés comme « pays européens sûrs », les pays qui ont ratifié la Convention de Genève et respectent ses dispositions en particulier le principe de non-refoulement, qui disposent d'une procédure d'asile prévue par la loi et qui ont ratifié la Convention européenne des droits de l'homme⁴. La directive prévoit qu'une liste commune aux Etats membres de « pays tiers européens super sûrs » doit être adoptée⁵. Les effets de cette qualification sont expéditifs. En application de l'article 36, paragraphe 1, de la directive, la provenance du demandeur d'asile d'un « pays tiers européen sûr » suffit à ce « qu'aucun examen, ou aucun examen complet, de la demande d'asile et de la sécurité du demandeur dans son cas particulier, (...) n'a lieu (...) ». Concrètement, les demandeurs d'asile entrant illégalement dans les Etats membres et provenant de ces « pays tiers européens sûrs » ne bénéficieront d'aucune garantie d'un examen approfondi de leur demande d'asile et seront par conséquent renvoyés vers ces pays tiers aux fins de traitement de leur demande⁶. Ainsi, cette disposition autorise les Etats membres à refuser l'accès à une

1 Initiative de l'Autriche en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil fixant les critères permettant de déterminer les États tiers pouvant être considérés comme sûrs pour assumer la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre par un ressortissant d'un pays tiers et établissant une liste des États tiers européens sûrs, JOCE C 17/6 du 24.01.2003.

2 La première mention de la notion apparaît dans un document du Conseil datant du 17 novembre 2005, voir *Doc. 12983/05*, sp. 53.

3 Initialement qualifiés de « pays tiers super sûrs », l'ajout de la mention « européens » résultait de l'impossibilité d'appliquer cette notion aux pays de la rive méditerranéenne. En effet, l'une des conditions posée par la directive pour qualifier un « pays tiers de super sûr » reposait sur la ratification de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, et conformément à l'article 59, paragraphe 1, de cette dernière, « la présente Convention est ouverte à la signature des membres du Conseil de l'Europe. Elle sera ratifiée. Les ratifications seront déposées près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ». Les pays de la rive méditerranéenne n'ayant pas vocation à être membres du Conseil de l'Europe, ils ne pouvaient prétendre signer ni ratifier la Convention.

4 Article 36, paragraphe 2, de la directive 2005/85/CE.

5 Article 36, paragraphe 3, de la directive 2005/85/CE.

6 Nous évacuons volontairement la question du choix de destination du pays d'asile qui, si elle peut constituer une préoccupation légitime des demandeurs d'asile et être résolue sur le fondement du respect de la vie familiale protégé par la convention européenne des droits de l'homme, ne trouve aucun fondement juridique dans le droit conventionnel des réfugiés. En effet, comme le souligne le Professeur HAILBRONNER, l'essence même de l'asile relève d'une protection de dernier ressort et qu'en conséquence l'objet est atteint dès lors que la protection est accordée, HAILBRONNER K. « The

procédure d'examen au fond de la demande d'asile sur le fondement de son trajet et indépendamment de sa situation au regard du principe de non-refoulement¹. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un recours introduit contre une telle décision que l'examen au fond de la demande de protection peut être effectué² sans qu'il soit certain que ce dernier soit suspensif. En réalité, cette procédure remet en cause le principe de l'accès à une procédure d'asile³, de l'évaluation individuelle de demandes et partant du principe de non-refoulement⁴. Opposé à cette orientation⁵, le Parlement européen a bloqué le développement de ce projet en obtenant l'annulation de la procédure d'adoption de la liste commune⁶.

Quoi qu'il en soit, et dans l'attente d'une modification de la procédure et de l'adoption d'une liste commune de « pays tiers européens sûrs », la directive démontre la volonté commune de reporter vers la zone limitrophe orientale de l'Union européenne

Directive on Minimum Standards on Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 279-288, sp. 288. Dans le même sens, voir l'assertion selon laquelle « (...) l'objectif de la Convention est avant tout et exclusivement un objectif de protection contre la persécution et non la recherche du meilleur asile possible et moins encore du plus confortable », LABAYLE H. « Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ? », R.F.D.A. 1997, pp. 242-269, sp. 258.

- 1 Pour une critique de cette procédure au regard des exigences internationales, voir ECRE « Broken Promises – Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection. Tampere 1999 – Brussels 2004 », 2004, 40 p., sp. 40 ; Amnesty International, EU Office « Union européenne. La protection des réfugiés menacée. Bilan du programme de Tampere sur le droit d'asile. Juin 1999 – Mai 2004 », SF 04 R 39, juillet 2004, 19 p., sp. 12 ; ROIG A. « L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique », R.M.C.U.E., n° 482, octobre-novembre 2004, pp. 590-596, sp. 593.
- 2 L'article 39 de la directive prévoit que les Etats membres font « en sorte que les demandeurs d'asile disposent d'un droit à un recours effectif devant une juridiction contre les actes suivants (...) iii) les décisions de ne pas procéder à un examen en application de l'article 36 »
- 3 « All asylum-seekers, in whatever manner they arrive within the jurisdiction of a State, must have access to a procedure for the determination of refugee claims », UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295, sp. 252 (souligné par nous).
- 4 « Il s'agit de l'un des aspects les plus alarmants de la proposition de directive. Celle-ci part de l'hypothèse que le niveau de protection dans les pays voisins de l'Union européenne est équivalent aux normes dans les Etats membres de l'UE. Elle prévoit que ces derniers sont en droit de refuser l'accès à la procédure à tous les demandeurs d'asile provenant de ces pays. Ces dispositions n'imposent pas d'évaluation individuelle et s'avèrent contraires au principe du non-refoulement », Rapport du Parlement européen sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, A6-0222/2005, sp. 84.
- 5 ROURE M. « Asile et immigration en Europe », Fondation Jean JAURES, note n° 21, 9 avril 2009, 8 p., sp. 5.
- 6 CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-166/03, Rec. I-3189, point 56. Sur cette affaire, voir notamment MASSON A. « Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l'arrêt du 6 mai 2006 », C.D.E 2008, pp. 157-173. Pour un commentaire antérieur à l'arrêt de la Cour portant notamment sur cette question de procédure, voir COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 63.

le traitement des demandes d'asile¹. Au fond, il s'agit de désigner une « zone tampon », entre l'Union européenne et les pays tiers « producteurs » de réfugiés, composée de pays tiers européens dont les standards de protection sont considérés comme équivalents à ceux développés dans les Etats membres. Or, l'attribution de brevets de sûreté ne garantit pas sur le long terme que les procédures d'examen des demandes dans ces pays tiers respectent les exigences conventionnelles et européennes de protection ou encore du « droit au juge »².

En définitive, la directive « procédures d'asile » établit comme son intitulé l'indique des « normes minimales ». Cela signifie, tout d'abord, que la directive consacre au plan communautaire des règles et pratiques existantes dans les Etats membres. Cette reconnaissance, également qualifiée de « catalogue des pires pratiques nationales »³, n'a en revanche pas pour objet de procéder à une harmonisation approfondie des dispositifs. Ainsi, les Etats membres demeurent encore largement compétents pour déterminer les conditions de mise en œuvre des règles et concepts développés par la directive⁴. Cela signifie ensuite que les règles communautaires se situent « très en retrait par rapport aux définitions énoncées dans des conventions internationales »⁵, ce qui ne constitue pas une garantie suffisante⁶. De ce point de vue, les orientations formulées à Tampere n'ont pas

-
- 1 Il a notamment été fait mention des pays suivants : Albanie, Biélorussie, Bulgarie, Croatie, Macédoine, Roumanie, fédération de Russie, Serbie et Monténégro, Norvège, Turquie, Ukraine et Suisse, COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69, sp. 63.
 - 2 Sur cette question et une approche comparée des systèmes européen et communautaire, voir CARPANO E. « Etat de droit et droits européens », L'Harmattan, Collection « Logiques juridiques », Paris, 2005, 662 p., sp. 376-409.
 - 3 Amnesty International, EU Office, « Une occasion manquée d'améliorer les normes européennes de protection des réfugiés », Note aux parlementaires européens sur la Directive du Conseil sur les normes minimales de procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, Février 2005, 4 p., sp. 1.
 - 4 Au-delà des exemples cités dans la démonstration, les dispositions relatives aux procédures à la frontière correspondent également à ce schéma. Développées dans plusieurs Etats membres, la directive encadre ces procédures à l'article 35. Cette disposition établit des règles procédurales minimales relatives à l'autorisation de rester sur le territoire ou en zone de transit, à l'information, l'interprétariat, aux qualités requises des autorités de contrôle ainsi qu'aux conditions de représentation. Pour un aperçu des procédures nationales, voir VAN DER KLAUW J. « Towards a Common Asylum Procedure » in GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC law », Hart Publishing, Oxford – Portland, 2001, 325 p., pp. 165-193, sp. 183-187. Pour une critique des dispositions de la proposition de directive sur ce point, voir Amnesty International, EU Office « Union européenne. La protection des réfugiés menacée. Bilan du programme de Tampere sur le droit d'asile. Juin 1999 – Mai 2004 », SF 04 R 39, juillet 2004, 19 p., sp. 10-11.
 - 5 Rapport sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, KREISSL-DORFLER W., A6-0222/2005, 147 p., sp. 83.
 - 6 Notamment lorsque l'on aura rappelé que « Les droits de procédure constituent la seule catégorie de droits dont le contenu ne renvoie pas à une catégorie matérielle mais aux garanties dont l'individu dispose dans un Etat de droit afin de faire valoir ses droits et libertés », SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », P.U.F., Paris, 2005, 7^{ème} édition refondue, 715 p., sp. 318.

été tenues¹. Dispositif discutable et complexe, la directive « procédures » constitue une première étape de la mise en œuvre du régime d'asile européen commun. Cela signifie, d'une part, que la directive relève désormais de l'interprétation de la Cour de justice qui dispose du pouvoir de renforcer l'harmonisation des législations nationales. D'autre part, la directive doit faire l'objet d'un approfondissement qui permettra d'encadrer davantage les règles nationales². La Commission a par conséquent présenté fin octobre 2009 une proposition de directive visant à harmoniser davantage les procédures d'asile en apportant plusieurs améliorations au texte initial³. La proposition prévoit notamment l'établissement d'une procédure unique, des garanties visant à améliorer l'accès aux procédures d'asile, l'amélioration des garanties procédurales, la consolidation des notions et mécanismes procéduraux – tels que les motifs d'irrecevabilité, la notion de pays tiers sûr, les procédures accélérées, les demandes manifestement infondées, etc. – et la garantie de l'accès à un recours effectif⁴. Si la proposition de la Commission doit permettre d'harmoniser les dispositifs et pratiques nationales, l'option d'une « refonte » de la directive 2005/85/CE peut apparaître contestable. En effet, compte tenu de l'économie de la directive « procédures » et de la difficulté de négocier un texte dans le domaine de l'asile, l'établissement d'une véritable procédure commune d'asile risque de devenir une entreprise longue et compliquée. Aussi, il aurait peut être été plus pertinent d'inverser la logique et de proposer l'adoption dans un instrument commun de garanties procédurales que les États membres s'engagent à respecter dans leurs procédures internes. Une telle hypothèse permet en réalité de ne pas engager les négociations sur le terrain des procédures nationales mais de convenir d'un cadre de droits et principes garantis dans ces dernières. Seulement, la Commission ne s'est pas engagée dans cette voie et a préféré opter pour un approfondissement du texte existant.

1 Les conclusions du Conseil européen de Tampere visaient notamment à ce que « Ces politiques communes [d'asile et d'immigration] doivent reposer sur des principes qui à la fois soient clairs pour nos citoyens et offrent des garanties à ceux qui cherchent protection dans l'Union européenne ou demandent accès à son territoire ». Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 8, paragraphe 13.

2 « Du fait de la diversité des régimes procéduraux et des conditions dont sont assorties les garanties, l'application des critères communs d'identification des personnes ayant véritablement besoin d'une protection internationale aboutit à des résultats divergents. Cela risque de battre en brèche l'objectif premier de la directive, qui est d'assurer l'accès à la protection dans des conditions équivalentes dans toute l'Union. Le programme de La Haye et le TFUE appellent en outre à mettre au point une procédure commune d'asile, ce qui requiert un alignement beaucoup plus poussé des procédures d'asile des États membres, ainsi que l'a confirmé la consultation qui a fait suite au livre vert », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 5.

3 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les États membres, COM(2009) 554 final du 21.10.2009.

4 Etant donné que la proposition de directive a été publiée lors de la finalisation de la recherche, une analyse exhaustive de la proposition n'a pu être réalisée.

A coté des règles adoptées en vue de satisfaire aux obligations internationales, la Communauté a adopté un ensemble de règles visant à adapter la politique d'asile à l'espace de libre circulation des personnes.

Sous-section 2. LES OBLIGATIONS INDUITES PAR L'ESPACE DE LIBRE CIRCULATION

Le livre blanc sur le marché intérieur publié par la Commission en 1985 intégrait la politique d'asile dans la réflexion globale relative au marché intérieur¹. Du développement des « demandes d'asile multiples » déposées dans plusieurs Etats membres, à la question des « réfugiés sur orbite », les effets induits de l'espace de libre circulation appelaient l'adoption de mesures d'accompagnement², comme l'avaient du reste saisi la coopération Schengen et la coopération intergouvernementale qui avaient élaboré un système de répartition des demandeurs d'asile entre les Etats. Ce système de détermination de l'Etat responsable du traitement d'une demande d'asile trouve logiquement un prolongement dans la politique communautaire (I). Cette approche ne constitue toutefois qu'un aspect des effets induits de l'espace de libre circulation. Ce dernier impose en effet d'aborder d'autres thématiques telles que les conditions d'accueil des demandeurs d'asile (II) ou le partage des charges inhérentes à l'asile (III).

I. L'AMÉLIORATION MINIMALE DU SYSTÈME « DUBLIN »

La détermination de l'Etat responsable du traitement d'une demande d'asile est une préoccupation ancienne des Etats membres abordée dans le cadre de Schengen³ et de la coopération de Maastricht⁴. Schématiquement, le dispositif – communément

1 Comme le soulignait déjà la Commission dans le livre blanc sur le marché intérieur, « L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen », COM(85) 310 final, sp. 15.

2 « Il ressort du préambule de la Convention [de Dublin] que celle-ci a été conçue comme une mesure d'accompagnement de la réalisation progressive d'un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes est assurée conformément aux dispositions du traité établissant la Communauté européenne », Document de travail des services de la Commission « Evaluation de la Convention de Dublin », SEC(2001) 756 du 13.06.2001, sp. 18.

3 La convention d'application des accords de Schengen, signée le 19 juin 1990, consacrait un chapitre 7 à la « responsabilité pour le traitement de demandes d'asile », « L'acquis de Schengen intégré dans l'Union européenne », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, OPOCE, 2000, 577 p., sp. 42-46.

4 Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, JOCE C 254/1 du 19.08.1997. Cette convention constitue le premier instrument juridique contraignant adopté dans le but de mettre en œuvre la libre circulation des personnes. Voir MARINHO C. & HEINONEN

appelé « Dublin » – prévoit que toute demande d'asile présentée dans la Communauté doit être traitée par un seul Etat membre. A cette fin, le système « Dublin » dresse une liste de critères permettant de désigner un Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile¹. L'efficacité réduite du mécanisme de « Dublin »² et le contournement des règles³ impliquent une amélioration du dispositif existant. Le règlement « Dublin II »⁴ poursuit cet objectif et communautarise la Convention de Dublin. Les adaptations apportées par le règlement « Dublin II » (A) ne parviennent pas à résoudre les dysfonctionnements du système Dublin (B).

A. L'adaptation des règles existantes

Les modifications apportées par le règlement « Dublin II » demeurent toutefois minimales⁵, qu'il s'agisse des critères de détermination (1) et des modalités de la coopération (2).

1. Les critères de détermination de l'Etat responsable

Le manque de résultats de la Convention de Dublin appelait une réaction mais ne pouvait aboutir à une révolution. En effet, et dans la mesure où le règlement Dublin II a été adopté avant que les règles relatives à la qualification et aux procédures soient approuvées, l'absence d'harmonisation des législations nationales n'ouvrait la voie qu'à une adaptation des critères existants. Ainsi, la Communauté était contrainte d'améliorer l'existant sans pouvoir en modifier le fond, par exemple en intégrant le

M. « Dublin after Schengen : Allocating Responsibility for Examining Asylum Applications in Practice », *Jeanscope*, 1998, n° 3, pp. 2-13, sp. 2 ; HAILBRONNER K. & THIERY C. « Schengen II and Dublin : Responsibility for asylum applications in Europe », *C.M.L.R.*, 1997, Vol. 34, n° 4, pp. 957-989, sp. 960-961.

- 1 Pour une description du système de Dublin, voir entre autres MARINHO C. & HEINONEN M. « Dublin after Schengen : Allocating Responsibility for Examining Asylum Applications in Practice », *Jeanscope*, 1998, n° 3, pp. 2-13 ; HAILBRONNER K. & THIERY C. « Schengen II and Dublin : Responsibility for asylum applications in Europe », *C.M.L.R.*, 1997, Vol. 34, n° 4, pp. 957-989 ; JULIEN-LAFERRIERE F. « Droit des étrangers », P.U.F., Paris, 2000, 549 p., sp. 379-388.
- 2 L'implication des Etats membres fut si réduite que « le nombre des demandeurs d'asile effectivement transféré représente (...) 1, 70 % du total des demandes d'asile présentées dans les 15 Etats membres », Document de travail des services de la Commission « Evaluation des la Convention de Dublin », SEC(2001) 756 du 13.06.2001, sp. 4.
- 3 BARBOU DES PLACES S. « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », *EUI, Working Paper LAW n° 2004/6*, 30 p., sp. 4-5.
- 4 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JO L 50/1* du 25.02.2003.
- 5 Voir l'analyse du règlement, BRANDL U. « Distribution of Asylum Seekers in Europe ? Dublin II Regulation determining the responsibility for examining an asylum application » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 33-69, sp. 39.

critère de la responsabilité de l'Etat dans lequel la demande est déposée, tel que le proposait la Commission¹.

Sans surprise, donc, le règlement n° 343/2002 reprend la logique de la hiérarchisation. Ainsi, les critères de détermination de l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile relèvent « en cascade » de l'unité familiale, de la possession d'un titre de séjour en cours de validité, du franchissement irrégulier de la frontière extérieure et, dans l'hypothèse où aucun critère précédent n'est applicable, de la responsabilité de l'Etat membre dans lequel la demande est déposée. Si certaines améliorations sont apportées, notamment en ce qui concerne l'élargissement des critères relatifs à l'unité familiale et le cas des mineurs non accompagnés², la logique du règlement poursuit celle engagée par la Convention, à savoir « attribuer la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile à celui des Etats membres qui a pris la plus grande part dans l'entrée ou le séjour de la personne concernée »³. Ainsi, et en pratique, l'entrée et le séjour accordés de manière légale, par l'attribution d'un titre de séjour ou d'un visa⁴ ou l'entrée et le séjour irréguliers⁵ constituent les critères principaux de détermination.

Le règlement « Dublin II » intègre en outre dans son dispositif une règle visant à résoudre la situation politiquement délicate entre la France et la Grande-Bretagne au sujet de Sangatte. Désormais, l'Etat qui a toléré la présence irrégulière de personnes sur son territoire pendant une période de cinq mois devient responsable du traitement de la demande. L'annonce de la fermeture du centre de Sangatte fin 2002 avait d'ailleurs remis en cause l'efficacité de cette disposition⁶, avant que l'histoire ne démontre que la fermeture du centre géré par la Croix-Rouge n'a nullement modifié les routes migratoires en direction de la Grande-Bretagne.

Enfin, et en l'absence de règles communautaires permettant de déterminer les personnes pouvant bénéficier de la protection internationale, le règlement « Dublin

1 « Il est vraisemblable que l'instrument destiné à succéder à la Convention de Dublin s'inscrive dans la ligne des principes fondant cette dernière en y apportant les améliorations inspirées par l'expérience. Toutefois dans le contexte de la mise en place d'une procédure commune et d'un statut uniforme, un système où le seul critère est le lieu où la demande a été présentée, accompagné d'un simple mécanisme de reprise en charge rendu efficace par Eurodac, pourrait davantage être envisagé qu'aujourd'hui », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile », COM(2000) 755 final du 22.11.2000, sp. 11.

2 La Commission soulignait toutefois que ces dispositions du règlement étaient rarement appliquées, Commission Staff Working Document Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC(2007) 742 du 06.06.2007, sp. 23.

3 Document de travail des services de la Commission « Evaluation de la Convention de Dublin », SEC(2001) 756 du 13.06.2001, sp. 1.

4 Article 9 du règlement (CE) n° 343/2002.

5 Article 10 du règlement (CE) n° 343/2002.

6 BRANDL U. « Distribution of Asylum Seekers in Europe ? Dublin II Regulation determining the responsibility for examining an asylum application » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 33-69, sp. 53.

II » ne peut concerner les bénéficiaires de la protection subsidiaire¹. Cette situation limite les effets du système Dublin dans la mesure où pour éviter le transfert vers un autre Etat membre, les demandeurs d'asile déposent leurs demandes sur un fondement autre que celui de la protection conventionnelle². Même si ce contournement est limité par l'institutionnalisation dans les Etats membres de procédures dites de « guichet unique »³, le système « Dublin II » expose ses limites. Elles concernent également les personnes bénéficiant de la protection subsidiaire dans la mesure où le critère familial ne leur est pas applicable et rompt ainsi de manière préjudiciable l'unité de la famille⁴. Compte tenu de la consécration de la notion de protection subsidiaire par la directive qualification, adoptée ultérieurement au règlement Dublin II, la Commission a proposé une extension du règlement aux bénéficiaires de cette protection⁵.

En réalité, les aménagements apportés à la Convention de Dublin par le règlement « Dublin II » sont limités.

2. *Les modalités de mise en œuvre*

Le manque d'efficacité du mécanisme de Dublin tenait en partie aux délais de procédures particulièrement longs puisqu'une période de neuf mois pouvait s'écouler entre le dépôt de la demande et le transfert du demandeur dans l'autre Etat membre⁶. Or, « plus la procédure est longue, moins il y a de chances qu'un transfert ait effectivement lieu »⁷. Ce faisant, le règlement réduit les délais de procédure afin d'éviter la sédentarisation des demandeurs d'asile et le risque corrélatif d'échec des transferts. Schématiquement, l'Etat membre auprès duquel une demande d'asile a été introduite, et qui estime qu'un autre Etat membre est responsable de l'examen de la demande d'asile, dispose d'un délai de 3 mois après le dépôt de la demande pour requérir le second Etat membre aux fins de la prise en charge⁸. L'Etat membre requis doit statuer

1 Comme le soulignait un document de travail de la Commission, Commission Staff Working Document Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC(2007) 742 du 06.06.2007, sp. 19.

2 Voir BARBOUDES PLACES S. « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », EUI, Working Paper LAW n° 2004/6, 30 p., sp. 4-5.

3 La procédure de « guichet unique » permet d'examiner les demandes d'asile sur le fondement de la Convention de Genève et des formes de protection subsidiaire. Voir par ailleurs Document de travail des services de la Commission « Evaluation des la Convention de Dublin », SEC(2001) 756 du 13.06.2001, sp. 13-14.

4 Commission Staff Working Document Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC(2007) 742 du 06.06.2007, sp. 19.

5 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système Dublin, COM(2007) 299 final du 06.06.2007, sp. 6.

6 Document de travail des services de la Commission « Réexamen de la Convention de Dublin : élaboration de la législation communautaire permettant de déterminer quel Etat membre est responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres », SEC(2000) 522 du 21.03.2000, sp. 9

7 Document de travail des services de la Commission « Evaluation de la Convention de Dublin », SEC(2001) 756 du 13.06.2001, sp. 11.

8 Article 17 du règlement (CE) n° 343/2003.

sur la requête aux fins de prise en charge en principe¹ dans un délai de deux mois à compter de la demande².

A l'inverse, le règlement Dublin II allonge le délai de mise en œuvre du transfert puisque d'une période initiale de un mois, le délai d'exécution du transfert passe désormais à une période de six mois maximum³. Les raisons de cette modification tiennent essentiellement au fait que les Etats membres ont considéré que le délai organisé par la Convention de Dublin ne permettait pas de « notifier la décision au demandeur puis [d']organiser et mettre en œuvre un transfert »⁴. En outre, le règlement inverse le jeu des responsabilités. En effet, si le transfert n'est pas exécuté dans la période requise, l'Etat dans lequel la demande a été déposée devient responsable de l'examen au fond⁵. Cette méthode tranche avec la Convention de Dublin qui ne posait qu'un délai indicatif⁶, sans vraiment obliger l'Etat responsable de la prise en charge du demandeur⁷. Désormais, le règlement Dublin II donne un effet concret au dispositif, même si la Cour de justice est intervenue pour interpréter les dispositions relatives au délai d'exécution du transfert⁸.

1 Le délai de réponse à la demande par l'Etat membre requis varie en fonction de la situation juridique en cause. S'il s'agit d'une situation de prise en charge, l'Etat membre requis dispose d'un délai de deux mois pour répondre à la requête, prorogé de un mois dans le cas d'une demande particulièrement complexe. S'il s'agit d'une situation de reprise en charge du demandeur d'asile par l'Etat requis, les délais sont réduits à un mois ou quinze jours lorsque la demande est fondée sur des données obtenues par le système EURODAC.

2 Article 18 du règlement (CE) n° 343/2003.

3 Ce délai peut être allongé à un an s'il n'a pu être procédé au transfert ou à l'examen en raison de l'emprisonnement du demandeur d'asile, ou à dix-huit mois si le demandeur d'asile prend la fuite.

4 Document de travail des services de la Commission « Evaluation de la Convention de Dublin », SEC(2001) 756 du 13.06.2001, sp. 10.

5 Article 19, paragraphe 4, et article 20, paragraphe 2 du règlement (CE) n° 343/2002.

6 Article 11, paragraphe 6, de la Convention de Dublin « Le transfert du demandeur d'asile de l'Etat membre dans lequel la demande d'asile a été présentée à l'Etat membre responsable doit intervenir au plus tard un mois après l'acceptation de la demande de prise en charge ou un mois après l'issue de la procédure contentieuse éventuellement engagée par l'étranger contre la décision de transfert si cette procédure est suspensive ».

7 Document de travail des services de la Commission « Evaluation des la Convention de Dublin », SEC(2001) 756 du 13.06.2001, sp. 10.

8 Dans une affaire *Petrosian*, la Cour de justice a été invitée à se prononcer sur l'article 20 du règlement n° 343/2003. La question posée à la Cour de justice concernait le moment à partir duquel le délai de six mois pour effectuer le transfert commence à courir, notamment lorsque l'Etat membre requérant a institué des voies de recours suspensif contre la décision du transfert. La Cour de justice a répondu « l'article 20, paragraphes 1, sous d), et 2, du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, (...), doit être interprété en ce sens que, lorsque la législation de l'Etat membre requérant prévoit l'effet suspensif du recours, le délai d'exécution du transfert court, non pas seulement à compter de la décision juridictionnelle provisoire suspendant la mise en œuvre de la procédure de transfert, mais seulement à compter de la décision juridictionnelle qui statue sur le bien fondé de la procédure et qui n'est plus susceptible de faire obstacle à cette mise en œuvre », CJCE, 29 janvier 2009, *Migrationsverket c/ Petrosian e.a.*, aff. C-19/08, non publié.

Afin d'accroître l'efficacité du système, la Commission a adopté un règlement d'exécution du règlement « Dublin II »¹. Ce texte institue des modalités d'application du règlement Dublin II et est accompagné de divers formulaires et modèles² ou listes d'évaluation³ permettant une uniformisation des conditions de traitement des demandes de prise ou de reprise en charge des demandeurs d'asile par les Etats membres.

B. Des dysfonctionnements persistants

Malgré les adaptations introduites par le règlement « Dublin II », le système de Dublin ne fonctionne pas correctement. Tout d'abord, les critères de détermination présentent un caractère largement théorique et ne permettent pas en pratique de déterminer la responsabilité d'un Etat membre. Ainsi, l'Etat membre responsable est dans la quasi-totalité des cas celui dans lequel la demande a été introduite⁴. Le seul cadre dans lequel le système Dublin fonctionne est celui qui assure la reprise en charge des demandeurs d'asile grâce au système Eurodac⁵. Ce système contient les empreintes des personnes ayant déjà déposé une demande d'asile dans un Etat membre. Ainsi, lorsque cette personne dépose une nouvelle demande d'asile dans un autre Etat membre, le système indique qu'une demande préalable a été enregistrée. En conséquence, la demande d'asile relève de la responsabilité du premier Etat membre vers lequel le demandeur d'asile est renvoyé. En d'autres termes, le système Eurodac assure l'effectivité du système de reprise en charge⁶.

Si la Commission estime que les objectifs du système de Dublin ont dans une large mesure été atteints⁷, la réalité est tout autre et le système de Dublin soulève d'importantes critiques. Tout d'abord, plus de la moitié des transferts ne sont pas effectués alors même qu'ils ne représentent que 7 % du nombre total de demandes d'asile déposées dans les Etats membres. Ensuite, la procédure de détermination de l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile prend du temps,

1 Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 222/3 du 05.09.2003.

2 Formulaire uniforme destiné à déterminer l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile ; Formulaire uniforme pour les requêtes aux fins de reprise en charge ; Modèle de laissez-passer destiné au transfert du demandeur d'asile.

3 Liste des éléments de preuve et des indices aux fins du traitement d'une demande de prise en charge.

4 Voir à ce sujet, MAIANI F. & VEVSTAD V. « Reflection Note on the Evaluation of the Dublin System and on Dublin III Proposal », European Parliament, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, March 2009, PE 410.690, 10 p., sp. 7.

5 Voir *infra* dans la partie relative à la dimension opérationnelle de la politique, Titre II.

6 MAIANI F. & VEVSTAD V. « Reflection Note on the Evaluation of the Dublin System and on Dublin III Proposal », European Parliament, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, March 2009, PE 410.690, 10 p., sp. 7.

7 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, COM(2007) 299 final du 06.06.1007, sp. 13.

et ralentit par conséquent le processus de l'asile, et coûte très cher. Sur ce point la Commission n'a engagé aucune évaluation du bilan coûts/avantages d'un système qui, faut-il le rappeler, est financé par des fonds public. Enfin, l'objectif du système Dublin, visant à prévenir le phénomène des demandes d'asile multiples¹, n'a pas été atteint dans la mesure où ces dernières demeurent encore importantes, voire augmentent². Au fond, le système ne fonctionne pas, ou du moins pas correctement. Les raisons de ces dysfonctionnements reposent autant sur le comportement des Etats membres qui refusent le jeu de la responsabilité que sur l'absence d'harmonisation des procédures et des droits accordés aux demandeurs d'asile³. En réalité, une modification profonde du système s'impose pour pallier ces difficultés. On est dès lors frappé du silence ou de la cécité de la Commission qui répète à l'envi que les objectifs du système ont dans « une large mesure été réalisés »⁴ et ne propose au bout du compte qu'une amélioration du système existant⁵ tenant principalement à l'extension du champ d'application du règlement à la protection subsidiaire et à l'amélioration de garanties procédurales tout en conservant les critères de détermination⁶. Cette attitude de la Commission ne constitue finalement qu'une subordination de l'exécutif communautaire vis-à-vis des Etats membres qui refusent toute modification de fond du système. Le plan d'action adopté en 2008 est clair sur ce point dès lors que la Commission indique que « lors de la consultation, les Etats membres se sont déclarés favorables au maintien du système actuel, tout en reconnaissant que certains aspects du système doivent être améliorés »⁷. Le système n'est donc pas à la veille de produire les effets recherchés.

1 Proposition de règlement du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, COM(2001) 477 final du 26.07.2001, sp. 3.

2 Sur tous ces points voir en particulier ECRE « Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe : Dublin Reconsidered », March 2008, 34 p., sp. 10-12.

3 En l'absence d'harmonisation des procédures et des droits, il y a fort à penser que les demandeurs d'asile « continueront d'avoir de bonnes raisons de vouloir introduire leur demande dans un Etat membre donné afin de pouvoir bénéficier des processus décisionnels nationaux », Rapport du Parlement européen sur l'évaluation de Dublin, A6-0287/2008, sp. 6.

4 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 7.

5 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, COM(2008) 820 final du 03.12.2008.

6 Sur ce point, le rapport de ECRE proposait de modifier les critères de détermination, « Responsibility determination should focus on existing connections between asylum seekers and Member States. Extended family ties, the presence of communities of similar origin, language skills, and familiarity with cultures and educational system can ease integration. Similar factors can also help to predict where refugees will prefer to seek asylum. Member State should accept responsibility for asylum claims based on these or similar criteria, or on asylum seekers' preferences. Either approach would likely reduce irregular movement prior to refugee status determination, as well as facilitating the integration of recognized refugees », ECRE « Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe : Dublin Reconsidered », March 2008, 34 p., sp. 6.

7 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 7.

II. L'HARMONISATION MINIMALE DES CONDITIONS D'ACCUEIL DES DEMANDEURS D'ASILE

La Commission soulignait en 2000, « il est difficile de déterminer avec certitude les facteurs qui incitent les demandeurs d'asile à présenter leur demande dans des Etats membres particuliers »¹. Si certains facteurs tels que les liens familiaux, la présence d'un groupe de ressortissants de pays tiers issus d'un pays d'origine commun, le facteur linguistique, les liens historiques et culturels concourent à choisir un pays de dépôt d'une demande d'asile plutôt qu'un autre², les conditions d'accueil offertes aux demandeurs constituent visiblement un élément à prendre en compte. C'est à tout le moins ce que pensent les Etats membres qui considèrent que des conditions d'accueil généreuses créent un « risque »³ d'appel de demandeurs d'asile. Peu convaincante en pratique⁴, cette logique, qui avait en son temps été abordée dès le traité de Maastricht⁵, figure à l'article 63, point 1, b) du traité d'Amsterdam⁶. La directive relative aux normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres⁷ procède à un commencement d'harmonisation dans ce domaine (A). Indépendamment du faible degré d'harmonisation, la directive peut produire des effets positifs à certains égards (B).

1 Document de travail des services de la Commission « Réexamen de la Convention de Dublin : élaboration de la législation communautaire permettant de déterminer quel Etat membre est responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres », SEC(2000) 522 du 21.03.2000, sp. 13.

2 Voir par exemple, UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295, sp. 275.

3 EDSTRÖM Ö. « The Reception Conditions of Asylum Seekers : a Comment » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 149-155, sp. 149.

4 Pour vraisemblables que puissent apparaître ces postulats, qu'il soit permis de douter de leur pertinence tant il semble aléatoire d'imaginer une démarche qui consisterait avant la fuite à compiler l'ensemble de la réglementation des Etats membres relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile afin d'identifier le pays de destination. La réalité est certainement plus nuancée et repose sur un ensemble de pré-requis relatifs à certains droits dont pourraient bénéficier les demandeurs d'asile dans les Etats membres, dont le droit d'accéder au marché de l'emploi ou de bénéficier d'un logement, et véhiculés par les migrants eux-mêmes ou les filières de passeurs dans le pire des cas.

5 Outre une initiative d'action commune présentée par la présidence espagnole, certaines dispositions de la résolution sur les mineurs non accompagnés des pays tiers abordaient ce thème. Voir, HANDOLL J. « Reception conditions of Asylum Seekers » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 113-148, sp. 116.

6 Article 63, point 1), b) du traité CE « [le Conseil arrête des] normes minimales régissant l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres »

7 Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.

A. Les faiblesses de l'harmonisation

La directive poursuit deux objectifs. Elle entend, d'une part, garantir la dignité¹ des demandeurs d'asile² et, d'autre part, limiter les mouvements secondaires entre les Etats membres³. Seulement, les conditions de négociation de la directive ont entraîné l'adoption d'un texte peu contraignant diluant les objectifs⁴ et ne parvenant pas à trouver un véritable équilibre⁵.

Le refus de la contrainte juridique avait été annoncé très tôt par les Etats membres⁶ et ressort tout d'abord des termes employés par la directive. Ainsi, les Etats membres « peuvent prévoir » ou « peuvent autoriser » quand le texte ne se résigne pas à reconnaître que les « Etats membres font en sorte que », voire agissent « dans la mesure du possible »⁷. Ensuite, le texte contient beaucoup de dispositions optionnelles⁸ ou s'appuie sur la technique du renvoi au droit national afin de régler les situations juridiques sensibles⁹. L'accès des demandeurs d'asile

- 1 Sur ce point, voir « Reception Standards for Asylum Seekers in the European Union », UNHCR, July 2000, Part I, p. 3.
- 2 « Il convient d'adopter des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile qui devraient, en principe, suffire à leur garantir un niveau de vie digne et des conditions de vie comparables dans tous les Etats membres », Point 7 du préambule de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.
- 3 « L'harmonisation des conditions d'accueil des demandeurs d'asile devrait contribuer à limiter les mouvements secondaires de demandeurs d'asile motivés par les divergences des conditions d'accueil », Point 8 du préambule de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO L 31/18 du 06.02.2003.
- 4 Selon l'expression employée par un fonctionnaire de la Commission européenne, VINCENZI S. « Reception conditions for Asylum Seekers : Comments » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 157-166, sp. 158.
- 5 Sur ce postulat, voir EDSTRÖM Ö. « The Reception Conditions of Asylum Seekers : a Comment » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 149-155, sp. 154.
- 6 La position des Etats membres était avancée dès le mois de septembre 2000, lorsque les ministres des Etats membres soulignaient « qu'il fallait se borner au niveau de l'Union à énoncer des principes généraux en ce qui concerne les conditions d'accueil des demandeurs d'asile tout en laissant à chaque Etat membre la liberté de prendre sur le plan pratique les dispositions détaillées nécessaires », Conseil Justice et Affaires intérieures du 28 septembre 2000, *Doc. 11705/00*.
- 7 Dans ce cadre, les Etats membres « font en sorte » de garantir certaines conditions d'accueil aux demandeurs d'asile. Ainsi, les Etats membres sont invités à mettre en œuvre un ensemble de mesures afin que les demandeurs d'asile puissent bénéficier de certificats les autorisant à demeurer sur le territoire, d'un accès aux conditions matérielles d'accueil ou encore aux soins de santé. L'intensité de l'obligation juridique est difficile à définir.
- 8 Relèvent de cette catégorie les dispositions relatives au séjour et la liberté de circulation, aux examens médicaux, à la formation professionnelle, et certaines dispositions relatives aux conditions matérielles d'accueil et aux soins de santé.
- 9 Le texte a suscité un ensemble très important et inégal de commentaires. Pour une analyse détaillée de la directive, voir en particulier UNHCR annotated comments on Council directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers ; HANDOLL J. « Reception conditions of Asylum Seekers » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P.

à un emploi dans l'Etat membre d'accueil constitue un exemple typique de cette dernière catégorie de mesures¹. Tout d'abord, et en raison des divergences entre les règles nationales², l'encadrement des conditions d'accès à l'emploi est réglé par renvoi au droit national³. C'est notamment le cas de l'ouverture du marché de l'emploi⁴, des conditions de limitation de l'accès au marché du travail liées à la politique nationale du marché de l'emploi ou des conditions d'accès à l'emploi en cas de retard dans le traitement de la demande en première instance. Par ailleurs, si la directive exige que l'accès au marché de l'emploi ne soit « pas refusé durant les procédures de recours », la mise en œuvre de cette disposition est conditionnée par l'adoption de la directive « procédures d'asile »⁵. Cette absence de logique dans la progression législative n'inscrit donc pas le défi de l'harmonisation dans un schéma cohérent. En refusant de suivre cette logique⁶, la Commission et le Conseil ont ouvert la voie à l'adoption d'un texte peu convaincant où « chaque réglementation renvoie constamment au contenu d'une autre »⁷. Dans ce contexte, l'harmonisation ne peut prétendre à un résultat élevé et impose en définitive l'adoption d'un texte ultérieur⁸. Au final, la question de l'accès à l'emploi offre une « flexibilité considérable »⁹ et n'assure pas la sécurité des demandeurs d'asile¹⁰.

(sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 113-148.

- 1 Pour un aperçu de la négociation sur ce point, voir HANDOLL J. « Reception conditions of Asylum Seekers » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 120-125.
- 2 Pour une analyse des divergences entre Etats membres, voir la note transmise au SCIFA par le groupe de travail « Asile », Doc. 5430/02 du 21.01.2002.
- 3 VINCENZI S. « Reception conditions for Asylum Seekers : Comments » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 157-166, sp. 163.
- 4 « Les Etats membres fixent une période commençant à la date de dépôt de la demande d'asile durant laquelle le demandeur n'a pas accès au marché du travail ».
- 5 En effet l'accès au travail ne valait que dans les cas de recours formés lors « d'une procédure normale ».
- 6 Comme le note Stefano VINCENZI, la Commission n'a pas respecté cet ordre logique dans la présentation de ces propositions et le Conseil a décidé de faire de même en examinant et adoptant les textes, VINCENZI S. « Reception conditions for Asylum Seekers : Comments » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 157-166, sp. 161.
- 7 Rapport sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, A5-0112/2002, sp. 65.
- 8 Voir notamment, Communication de la Commission européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », COM(2008) 360 final du 17.06.2008.
- 9 Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2007) 745 final du 26.11.2007, sp. 8.
- 10 Une position commune sur la question de l'ouverture du marché de l'emploi pour les demandeurs d'asile aurait eu le double avantage de les rendre indépendants vis-à-vis du système social et d'éviter le développement du travail illégal. Sur ces deux appréciations, voir notamment HANDOLL J. « Reception conditions of Asylum Seekers » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 113-148, sp. 145.

Globalement, la directive laisse aux Etats membres d'importantes marges de manœuvre qu'ils avaient revendiquées sur la base des principes de subsidiarité et de proportionnalité¹.

Malgré tout, la directive contient plusieurs dispositions obligatoires. Elles concernent l'information des demandeurs d'asile sur les avantages dont ils peuvent bénéficier², la délivrance de documents attestant de leur statut³, l'obligation de leur fournir un logement⁴ et l'accès au système éducatif aux mineurs⁵. Au surplus, une obligation générale impose aux Etats membres de tenir compte de la situation particulière des personnes vulnérables⁶.

L'harmonisation des règles relatives aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile est limitée et relève encore largement des droits nationaux⁷. En outre, l'absence de logique chronologique dans l'adoption des textes en matière d'asile a notamment eu pour effet d'exclure de son champ d'application la protection subsidiaire puisque sa consécration est l'œuvre de la directive « qualification » adoptée ultérieurement⁸. En conséquence, les conditions d'accueil des demandeurs de la protection subsidiaire relèvent du droit national⁹. Dans ce contexte, la Commission a présenté une modification ambitieuse

1 « [Le Conseil de l'Union européenne] considère que l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité devrait conduire à laisser une certaine marge de manœuvre aux Etats membres dans le domaine de l'accueil des demandeurs d'asile », Conseil Justice, Affaires intérieures et Protection civile des 30 novembre et 1^{er} décembre 2000, *Doc. 13865/00*.

2 Article 5 de la directive 2003/9/CE.

3 Article 6 de la directive 2003/9/CE.

4 Article 13 de la directive 2003/9/CE.

5 Article 20 de la directive 2003/9/CE.

6 Chapitre IV de la directive 2003/9/CE « Dispositions concernant les personnes ayant des besoins particuliers ».

7 Comme le souligne la Commission « (...), le présent rapport montre clairement que l'important pouvoir discrétionnaire laissé par la directive dans différents domaines, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi et aux soins de santé, le niveau et la forme des conditions matérielles d'accueil, le droit à la libre circulation et les besoins des personnes vulnérables, va à l'encontre de l'objectif consistant à faire en sorte que des règles identiques soient appliquées en matière de conditions d'accueil », Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2007) 745 final du 26.11.2007, sp. 11. Voir également le livre vert de la Commission qui indique « l'important pouvoir d'appréciation conféré aux Etats membres pour diverses dispositions clés a pour effet d'annuler l'effet d'harmonisation recherché », Livre vert sur le futur régime européen d'asile commun, COM(2007) 301 final du 06.06.2007, sp. 5.

8 « Il est à noter que la non-inclusion de la protection subsidiaire dans la directive s'explique principalement par le fait qu'au moment de son adoption, ce concept ne faisait pas encore partie de l'acquis communautaire en matière d'asile », Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2007) 745 final du 26.11.2007, sp. 4.

9 Ce choix est critiquable dans la mesure où la question du bénéfice de droits accordés aux demandeurs d'asile ne doit pas être tranchée en fonction du fondement de la demande mais bien au regard des besoins au cours de la procédure d'examen de la demande de protection et ce quel que soit son fondement. Voir à ce sujet UNHCR annotated comments on Council directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers.

de la directive¹. Si elle élargit le champ de la directive aux personnes demandant la protection subsidiaire, le contenu des conditions d'accueil est largement approfondi, qu'il s'agisse de l'accès au marché du travail et aux conditions matérielles d'accueil, des conditions de placement en rétention ou encore de la prise en compte des personnes ayant des besoins particuliers. Le jeu de la négociation aura certainement raison de certaines dispositions très favorables et protectrices de la proposition². Néanmoins, la future directive aura nécessairement pour effet d'approfondir l'harmonisation en vue de la mise en œuvre du régime d'asile européen commun.

En dépit d'un niveau d'harmonisation faible, la directive produit certains effets dans les Etats membres.

B. L'impact relatif de l'harmonisation

Les effets de la directive « conditions d'accueil des demandeurs d'asile » sont de deux ordres. Au plan national, tout d'abord, la faiblesse de l'harmonisation ne doit pas écarter tout effet du texte sur les législations nationales notamment au regard de certaines dispositions obligatoires. Ainsi, une étude dirigée en Belgique par le service juridique de l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile démontre que certaines pratiques de cet Etat membre ne correspondent pas aux prescriptions minimales posées par la directive³. Ensuite, et *a contrario*, le rapport de la Commission sur la transposition de la directive dans les Etats membres indique que plusieurs Etats n'ont pas transposé ou ne se conforment pas aux règles minimales de la directive⁴. Ainsi, et bien que consacrant une harmonisation limitée, la directive peut produire des effets sur les législations et pratiques nationales.

Au plan communautaire, ensuite, les effets de la directive portent sur des aspects institutionnels. Le traité de Nice prévoyait que la procédure de codécision serait

1 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2008) 815 final du 03.12.2008.

2 Cela est notamment le cas de l'accès au marché du travail. La Commission indique à ce titre, « La présente proposition vise par conséquent à faciliter l'accès au marché du travail. Deux mesures sont envisagées en particulier. En premier lieu, la proposition prévoit que les demandeurs d'asile auront accès à l'emploi six mois au plus tard après le dépôt d'une demande de protection internationale. (...) En second lieu, la proposition précise que l'imposition de conditions d'accès au marché du travail au niveau national ne peut pas restreindre l'accès des demandeurs d'asile à un emploi. La raison d'être de cette modification est de mieux souligner l'objectif de l'article actuel, qui est de garantir aux demandeurs d'asile des possibilités équitables d'accès à un emploi dans les États membres », Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2008) 815 final du 03.12.2008. sp. 5.

3 « L'accueil des demandeurs d'asile en Belgique : état du droit et de la pratique. Etude juridique comparative au regard de la directive du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres », Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile, Service juridique, avril 2004, 149 p.

4 Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2007) 745 final du 26.11.2007.

applicable au domaine de l'asile une fois les dispositions de la première phase législative adoptées. La directive « conditions d'accueil » constitue un élément de cette stratégie dont l'adoption était indispensable au changement de procédure législative. Ainsi, l'idée a prévalu qu'en matière de conditions d'accueil, « il vaut mieux avoir quelque chose que rien »¹. Au fond, peu importe le niveau d'harmonisation. L'important ici est d'adopter un texte de manière à basculer plus rapidement dans le domaine de la codécision, quitte à ce que les « normes minimales » fassent ultérieurement l'objet d'un approfondissement².

Loin d'assurer une harmonisation satisfaisante des législations nationales, la directive « conditions d'accueil des demandeurs d'asile » ne parvient pas non plus à limiter les mouvements secondaires entre les Etats membres.

III. L'ÉTABLISSEMENT D'UN SYSTÈME DE SOLIDARITÉ

La création d'un espace commun de libre circulation des personnes et d'un régime d'asile européen commun posent la question de la solidarité entre les Etats membres. Que ces derniers soient appelés à gérer un afflux soudain de demandeurs d'asile ou que leur position géographique les expose à un traitement important de demandes d'asile notamment en raison du « système de Dublin ». Il s'agit d'aborder ce que certains nomment plus communément « le partage du fardeau »³. Ainsi, une directive régit les situations d'afflux massif au moyen de la « protection temporaire » (A) et un Fonds européen des réfugiés est institué établissant un instrument financier de solidarité (B).

A. La protection temporaire

Ce versant spécifique de la politique d'asile concerne des cas particuliers d'afflux massifs de ressortissants de pays tiers en direction des territoires de l'Union européenne. Abordé sans réel succès par le traité de Maastricht⁴, et jamais mise en œuvre⁵, cette

1 HANDOLL J. « Reception conditions of Asylum Seekers » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 113-148, sp. 141.

2 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM(2008) 815 final du 03.12.2008.

3 Pour une approche de la notion, voir notamment BYRNE R., NOLL G. & VEDSTED-HANSEN J. « New Asylum Countries ? Migration Control and Refugee protection in an Enlarged European Union », Kluwer Law International, The Hague - London - New York, 2002, 463 p., sp. 305-324.

4 BOUTEILLET-PAQUET D. « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, Paris, 2001, 396 p., sp. 248.

5 Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer l'équilibre entre

thématique a connu un regain d'intérêt à l'occasion de la guerre du Kosovo¹, qui a déplacé plus de 900.000 personnes², et poussé les Etats membres à entreprendre une action normative sur le fondement de l'article 63, paragraphe 2, du traité d'Amsterdam. La directive adoptée en juillet 2001 relative à la protection temporaire³ établit un cadre juridique renforcé posant des règles minimales relatives à l'activation de la protection et au contenu de la protection en question (1). La directive prévoit également des mesures de solidarité pour les Etats membres qui supportent les conséquences de cet accueil (2).

1. Activation de la procédure et contenu de la protection

La protection temporaire « ne constitue pas une troisième forme de protection, au côté du statut de réfugié basé sur la Convention de Genève et de la protection subsidiaire »⁴. Il s'agit d'une « procédure exceptionnelle » qui doit assurer une « protection immédiate et temporaire » en cas « d'afflux massif ou d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent entrer dans leur pays d'origine ». Le caractère massif des mouvements de personnes laissant craindre un engorgement des systèmes nationaux d'asile et un abaissement corrélatif de la protection des personnes impose le déclenchement d'une procédure spécifique⁵. Le déclenchement de la procédure de protection temporaire relève d'une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée. Il s'agit donc d'une action concertée et commune des Etats membres de la Communauté⁶.

La directive contient une approche assez « libérale » du contenu de la protection accordée par les Etats membres⁷. En effet, les garanties accordées au titre du chapitre

les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, COM(2000) 303 final du 24.05.2000, sp. 5.

- 1 Voir par exemple, TENENBAUM J. « Vers une protection coordonnée des personnes déplacées au sein de l'Union européenne », *Europe*, janvier 1999, pp. 5-7.
- 2 BERGER N. « La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, 269 p., sp. 214.
- 3 Directive 2001/55/CE du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer l'équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212/12 du 07.08.2001.
- 4 Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer l'équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, COM(2000) 303 final du 24.05.2000, sp. 3.
- 5 Comme l'indique l'article 2, point c) de la directive 2001/55/CE, les situations relevant de ce type de protection relèvent de situations de conflits armés ou de violences endémiques voire de violations systématiques ou généralisées des droits de l'homme à l'intérieur d'une zone déterminée, généralement en périphérie du territoire des Etats membres.
- 6 L'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/55/CE précise à cet égard que « La décision du Conseil a pour effet d'entraîner, à l'égard des personnes déplacées qu'elle vise, la mise en œuvre dans tous les Etats membres de la protection temporaire conformément aux dispositions de la présente directive ».
- 7 Pour un exposé du contenu de la protection temporaire, voir JULIEN-LAFERRIERE F. « Le statut des personnes protégées » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de)

III de la directive, intitulé « Obligations des Etats membres envers les bénéficiaires de la protection temporaire », présentent une dimension plus ouverte que certains textes adoptés postérieurement en matière d'asile. Cela concerne notamment l'accès au marché du travail¹, le regroupement familial² ou encore le soutien nécessaire en matière d'aide sociale et de subsistance voire de soins médicaux³. L'approche commune et la générosité de la directive peuvent s'expliquer de plusieurs manières. Le contexte tout d'abord. La faillite de l'Union européenne dans la gestion du conflit Kosovar et les conséquences tragiques qui en ont découlé, ont imposé une réaction de l'Union européenne. Cette dernière s'est dès lors engagée dans l'établissement d'un système commun et généreux de protection. La finalité du texte ensuite. La directive relative à la protection temporaire se conçoit comme une directive de procédure et non comme un acte prétendant organiser un examen au fond de chaque demande⁴ et découlant sur un statut aux effets temporaires plus étendus⁵. Enfin, le caractère temporaire de la protection⁶ facilite l'attribution d'un statut privilégié d'autant que plusieurs dispositions du texte entourent les conditions du retour des personnes concernées une fois la protection expirée.

Le second volet de la directive relève de la solidarité entre les partenaires européens.

2. Le principe de solidarité

La question de la solidarité a constitué un élément central des débats relatifs à la protection temporaire. Plusieurs textes avaient été présentés sur le fondement de la coopération intergouvernementale sans toutefois aboutir, faute d'accord sur le thème de la solidarité⁷. L'Allemagne, dont le positionnement géographique

« L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 195-219, sp. 205-208.

1 Article 12 de la directive 2001/55/CE.

2 Article 15 de la directive 2001/55/CE.

3 Article 13 de la directive 2001/55/CE.

4 « La protection temporaire est une protection *prima facie* d'un groupe provenant d'une même région sans examiner si ils sont réfugiés au sens de la Convention de Genève. A l'inverse, la protection subsidiaire concernée par la directive qualification relève d'un examen individuel et protège la personne qui ne rentre pas dans les critères de réfugié au sens de la Convention de Genève », CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322, sp. 296-297.

5 Il importe toutefois de signaler qu'en dépit des différences qui grèvent les deux types de protection, la directive ouvre la possibilité pour le bénéficiaire de la protection temporaire d'avoir accès à la procédure d'asile (Chapitre IV de la directive). En effet, une personne bénéficiant de la protection temporaire peut remplir les conditions d'acquisition du statut de réfugié ou de protection subsidiaire. Il apparaît ainsi nécessaire de lui garantir un accès à la procédure de protection internationale.

6 La protection temporaire ne peut dépasser deux ans, sauf prorogation du Conseil, Article 4 de la directive 2001/55/CE.

7 Pour un bref aperçu de la période en cause, voir la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes

concourrait à la placer au cœur des afflux de personnes, avait d'ailleurs fait de la solidarité « un corollaire indispensable du régime de protection temporaire »¹. La directive 2001/55/CE règle la question en consacrant un chapitre à la solidarité entre les Etats membres.

Le mécanisme de solidarité doit assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres dans l'accueil des personnes bénéficiant d'une protection temporaire. La directive prévoit deux mécanismes de solidarité. Le premier repose sur la répartition entre les Etats membres des personnes bénéficiant de la protection temporaire. Cette répartition physique pouvant intervenir au moment du déclenchement de la procédure ou pendant la durée de la protection temporaire. Quel que soit le moment choisi, la procédure d'accueil ou de transfert est toujours fondée sur le principe du « double volontariat » à savoir qu'elle ne peut se réaliser sans le consentement de l'Etat membre et celui des personnes concernées². Le second mécanisme de solidarité repose sur le soutien financier accordé par le biais du Fonds européen pour les réfugiés³.

La directive 2001/55/CE relative à la protection temporaire constitue une exception. Tout d'abord, au regard du niveau d'harmonisation de la directive qui est important, qu'il s'agisse des définitions ou encore du statut des bénéficiaires de la protection temporaire. Si le « choc » du conflit Kosovar peut expliquer cette attitude, la composition politique du Conseil des ministres après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam constitue également un élément d'interprétation. Ensuite, parce que cette directive n'a jamais été mise en œuvre, ce qui limite son impact.

déplacées et à des mesures tendant à assurer l'équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, COM(2000) 303 final du 24.05.2000, sp. 6.

- 1 BOUTEILLET-PAQUET D. « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, Paris, 2001, 396 p., sp. 255.
- 2 Au sujet des questions relatives à l'effectivité de la mise en œuvre de cette procédure, voir en particulier HURWITZ A. « Commentaires sur la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre Etats membres », in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 71-86, sp. 80-81 ; Un auteur a fait valoir sur le fondement de la proposition de directive que la détermination des quotas pouvait prendre pour base plusieurs critères tels que des critères économiques et sociaux, voire les efforts consentis par les Etats membres dans le cadre d'opérations de maintien de la paix, BOUTEILLET-PAQUET D. « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, Paris, 2001, 396 p., sp. 256-257.
- 3 Article 24 de la directive 2001/55/CE.

B. Le soutien financier

Si plusieurs actions communes avaient été adoptées durant la coopération intergouvernementale¹, le Fonds européen des réfugiés² constitue le premier instrument communautaire de solidarité adopté dans le cadre de l'élaboration d'une politique commune dans le domaine de l'asile.

En dépit d'une appellation centrée sur les réfugiés, le champ d'application du Fonds est plus large. En effet, il couvre toutes les formes de protection et s'applique autant au soutien des Etats membres après la délivrance de la protection au ressortissant de pays tiers qu'au stade de l'examen de cette dernière³. Matériellement, les actions susceptibles d'obtenir un financement concernent les conditions d'accueil, l'intégration des personnes ainsi que le rapatriement. Doté d'une enveloppe de 216 millions d'euros pour la période 2000-2004, le Fonds est distribué entre les Etats membres en fonction de clés de répartition définies par la décision. Outre une dotation annuelle fixe, décroissante par année, pour chaque Etat membre⁴, les ressources du Fonds sont réparties selon deux modes d'évaluation⁵ : 65 % du Fonds sont alloués en fonction du nombre de personnes enregistrées comme bénéficiaires de protection temporaire ou demandeurs de protection et les 35 % restant sont distribués conformément au nombre de personnes admises à bénéficier dans les Etats membres du statut de réfugié ou d'une autre forme de protection. En raison de la complexité du mécanisme, la Commission a adopté une décision précisant l'éligibilité des dépenses engagées au titre du Fonds européen pour les réfugiés⁶.

La clé de répartition du Fonds entre les Etats membres a suscité plusieurs commentaires. En premier lieu, il a été indiqué que « les Etats membres qui ont un taux de reconnaissance plus élevé recevront moins d'argent, pour chaque personne

- 1 Action Commune 97/477/JAI du 22 juillet 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des personnes déplacées qui ont trouvé une protection temporaire dans les États membres et des demandeurs d'asile, JO L 205/3 du 31.07.1997 ; Action Commune 97/478/JAI du 22 juillet 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des demandeurs d'asile et des réfugiés, JO L 205/5 du 31.07.1997 ; Action commune 98/304/JAI du 27 avril 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des personnes déplacées qui ont trouvé une protection temporaire dans les États membres et des demandeurs d'asile, JO L 138/6 du 09.05.1998 ; Action commune 98/305/JAI du 27 avril 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement de projets spécifiques en faveur des demandeurs d'asile et des réfugiés, JO L 138/8 du 09.05.1998.
- 2 Décision 2000/596/CE du Conseil du 28 septembre 2000 portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés, JO L 252/12 du 06.10.2000.
- 3 Article 3 de la décision 2000/596/CE.
- 4 Article 10, paragraphe 1, de la décision 2000/596/CE.
- 5 Article 10, paragraphe 2, de la décision 2000/596/CE.
- 6 Décision de la Commission 2001/275/CE du 20 mars 2001 portant modalités d'exécution de la décision 2000/596/CE du Conseil en ce qui concerne l'éligibilité des dépenses et les rapports de mise en œuvre dans le cadre des actions cofinancées par le Fonds européen pour les réfugiés, JO L 95/27 du 05.04.2001.

reconnue, qu'un Etat membre qui a un nombre plus élevé de demandes mais un taux de reconnaissance plus bas »¹. Même si le Fonds ne vise pas à encourager les Etats membres à accorder la protection, il n'en constitue pas pour autant un incitant. En second lieu, l'absence de statistiques communes disponibles entre les Etats membres n'assure pas que les chiffres avancés par les Etats soient calculés sur une base commune. Enfin, les premières années d'application du Fonds européen pour les réfugiés ont démontré une instrumentalisation de l'outil financier en direction de la politique du retour, voire du renforcement du contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne, au détriment de la protection des réfugiés².

Malgré une utilisation controversée, le Fonds européen pour les réfugiés a été reconduit pour la période 2005-2010³ et modifié pour couvrir la période 2008-2013⁴. La logique générale de la première mouture du Fonds est conservée tant en ce qui concerne les groupes et actions ciblées⁵ que les clés de répartition⁶. Le cadre financier ainsi que la programmation du Fonds sont dotés d'une enveloppe de 628 millions d'euros.

La politique d'asile bénéficie avec le Fonds européen des réfugiés d'un instrument financier permettant un partage des charges et partant de rééquilibrer les efforts fournis par les Etats membres soumis à un nombre important de demandes d'asile. La logique du soutien financier aux Etats membres a récemment été étendue à la réinstallation. Dans le cadre de la création future d'un programme européen de réinstallation⁷, la Commission a proposé de modifier le Fonds européen pour les réfugiés afin d'attribuer une contribution financière aux Etats membres s'engageant à réinstaller des personnes

1 PEERS S. cité *in* HURWITZ A. « Commentaires sur la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre Etats membres », *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 71-86, sp. 78-79.

2 Voir sur ce point, HURWITZ A. « Commentaires sur la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre Etats membres », *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 71-86, sp. 82-83.

3 Décision du Conseil 2004/904/CE du 2 décembre établissant un Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2005-2010, JO L 381/52 du 28.12.2004.

4 Dans le cadre du nouveau programme-cadre « solidarité et gestion des flux migratoires », la durée du Fonds européen pour les réfugiés a été allongée jusqu'en 2013. Une nouvelle décision adapte en conséquence le calendrier actuellement en vigueur de sorte que cette troisième phase du financement de la politique d'asile a débuté au 1er janvier 2008. Décision n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JO L 144/1 du 06.06.2007.

5 Exception faite du retrait des groupes cibles de personnes dont le droit à la protection temporaire est en cours d'examen.

6 Ces dernières ont connu une mutation des pourcentages alloués, voir article 17, paragraphe 2, de la décision.

7 Voir *infra*.

sur leur territoire¹. Le Fonds européen pour les réfugiés assure également le financement de la mise en œuvre opérationnelle de la politique.

Le droit communautaire de l'asile ne procède qu'à une harmonisation limitée des législations nationales. La première phase de mise en œuvre du régime d'asile européen commun a consisté à poser un cadre juridique général. Harmonisant les définitions applicables, les textes communautaires laissent d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres dans leur transposition et mise en œuvre². En réalité, cette phase a essentiellement servi à ce que les Etats membres aient une vision et portent une évaluation mutuelle de leurs systèmes respectifs afin d'adopter le plus petit dénominateur commun³. Cette approche est notamment caractérisée par la technique de la « transposition à l'envers »⁴ ou celle plus classique du renvoi au droit national. Si cette action revient à concrétiser l'objectif posé par le traité d'adopter des « normes minimales »⁵, elle entraîne une autre question, celle de la protection effectivement garantie par le droit communautaire. En effet, la consécration de définitions, procédures et mécanismes de distribution n'apporte pas de garanties suffisantes au

1 Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision n° 573/2007/CE portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, COM(2009) 456 final du 02.09.2009.

2 Ainsi en est-il par exemple de la directive « procédures d'asile » dont il a été constaté qu'il s'agit d'une « norme théoriquement européenne qui se traduit (...) par des centaines de normes possibles », ELKAIM G. « Quelques remarques du point de vue du négociateur » in JULIEN-LAFERRIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 85-91, sp. 87.

3 Voir notamment, VAN SELM J. « European Refugee policy : is there such a thing ? », UNHCR Working Paper n° 115, may 2005, 26 p., sp. 11-13.

4 Selon ce procédé, les Etats membres procèdent à la modification de leurs législations nationales afin de geler toute possibilité d'approfondir les négociations au niveau européen. Sorte de politique du fait accompli, elle oblige les négociations à s'arrimer sur la réglementation d'un ou de plusieurs Etats membres. Cette technique est redoutable dans la mesure où toute prétention communautaire à dépasser les seuils nationaux revient à nier l'action des parlements nationaux. A ce sujet, voir, ELKAIM G. « Quelques remarques du point de vue du négociateur » in JULIEN-LAFERRIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 87-88. Pour un exemple de l'utilisation de cette méthode par le Royaume-Uni, voir OAKESHOTT N. « The Developments in British Asylum Law in 2003 » in CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law : Current Debates. Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 658-674. Et de manière générale, notamment GROENENDIJK K. « Access of Third Country Nationals to Employment under the New EC Migration Law » in JULIEN-LAFERRIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 143-174, sp. 169-170.

5 La compétence en droit communautaire constitue le fondement et la limite de l'action de la Communauté de sorte qu'à une compétence limitée correspond normalement une action limitée, même si la Commission n'a pas considéré que le cadre du traité l'empêchait d'avoir des ambitions législatives élevées. Pour une démonstration de la répartition des compétences appliquée à l'asile et appuyée sur les travaux du Professeur CONSTANTINESCO, voir LABAYLE H. « L'Union européenne et l'immigration. Une véritable politique commune ? » in Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Dalloz, 2004, 1264 p., pp. 1217-1233, sp. 1219-1221.

regard du principe de non-refoulement de la convention de Genève. Le respect de ce principe relève principalement des droits nationaux de sorte que le seul instrument de protection du principe de non-refoulement demeure la convention européenne des droits de l'homme¹. Par ailleurs, l'effectivité de l'harmonisation est remise en cause dans la mesure où les taux de reconnaissance divergent encore largement entre les États membres². En définitive, l'action de la Communauté est inachevée notamment en raison de l'intérêt limité des États membres pour l'adoption de règles communautaires et l'harmonisation législative³. Dans ce contexte, la réalisation des objectifs de Tampere⁴ impose un approfondissement de l'action communautaire que la Commission a déjà initiée pour la directive « qualification »⁵, la directive « procédures »⁶, la directive relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile⁷ et le règlement « Dublin »⁸. À côté de l'approfondissement législatif, la Communauté a développé de nouvelles voies d'intervention afin de relancer et d'enrichir l'action communautaire.

-
- 1 VAN SELM J. « European Refugee policy : is there such a thing ? », UNHCR Working Paper n° 115, may 2005, 26 p., sp. 14.
 - 2 « (...) les différences constatées entre les décisions acceptant ou rejetant les demandes d'asile de personnes originaires des mêmes pays d'origine mettent en lumière un vice rédhibitoire de l'actuel RAEC : même après une certaine harmonisation législative au niveau européen, l'absence de pratiques communes, les différentes traditions et la diversité des sources d'information sur les pays d'origine, parmi d'autres raisons, produisent des résultats incohérents. Cela crée des mouvements secondaires et c'est contraire au principe d'égalité d'accès à la protection dans toute l'Union », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Plan d'action en matière d'asile – Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 3.
 - 3 Pour une démonstration, voir DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75. Voir également pour une étude s'appuyant sur deux instruments de la politique d'immigration, BARBOU DES PLACES S. & OGER H. « Making the European Migration Regime : Decoding Member States' Legal Strategies », E.J.M.L., 2005, pp. 353-379.
 - 4 L'objectif visait à mettre en œuvre une « procédure d'asile commune et un statut uniforme (...) pour les personnes qui se voient accorder l'asile », Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 9, paragraphe 15.
 - 5 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, et relatives au contenu de cette protection, COM(2009) 551 final du 21.10.2009.
 - 6 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les États membres, COM(2009) 554 final du 21.10.2009.
 - 7 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, COM(2008) 815 final du 03.12.2008.
 - 8 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, COM(2008) 820 final du 03.12.2008.

SECTION 2. LA RELANCE DE L'ACTION COMMUNAUTAIRE

La relance de l'action communautaire s'est opérée de deux manières. Tout d'abord, et face à la difficulté d'harmoniser les législations et pratiques nationales par l'intermédiaire de règles communautaires, la Communauté a développé des modes alternatifs d'harmonisation par le biais de la coordination des politiques nationales (Sous-section 1). Ensuite, la Communauté a situé la question de la protection dans sa dimension externe, basculant ainsi d'une politique d'asile à une politique du refuge (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. LA COORDINATION DE LA POLITIQUE D'ASILE

Les « normes minimales » adoptées par la Communauté n'ont pas atteint les résultats souhaités, c'est-à-dire créer des conditions de protection égales dans tous les Etats membres¹. Cette situation nuit à la mise en œuvre d'un régime d'asile européen commun. Aussi, et face à la longueur de la procédure législative, des solutions alternatives doivent être trouvées afin d'accroître la convergence des législations et pratiques nationales. C'est donc par la coordination des pratiques nationales que la Communauté entend résorber les divergences. Ce mouvement s'est tout d'abord formalisé autour du thème de la coopération pratique (I) avant que décision soit prise d'instituer un bureau européen d'appui en matière d'asile poursuivant cet objectif (II).

I. LA COOPÉRATION PRATIQUE

L'échange d'informations sur les pratiques nationales est une technique classique en droit communautaire. Elle permet de déterminer le contenu des réglementations nationales et d'évaluer, voire contrôler, l'application des règles communautaires dans les Etats membres. La politique d'asile n'échappe pas à ce schéma. Si le développement de groupes et réseaux de coopération en matière d'asile n'a pas permis d'assurer l'harmonisation des législations nationales (A), la tentative visant à intensifier la coopération pratique n'a pas été plus concluante (B).

1 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 4.

A. Le développement de groupes et réseaux de coopération

La coordination des politiques nationales d'asile était initialement pilotée par le Centre d'information, de réflexion et d'échange en matière d'asile, communément appelé « CIREA »¹. Ce centre d'information dépendait des structures du Conseil de l'Union européenne. Le maintien des compétences nationales dans le cadre de la coopération de Maastricht justifiait cette option.

Faisant suite à la communautarisation des politiques d'asile par le traité d'Amsterdam, la coordination des politiques nationales est transférée à partir de 2002 à la Commission dans le cadre du réseau Eurasil². Ce réseau regroupant des praticiens nationaux a pour principal objectif « d'accroître la convergence des politiques, des décisions et des pratiques en matière d'asile, en améliorant l'échange d'informations et de meilleures pratiques entre les autorités chargées des demandes d'asile dans les États membres de l'UE et la Commission européenne ». En conséquence, le réseau doit « devenir un outil de travail essentiel pour la création et le fonctionnement du régime d'asile européen commun »³. Dans ce contexte, l'échange d'informations au niveau opérationnel doit à la fois assurer l'élaboration et la mise en œuvre du régime d'asile européen.

L'action du réseau Eurasil s'est toutefois avérée insuffisante. Le programme de La Haye a invité le Conseil et la Commission à intensifier la coordination des politiques nationales au travers de « structures appropriées auxquelles les services d'asile nationaux des Etats membres seront associés, en vue de favoriser une coopération pratique et fructueuse »⁴.

B. La tentative d'intensification de la coopération pratique

Sur ce fondement, la Commission a présenté une Communication visant au renforcement de la coopération pratique⁵. La Commission a proposé de créer un nouveau réseau de coopération en matière d'asile en vue de la mise en œuvre des

1 Voir à ce sujet, Deuxième rapport sur l'activité du Centre d'information, de réflexion et d'échange en matière d'asile (CIREA) (texte adopté par le Conseil le 20 juin 1994), JO C 274/55 du 19.09.1996.

2 « Le représentant de la Commission a présenté au CIREA, avant l'arrivée des délégations des pays candidats, sa note sur le transfert des activités du CIREA du Conseil à la Commission. La nouvelle entité sera nommée EURASIL. La première réunion est prévue en septembre 2002. EURASIL, tout comme jusqu'à présent le CIREA, invitera les délégations des pays candidats, du Canada et des Etats-Unis, du HCNUR à participer à ses réunions, auxquelles seront également conviées diverses ONG », *Doc. 10399/02* du 28 juin 2002, sp. 1.

3 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection, COM(2003) 152 final du 26.03.2003, sp. 24.

4 Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005.

5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de la coopération pratique. Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun, COM(2006) 67 final du 17.02.2006.

priorités recensées dans le programme de La Haye. Dans ce contexte, le réseau Eurasil devient un groupe d'experts chargé de conseiller la Commission. Le nouveau réseau a pour objectif de « servir de base à l'échange d'informations, à la promotion des meilleures pratiques et à l'établissement d'un registre de compétences afin d'améliorer la convergence des politiques en matière d'asile, de contribuer à une mise en œuvre harmonisée de la première phase du régime d'asile européen commun et à étayer la mise en place d'un régime d'asile européen à part entière ». Matériellement, la coopération pratique doit concerner l'échange d'informations relatives à la mise en œuvre d'une procédure unique¹, aux pays d'origine et aux difficultés rencontrées par les Etats membres dans des situations de « pressions particulières » et, enfin, participer à la formation du personnel des services d'asile.

L'établissement d'une coopération pratique doit constituer une étape supplémentaire dans la mise en œuvre de la politique européenne. Si la « timidité des règles d'harmonisation »² a permis à chacun d'exposer son propre système³, la coopération pratique doit donc permettre aux Etats membres de prendre « confiance dans leurs régimes respectifs »⁴. Ainsi, cette coopération doit assurer la cohérence des pratiques nationales et « asseoir le lancement des instruments de la seconde phase sur une base solide »⁵. Si ce schéma démontre que la coopération opérationnelle intervient au soutien d'une action normative qui n'a pas rempli ses objectifs en termes d'harmonisation⁶, sa mise en œuvre n'a pas vraiment atteint les objectifs recherchés. En effet, et visiblement, seule la formation du personnel a débouché sur des résultats concrets au travers du « European Asylum Curriculum ». Or, ici, le constat d'échec est double pour la Commission dans la mesure où ce « programme d'étude » est fondé

- 1 Trois objectifs doivent en conséquence être poursuivis : recenser les modifications à apporter aux pratiques administratives des Etats membres afin de pouvoir mettre en œuvre les instruments de la première phase : étudier les moyens d'améliorer la qualité et l'efficacité des régimes d'asile en intégrant les motifs possibles de protection dans une seule décision : définir les meilleures pratiques de gestion des ressources dans le cadre d'une procédure unique, y compris par des comparaisons de coûts et des exercices de jumelage.
- 2 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 6.
- 3 Voir notamment, VAN SELM J. « European Refugee policy : is there such a thing ? », UNHCR Working Paper n° 115, may 2005, 26 p., sp. 11-13.
- 4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de la coopération pratique. Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun, COM(2006) 67 final du 17.02.2006, sp. 3.
- 5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de la coopération pratique. Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun, COM(2006) 67 final du 17.02.2006, sp. 3.
- 6 « les différences constatées entre les décisions acceptant ou rejetant les demandes d'asile de personnes originaires des mêmes pays d'origine mettent en lumière un vice rédhibitoire de l'actuel RAEC : même après une certaine harmonisation législative au niveau européen, l'absence de pratiques communes, les différentes traditions et la diversité des sources d'information sur les pays d'origine, parmi d'autres raisons, produisent des résultats incohérents », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 3.

sur une initiative nationale et mis en œuvre dans le cadre de la conférence générale des directeurs des services d'immigration des Etats membres.

Malgré tout, l'enjeu de la coopération pratique pour le développement du régime d'asile européen commun a imposé de surmonter les difficultés. Ainsi, c'est par l'intermédiaire d'une institutionnalisation de la coopération pratique, au travers du bureau européen d'appui en matière d'asile, que le processus a été relancé.

II. LE BUREAU EUROPÉEN D'APPUI

La communication de la Commission de 2006 présentait la création d'un bureau européen commun comme une perspective à moyen terme. Il devait supplanter les limites de capacité du réseau de coopération en matière d'asile notamment dans sa dimension technique¹. Le livre vert ouvrait le champ des missions du bureau européen puisqu'il s'agissait de lui confier la quasi-totalité de la coordination opérationnelle de la politique d'asile², avant que le Plan d'action de 2008 ne propose l'adoption d'une mesure législative visant à instituer le bureau européen d'appui ayant vocation à fournir une assistance pratique aux Etats membres pour statuer sur les demandes d'asile³.

Le Pacte européen sur l'immigration et l'asile a accéléré le mouvement et prévu la mise en place du Bureau d'appui pour l'année 2009. Ce dernier doit avoir pour mission « de faciliter les échanges d'information, d'analyses et d'expériences entre Etats membres et de développer des coopérations concrètes entre les administrations chargées de l'examen des demandes d'asile »⁴. Le Pacte souligne toutefois que le Bureau d'appui

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de la coopération pratique. Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun, COM(2006) 67 final du 17.02.2006, sp. 8.

2 « L'une de ces options, mentionnée par le programme de la Haye, est la transformation des structures concernées par la coopération pratique en un bureau d'appui européen. Si cette solution devait être choisie, le bureau pourrait prendre en charge et systématiquement coordonner toutes les activités de coopération pratique existantes. De plus, il pourrait se doter d'un mécanisme de formation pour tous les acteurs concernés par la procédure d'asile et fournir un soutien structurel pour toutes les activités de traitement que les États membres seraient susceptibles de mener conjointement à l'avenir. Ce bureau pourrait en outre appuyer les efforts déployés conjointement par les États membres en vue de répondre à certaines pressions spécifiques exercées sur leurs systèmes d'asile et leurs capacités d'accueil et dues à des facteurs tels que la situation géographique. Il pourrait mettre sur pied et encadrer des équipes d'experts dans le domaine de l'asile qui seraient envoyés dans les États membres soumis à des pressions particulières. Il pourrait également jouer un rôle dans la mise en œuvre des programmes de protection régionaux et dans la coordination des futures initiatives politiques, par exemple en ce qui concerne la réinstallation au niveau européen. Pour terminer, ce bureau pourrait être chargé du contrôle de l'application des règles concernant l'accueil des demandeurs d'asile », Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007) 301 final du 06.06.2007, sp. 11.

3 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 8.

4 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08*, 24 septembre 2008, sp. 11.

ne dispose pas de pouvoir de décision. Cette précision est importante. Elle indique que les Etats membres ne souhaitent pas assister à la création d'une autorité communautaire chargée du traitement des demandes d'asile. L'action du bureau d'appui doit donc se limiter à la mise en cohérence des pratiques, procédures et décisions nationales.

La proposition présentée par la Commission poursuit ces orientations¹. Elle rappelle tout d'abord l'absence de pouvoir de décision du bureau européen d'appui en matière d'asile dans la prise de décision par les autorités nationales². Le Bureau doit avoir pour principale tâche d'apporter son appui à la coopération pratique, aux Etats membres soumis à des pressions particulières et à la mise en œuvre du régime d'asile européen commun. Toutefois, la proposition de règlement accorde une priorité à l'appui aux Etats membres soumis à des pressions particulières³. La contribution du Bureau d'appui à la mise en œuvre du régime d'asile doit principalement consister à favoriser l'échange d'informations entre les Etats membres et à préparer des rapports sur la situation de l'asile dans les Etats membres et la mise en œuvre des instruments communautaires. Dans ce contexte, l'apport du Bureau d'appui à l'action normative est moins marqué que son action opérationnelle. Signe que la coordination des pratiques et actions opérationnelles nationales constitue bien un préalable à l'harmonisation législative.

Quoi qu'il en soit, les insuffisances du dispositif législatif n'ayant pas permis une convergence suffisante des décisions nationales, elles doivent être comblées par l'établissement d'une structure de coordination européenne. Aussi, tout en institutionnalisant la coopération entre les Etats membres, la création du Bureau européen d'appui en matière d'asile révèle en fait un puissant phénomène d'intégration de la politique européenne d'asile.

A côté du développement de l'harmonisation législative et de la coopération, la politique européenne d'asile s'est progressivement inscrite dans une démarche d'externalisation.

1 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, COM(2009) 66 final du 18.02.2009.

2 Point 11 du préambule de la proposition « Le bureau ne devrait disposer d'aucun pouvoir direct ou indirect dans la prise des décisions, par les autorités des Etats membres, relatives aux demandes individuelles de protection internationale ».

3 Voir sur ce point HAILBRONNER K. « Proposition de règlement portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile », Briefing note, Parlement européen, Direction générale Politiques Internes de l'Union, Département Thématique C, Droit des Citoyens et Affaires Constitutionnelles, PE. 410.691, 8 p., sp. 1.

Sous-section 2. L'EXTERNALISATION DE LA POLITIQUE D'ASILE

Le thème de l'externalisation des procédures d'asile n'est pas une nouveauté. Il a été proposé par certains Etats membres¹ et même mis en œuvre par certains pays tiers² sans véritable succès³. Politiquement sensible, l'examen des demandes d'asile en dehors du territoire d'accueil n'est pas en soi contraire à la convention de Genève⁴, pour autant que le principe de non-refoulement soit respecté et que le projet politique poursuive une logique de protection des demandeurs d'asile. En s'écartant de ces exigences, la proposition d'externalisation présentée par la Grande-Bretagne en 2003 a suscité de fortes interrogations et critiques (I). De son côté, la Commission a avancé des options qui apparaissent plus équilibrées, qu'il s'agisse du respect des obligations internationales ou encore du projet politique. Ce dernier a notamment pour effet de transformer la politique et de la doter d'une dimension qui lui faisait jusqu'à présent défaut (II).

I. LA PROPOSITION BRITANNIQUE

Le débat relatif à l'externalisation de la matière a connu un développement spectaculaire sous l'impulsion de la Grande-Bretagne⁵ (A). Cependant, cette proposition bénéficiant d'une politisation accrue a soulevé de fortes interrogations sur sa compatibilité avec les exigences internationales (B).

1 Le Danemark en 1986, et les Pays-Bas en 1993, avaient déjà proposé l'établissement de centres de protection et de traitement des demandes d'asile dans les régions d'origine, voir à ce sujet NOLL G. « Visions of the Exceptional : Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones », E.J.M.L., Vol. 5, Issue 3, 2003, pp. 303-341, sp. 309-310.

2 VAN SELM J. « Immigration and Regional Security » in GUILD E. & VAN SELM J. « International Migration and Security », Routledge, London - New York, 2005, 280 p., pp. 11-27, sp. 23-24.

3 Voir sur ce point, Amnesty International « UK / EU / UNHCR. Unlawful and Unworkable – Amnesty International's Views on proposals for extra-territorial processing of asylum claims », IOR 61/004/2003, 38 p., sp. 16-19.

4 « En soi, l'hypothèse de traitement des demandes d'asile dans les pays de la région d'origine ou même dans des zones internationalisées n'est pas contraire à la Convention de Genève », CARLIER J.-Y. « Droit d'asile et réfugiés de la protection aux droits », Académie de Droit International de La Haye, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2008, 354 p., sp. 166.

5 La Grande-Bretagne envoyait une lettre le 10 mars 2003 au Président en exercice de l'Union lui proposant d'ouvrir la discussion sur ce thème. La lettre, non publiée, était accompagnée d'une note intitulée « New International Approaches to Asylum Processing and Protection » présentant les grandes lignes de la nouvelle approche britannique.

A. Le débat

La proposition britannique¹ fondait son raisonnement sur un constat largement reconnu par les acteurs européens, celui du dysfonctionnement des régimes d'asile. En premier lieu, l'aide aux réfugiés est mal répartie dans la mesure où le support aux réfugiés coûte plus de 10 000 euros par an aux Etats membres, alors que le HCR dépense seulement 50 euros dans d'autres régions du monde pour assurer la protection. En deuxième lieu, le régime d'asile actuel oblige les demandeurs d'asile à pénétrer illégalement sur le territoire de l'Union, au besoin par l'intermédiaire de filières de passeurs. En troisième lieu, entre la moitié et le trois-quarts des demandeurs d'asile ne remplissent pas les critères pour obtenir le statut de réfugié ou une protection subsidiaire, alors que le HCR recense quelques 12 millions de réfugiés véritables dans le monde qui demeurent dans leur région d'origine. Enfin, les pays rencontrent de sérieuses difficultés à renvoyer dans leur pays d'origine les personnes n'ayant pas besoin de protection.

Face à ce constat, le Royaume-Uni proposait deux voies pour rééquilibrer les systèmes d'asile et replacer la question du traitement des demandes par les Etats membres dans un contexte international plus large. La première visait la création de « zones de protection » dans les régions d'origine. Ainsi, les demandeurs d'asile pourraient être renvoyés dans leur région d'origine dans laquelle une protection effective leur serait assurée avec le soutien de la communauté internationale. Les personnes ayant besoin d'une protection pourraient ensuite bénéficier de programmes de réinstallation, notamment en Europe. Ce projet avait pour objectif d'offrir une protection effective, d'éviter un engorgement des systèmes d'asile nationaux et de gérer les flux d'immigration illégaux en direction de l'Europe. La seconde proposition suscitait davantage de réserve. Il s'agissait de créer des « centres de traitement de transit » dans les pays tiers afin de décourager toute entrée illégale sur le territoire des Etats membres. Ainsi, les demandeurs d'asile entrés illégalement dans les Etats membres seraient renvoyés dans ces centres de transit aux fins du traitement de la demande d'asile. Si la protection était accordée, une procédure de réinstallation dans un Etat membre participant serait proposée. Dans le cas contraire, les personnes seraient renvoyées dans leur pays d'origine. Si cette proposition assurait un accès à la procédure dès la région d'origine, elle garantissait aux États membres qu'ils n'accueilleraient sur leur territoire que les personnes ayant besoin d'une protection. En somme, le projet britannique maintenait à l'écart du territoire des États membres toute personne ne nécessitant pas de protection.

En réponse à cette initiative, le HCR a présenté une proposition alternative appelée « Convention Plus »². Cette dernière prévoyait, dans le cadre du droit communautaire,

1 Pour un aperçu de cette proposition, voir Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen « Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés », COM(2003) 315 final du 03.06.2003, sp. 5-7.

2 Voir notamment, Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen « Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés », COM(2003) 315 final du 03.06.2003, sp. 8-9.

la création « de centres d'accueil fermés » à l'intérieur de l'Union européenne. Les demandeurs d'asile y seraient immédiatement transférés aux fins du traitement de leur demande. A l'issue d'un traitement rapide, les personnes nécessitant une protection seraient réinstallées, sur la base de critères préétablis, dans les Etats membres de l'Union. Les autres personnes seraient en revanche renvoyées dans leur pays d'origine avec nombre desquels le Haut Commissariat conseillait de conclure des accords de réadmission.

Si la Grande-Bretagne a agi ici en véritable animateur d'une politique dont elle est *a priori* exclue, sa proposition a suscité d'importantes questions quant à sa compatibilité avec les exigences internationales.

B. Les problèmes juridiques

Les différents projets proposés ont été sévèrement critiqués¹, dans la mesure où leurs conditions de mise en œuvre ne sont pas encadrées et ouvrent la voie à des violations des droits fondamentaux. Cela est tout d'abord le cas des conditions de transfert des demandeurs d'asile vers les centres ou zones de protection. *Amnesty international* a souligné qu'une partie des transferts peut présenter un caractère forcé. Dans ce cadre, les autorités nationales sont tenues² de respecter l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme³. Par ailleurs, les propositions n'évacuent pas l'application de la jurisprudence relative aux expulsions collectives⁴ dans l'hypothèse d'un transfert groupé de demandeurs d'asile. La seconde difficulté tient à la question sensible de la détention des demandeurs d'asile⁵. Si le droit européen reconnaît cette possibilité, la Cour de Strasbourg rappelle que toute privation de liberté doit être prévue par la loi et

1 Amnesty International « UK / EU / UNHCR. Unlawful and Unworkable – Amnesty International's Views on proposals for extra-territorial processing of asylum claims », IOR 61/004/2003, 38 p.

2 Si les Etats membres disposent d'un pouvoir discrétionnaire en matière de police des étrangers, ils demeurent soumis au principe selon lequel « dans un Etat de droit, l'ordre public national ne saurait justifier l'arbitraire ou l'inhumain », SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », P.U.F., Paris, 2005, 7^{ème} édition refondue, 715 p., sp. 503.

3 La définition des traitements dégradants posée par la Cour européenne des droits de l'homme est suffisamment large pour envisager son application aux transferts de personnes exercés dans des conditions mouvementées. En effet, « la Cour rappelle qu'un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause et notamment de la durée du traitement, de ses effets physiques et/ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime ». La Cour ajoute « qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 », CEDH, arrêt du 9 juin 1998, *Tekin c/ Turquie*, Rec. 1998-IV, n° 78, paragraphes 52 et 53.

4 Voir notamment, CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka c/ Belgique*, req. N° 51564/99.

5 Voir notamment, Amnesty International « UK / EU / UNHCR. Unlawful and Unworkable – Amnesty International's Views on proposals for extra-territorial processing of asylum claims », IOR 61/004/2003, 38 p., sp. 29-31.

« soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire »¹. Dans le cadre de la proposition du HCR, il revient au droit communautaire² ou aux droits des Etats membres dans lesquels ces centres fermés sont créés de respecter cette obligation. Le respect de cette dernière est en revanche plus problématique dans la proposition britannique étant entendu que les « centres de traitement de transit » sont établis dans des pays tiers. De manière générale, l'externalisation des demandes d'asile dans les pays tiers impose que les Etats membres s'assurent que les pays tiers concernés ont ratifié la convention de Genève, respectent le principe de non refoulement³ et accordent une protection effective⁴.

Quoi qu'il en soit, la proposition britannique appelle deux commentaires. Le premier tient à la transgression des principes de responsabilité et de solidarité sur lesquels la protection des réfugiés est bâtie. Les Etats européens reportant la responsabilité de l'examen des demandes d'asile et de la gestion des flux migratoires sur d'autres et acceptant de n'accueillir que les personnes ayant besoin d'une protection⁵. Le second résulte d'un mouvement tendant à se départir des obligations internationales et des instruments européens qui en assurent la pleine efficacité. Ce mouvement inquiète tant l'impératif de resituer la règle dans le domaine de l'asile est indispensable au regard des personnes concernées et des fondements d'une Communauté de droit.

Si le HCR a pris soin de contenir son projet à l'intérieur de l'Union européenne pour des raisons juridiques évidentes, le projet de la Commission européenne est tout aussi prudent et s'est inscrit dans une démarche plus raisonnée.

1 CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, Rec. 1996-III, n° 11, paragraphe 50.

2 Etant entendu que la proposition du HCR situe ce projet dans le cadre de la création d'un système européen d'asile commun, elle prévoit l'adoption d'une réglementation communautaire à cette fin, voir Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen « Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés », COM(2003) 315 final du 03.06.2003, sp. 9.

3 CEDH, 7 mars 2000, *T. I. c/ Royaume-Uni*, n° 43844/98.

4 Voir notamment, CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, Rec. 1996-III, n° 11 ; CEDH, arrêt du 11 juillet 2000, *Jabari c/ Turquie*, Rec. 2000-III ; CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka c/ Belgique*, req. N° 51564/99.

5 « Physiquement éloignés des lieux de décisions et de rétablissement, même si les médias peuvent en donner des images, les réfugiés seront moins présents dans les consciences assoupies des pays d'accueil que lorsqu'ils frappent à leurs portes. Comme le rappelle Vincent Chetail, à propos de toutes les migrations contemporaines, elles « ne sont que la conséquence de ce qui arrive au loin et ressurgit comme le rappel incarné de la clôture du monde ». L'écho de ce qui se passe au loin serait fortement affaibli et désincarné, s'il ne traversait plus les frontières », CARLIER J.-Y. « Droit d'asile et réfugiés de la protection aux droits », Académie de Droit International de La Haye, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/ Boston, 2008, 354 p., sp. 166.

II. LES SOLUTIONS EUROPÉENNES

Si le programme de La Haye a intégré la question de l'externalisation dans son projet¹, la Commission avait déjà abordé la question et avancé des solutions. L'articulation des propositions de la Commission autour des programmes de protection régionaux et de la réinstallation (A) indique que la politique européenne se transforme progressivement en politique du réfugié (B).

A. Les programmes de protection régionaux et la réinstallation

Dès le mois de novembre 2000, la Commission a abordé les thématiques du traitement des demandes d'asile dans les régions d'origine et de la réinstallation². Elle préconisait de faciliter l'arrivée des réfugiés sur base d'un mécanisme de réinstallation ayant pour effet d'offrir un examen rapide des demandes de protection et de contourner les réseaux d'immigration illégale³. Partageant le constat d'un dysfonctionnement des systèmes d'asile⁴, la Commission a présenté en 2003 une communication intitulée « vers des régimes d'asile plus accessible, équitables et organisés »⁵. Elle considérait que l'amélioration de la gestion de l'asile en Europe devait notamment permettre de consolider l'offre de protection dans la région d'origine et le traitement des demandes de protection au plus près des besoins. Cela supposait « la régulation de l'accès à l'Union européenne par l'instauration de procédures d'entrée protégée et de programmes de réinstallation ». Le Conseil européen de Thessalonique a demandé à la Commission d'approfondir sa réflexion⁶, ignorant au passage la proposition

1 « Par ailleurs, une autre étude, qui devrait être menée en étroite consultation avec le HCR, devrait évaluer le bien-fondé, le caractère opportun et la faisabilité d'un traitement commun des demandes d'asile en dehors du territoire de l'UE, qui soit complémentaire au régime d'asile européen commun et conforme aux normes internationales applicables », Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 4.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile », COM(2000) 755 final, du 22.11.2000, sp. 9-10.

3 Pour une étude comparée des programmes de réinstallation développés aux Etats-Unis et dans certains Etats membres et une analyse des perspectives offertes à l'Union européenne dans cette entreprise, voir en particulier NOLL G. & VAN SELM J. « Rediscovering Resettlement », Migration Policy Institute, Insight, December 2003, n° 3, 30 p.

4 Voir notamment, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection. (Deuxième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la Communication COM(2000)755 final du 22 novembre 2000), COM(2003) 152 final du 26.03.2003.

5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés », COM(2003) 315 final du 03.06.2003 »

6 Le Conseil européen demande notamment d'« explorer tous les paramètres permettant d'assurer que l'entrée dans l'UE des personnes qui ont besoin d'une protection internationale se fasse d'une manière plus ordonnée et mieux gérée, et [à] examiner comment les régions d'origine pourraient mieux assurer la protection de ces personnes », Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 6-2003, pp. 9-29, sp. 13, point 26.

britannique¹. Répondant à cette invitation², la Commission a recommandé l'adoption de programmes de protection régionaux (1) comprenant notamment des programmes de réinstallation au niveau de l'UE³ (2). Ces dispositifs demeurent cependant juridiquement non contraignants (3).

1. Les programmes de protection régionaux

Les programmes de protection régionaux doivent permettre de renforcer les capacités de protection dans les régions d'origine et assurer par conséquent une meilleure protection des personnes dans les régions d'origine. Une communication de septembre 2005⁴ détermine le contenu des programmes de protection régionaux, qui doit comprendre un volet réinstallation⁵, et identifie les régions appelées à en bénéficier. Concernant le contenu, la Commission indique de manière générale que la mise en place d'un projet pilote doit « s'appuyer sur une série de mesures, notamment des mesures visant à aider les pays tiers à se conformer aux obligations internationales qui leur incombent en vertu de la Convention de Genève et d'autres instruments internationaux pertinents, à accroître les capacités de protection, à améliorer l'accès à l'enregistrement et l'intégration locale, ainsi que des mesures d'assistance destinées à améliorer les infrastructures locales et la gestion des migrations »⁶.

-
- 1 A l'occasion du Conseil européen la Suède, l'Allemagne et la France s'étaient fortement opposées à la proposition britannique, voir notamment BOUTEILLET-PAQUET D. « EU regional protection programs : Enhancing protection in the region or barring access to the EU territory ? », Amnesty Internal, EU Office, September 2005, 3 p., sp. 2.
 - 2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine. « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final du 04.06.2004.
 - 3 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine. « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final du 04.06.2004, sp. 23-24.
 - 4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux », COM(2005) 388 final du 01.09.2005. Pour une critique de la communication portant notamment sur son manque d'ambition et ses imperfections, voir Amnesty International's open letter to the UK Presidency on the occasion of the Justice and Home Affairs (JHA) Council, 12 October 2005 « EU Member States threatening the integrity of the international refugee protection system », 7 October 2005, ref. B496.
 - 5 « La réinstallation dans des États membres de l'UE de réfugiés en provenance de pays des régions d'origine sera un facteur important pour montrer aux pays tiers que les programmes de protection régionaux comportent un volet « partenariat ». La Commission (...) estime que ce changement d'approche contribuera, plus largement, au succès des programmes de protection régionaux en développant considérablement les efforts actuellement déployés en matière de réinstallation au lieu de se limiter à réorganiser les mesures actuelles dans le contexte de ces programmes », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux », COM(2005) 388 final du 01.09.2005, sp. 5.
 - 6 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux », COM(2005) 388 final du 01.09.2005, sp. 3.

Concernant les régions ciblées, la Commission a proposé de développer un programme pilote dans la zone couverte par l'Ukraine, la Moldavie et le Belarus, en raison notamment de la nécessité d'obtenir des résultats rapides. Si cette région s'est imposée comme une « priorité évidente »¹, la pertinence du choix biélorusse est douteuse s'agissant d'un pays avec lequel la Communauté entretient des relations diplomatiques chaotiques en raison des violations répétées des droits de l'homme. La Tanzanie est considérée comme un partenaire africain possible², soulevant là également des critiques³. D'autres régions, telles que l'Afrique du nord, la région de l'Afghanistan ou la corne de l'Afrique, peuvent également faire l'objet d'une exploration future en vue d'y établir des programmes de protection régionaux.

2. La réinstallation

Les programmes de réinstallation au niveau de l'Union européenne visent « à accorder une protection internationale et à proposer une solution durable dans l'UE aux personnes qui en ont vraiment besoin, à faciliter leur arrivée organisée dans l'UE, ainsi qu'à se montrer solidaire et à partager les charges avec les pays des régions d'origine confrontés à des situations de réfugiés prolongés »⁴.

Le thème de la réinstallation a d'abord été abordé dans le cadre des programmes de protection régionaux. Seulement, cette composante n'a pas été développée à suffisance et a produit des résultats limités. En conséquence, la Commission a publié une communication relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation visant à intensifier le recours à cette technique⁵. Le constat de la Commission est relativement clair. D'une part, l'accueil disponible est inférieur aux besoins mondiaux en termes de réinstallation. A ce titre, la Commission souligne que l'Union européenne a accueilli 6,7 % du nombre total des réfugiés réinstallés dans le monde en 2008. D'autre part, il n'existe aucune coopération structurée entre les Etats membres sur cette question de sorte que les mesures de réinstallation s'opèrent largement par des contacts bilatéraux entre les pays de réinstallation et le HCR. Enfin, la Commission estime qu'il convient de mieux cibler les priorités et le soutien

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux », COM(2005) 388 final du 01.09.2005, sp. 6.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux », COM(2005) 388 final du 01.09.2005, sp. 8.

3 « However, it should be recalled that in 2004, the Tanzanian authorities denied adequate protection to refugees from the Great Lakes and have drastically reduced humanitarian assistance for Burundian refugees already present in the Tanzanian territory », BOUTEILLET-PAQUET D. « EU regional protection programs : Enhancing protection in the region or barring access to the EU territory ? », Amnesty Internal, EU Office, September 2005, 3 p., sp. 3.

4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine. « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final du 04.06.2004, sp. 10.

5 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, COM(2009) 447 final du 02.09.2009.

financier dans ce domaine. Dans ce contexte, la Commission propose de renforcer l'action de l'Union européenne en considérant la réinstallation comme une partie intégrante de la politique extérieure et humanitaire de l'Union européenne. Ce faisant, la Commission considère qu'une réorganisation des efforts dans ce domaine s'impose afin que la réinstallation produise des effets de la manière la plus efficace possible. Cela implique notamment de déterminer les priorités communes, de renforcer la coopération pratique notamment par le biais du Bureau européen d'appui en matière d'asile, d'intensifier le soutien financier par l'intermédiaire du Fonds européen pour les réfugiés¹ et d'assurer une meilleure coordination de la réinstallation entre Etats membres et avec les politiques extérieures de l'Union en particulier l'approche globale. Sur ce dernier point, la Commission souligne que les conclusions du Conseil JAI de novembre 2008 concernant l'accueil de réfugiés irakiens en provenance de Syrie et de Jordanie démontrent que « la réinstallation peut jouer un rôle important dans les politiques extérieures de l'Union européenne »². En effet, ces conclusions témoignent, d'une part, des efforts de l'Union dans ce domaine et soulignent, d'autre part, que la réinstallation « contribue au maintien d'un espace de protection »³ dans ces deux pays tiers. Le programme de Stockholm adopté fin 2009 par le Conseil européen devrait mettre en lumière les prochaines orientations de la politique européenne en matière de réinstallation.

3. *Des options juridiquement non contraignantes*

Si la mise en œuvre des programmes de protection régionaux et de réinstallation bénéficie de soutiens techniques et financiers au titre des programmes AENEAS, TACIS⁴ ou du Fonds européen pour les réfugiés⁵, l'approche juridique du dispositif soulève quelques difficultés. En effet, cette nouvelle orientation de la politique d'asile ne se développe pas sur la base de dispositifs juridiques contraignants, raison pour laquelle ils sont qualifiés de « programmes ». Cette situation s'explique de deux manières. Tout d'abord, les programmes de protection régionaux doivent comprendre un volet « immigration légale »⁶ pour lequel la Communauté ne dispose pas compétence

1 Voir sur ce point, Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision n° 573/2007/CE portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, COM(2009) 456 final du 02.09.2009.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, COM(2009) 447 final du 02.09.2009, sp. 11.

3 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, COM(2009) 447 final du 02.09.2009, sp. 5.

4 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux », COM(2005) 388 final du 01.09.2005, sp. 7.

5 Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision n° 573/2007/CE portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, COM(2009) 456 final du 02.09.2009.

6 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur

externe faute, pour l'heure, d'avoir exercé la compétence correspondante en interne. En conséquence, la conclusion d'un accord juridiquement contraignant impliquerait la participation conjointe de la Communauté et des Etats membres, ce qui rendrait le processus juridique long et difficile. Ensuite, et surtout, les Etats membres ne souhaitent pas être juridiquement contraints vis-à-vis de la mise en œuvre de ces nouvelles formes d'action extérieure. Le refus de la contrainte juridique ressort très nettement en matière de réinstallation, alors même que certains auteurs estiment que plusieurs dispositions du traité peuvent constituer une base juridique aux fins de l'adoption de programmes de réinstallation¹. Ainsi, les programmes de réinstallation doivent être flexibles et non-contraignants². Cette approche basée sur le volontariat n'a pas été remise en cause par le Livre vert³, le Plan d'action en matière d'asile⁴, le Pacte européen sur l'immigration et l'asile⁵ et la communication de la Commission relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation⁶.

Si l'action extérieure en matière d'asile repose sur le principe de solidarité et de responsabilité en proposant d'améliorer les capacités de protection des pays tiers et en

le renforcement des capacités de protection des régions d'origine. « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final du 04.06.2004, sp. 21.

- 1 Voir notamment LASSEN N. M. & EGESBERG L., VAN SELM J. & TSOLAKIS E., DOOMERNIK J. « The transfer of protection status in the EU, against the background of the common European asylum system and the goal of a uniform status, valid throughout the Union, for those granted asylum », European Commission, 2004, 197 p. sp. 141-142. « This study has been carried out by the Danish Refugee Council, the Migration Policy Institute and the Institute for Migration and Ethnic Studies on behalf of the European Commission (Directorate General for Justice and Home Affairs). The opinions expressed by the authors do not necessarily reflect the position of the European Commission »
- 2 « Dans le futur cadre d'un éventuel programme de réinstallation au niveau de l'UE, un objectif annuel total pourrait être fixé au niveau européen quant au nombre de personnes à réinstaller. Un tel objectif serait toutefois non-contraignant dans un premier temps et il appartiendrait aux Etats membres d'établir leurs propres objectifs chiffrés en matière de réinstallation », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine. « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final du 04.06.2004, sp. 10.
- 3 « La Commission réfléchit aujourd'hui à la manière d'apporter un soutien financier global aux activités de réinstallation menées par les États membres, mais aussi de mettre en œuvre un engagement ferme de l'UE sur ce point dans les programmes de protection régionaux. Si cette voie devait être approfondie, les États membres pourraient être encouragés de diverses manières. L'Union pourrait les aider à élargir et à améliorer leurs programmes nationaux de réinstallation et les encourager à participer activement au volet « réinstallation » des programmes de protection régionaux. Il pourrait également s'avérer utile de se demander comment mettre au point une approche commune en ce qui concerne les moyens utilisés pour mettre en œuvre les activités de réinstallation dans le cadre des programmes de protection régionaux, afin d'en améliorer l'efficacité et la coordination et de dégager des économies d'échelle », Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007) 301 final du 06.06.2007, sp. 15.
- 4 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 10.
- 5 Le développement de la réinstallation doit s'effectuer « sur la base du volontariat », Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08*, du 24 septembre 2008, sp. 12.
- 6 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la création d'un programme européen commun de réinstallation, COM(2009) 447 final du 02.09.2009.

établissant des programmes de réinstallation dans l'Union européenne, conformément à deux études commandées à ce sujet¹, le processus demeure politique. Il indique néanmoins une transformation profonde de la politique européenne.

B. De la politique d'asile à la politique du réfugié

Le mouvement tendant à faire supporter le traitement des demandes d'asile sur les pays tiers limitrophes de la Communauté s'impose comme une composante de la politique européenne, qu'il s'agisse de la communautarisation des notions de pays tiers sûrs ou du développement de programmes de protection régionaux. Souvent considéré comme faisant peser sur les pays tiers une charge et des obligations que les Etats membres de l'Union européenne refusent de satisfaire, ce mouvement peut s'analyser différemment.

La politique extérieure proposée par la Commission s'inscrit dans un mouvement permettant de renforcer la future politique européenne dans son ensemble. Tout d'abord, le développement de programmes de protection régionaux et de programmes de réinstallation situe enfin la politique européenne dans la logique du « partenariat avec les tiers » annoncée lors du Conseil de Tampere. Ainsi, la politique d'asile devient une composante de la politique extérieure en matière migratoire². Ensuite, et surtout, ce mouvement, endossé par les Etats membres³, dévoile une transformation de la politique d'asile. Considérée initialement comme une politique figée sur l'harmonisation des législations nationales, la politique se transforme progressivement en politique des réfugiés. En basant l'action sur un programme de protection des personnes dans les

1 NOLL G., FAGERLUND J. & LIEBAUT F. « Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims outside the EU against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of the Common Asylum Procedure », European Community, 2002. « This study has been carried out by the Danish Centre for Human Rights on behalf of the European Commission (Directorate General for Justice and Home Affairs). The opinions expressed by the authors do not necessarily reflect the position of the European Commission » ; LASSEN N. M. & EGESBERG L., VAN SELM J. & TSOLAKIS E., DOOMERNIK J. « The transfer of protection status in the EU, against the background of the common European asylum system and the goal of a uniform status, valid throughout the Union, for those granted asylum », European Commission, 2004, 197 p. « This study has been carried out by the Danish Refugee Council, the Migration Policy Institute and the Institute for Migration and Ethnic Studies on behalf of the European Commission (Directorate General for Justice and Home Affairs). The opinions expressed by the authors do not necessarily reflect the position of the European Commission ».

2 « Les programmes de protection régionaux de l'UE correspondraient à un « arsenal » de mesures, déjà existantes pour certaines, en cours d'élaboration ou en attente de proposition pour d'autres (voir les programmes de réinstallation évoqués plus haut). Ces mesures seraient essentiellement axées sur la protection. Compte tenu, cependant, de la nécessité d'évaluer et de concilier au mieux tous les intérêts en jeu, notamment l'intérêt déjà exprimé par les pays tiers en faveur de mesures ayant trait aux migrations, les mesures détaillées ci-après pourraient faire partie de cet arsenal », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine. « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final du 04.06.2004, sp. 20.

3 Conseil justice et affaires intérieures du 12 octobre 2005, *Doc.* 12645/05, sp. 10-12.

régions d'origine ou de transit combiné avec des mesures de réinstallation, la politique européenne place en réalité la question de l'asile dans une thématique plus générale relevant de la protection des réfugiés. De fait, le positionnement de la Commission européenne¹ sur cette question oblige les Etats membres à outrepasser une perception figée et unilatérale de la thématique. Ce constat invite finalement à relativiser les effets de l'externalisation laquelle constitue un renouvellement de la politique extérieure de l'Union européenne sous la forme de « partenariat ».

Il s'agit au fond de penser la protection dans sa globalité et de permettre aux personnes ayant besoin d'une protection internationale de pouvoir y accéder le plus rapidement possible et dans les meilleures conditions. Ainsi, la contribution financière², technique et politique de la Communauté et des Etats membres vise à ce que les pays tiers renforcent leur système de protection, ce qui en soi n'apparaît pas scandaleux. En revanche, cette logique ne peut fonctionner que pour autant que les principes de responsabilité et de solidarité soient respectés. Ce n'est qu'à ce titre que la politique extérieure peut remplir ses objectifs de protection et d'efficacité.

L'externalisation de la politique d'asile fait naître deux impressions. La première, optimiste, perçoit le mouvement comme un phénomène englobant la question de l'asile dans le contexte plus large de la gestion des réfugiés et mobilisant les actions et instruments de l'Union européenne dans un souci de cohérence interne et de partenariat avec les pays tiers³. La seconde, plus contrastée, repose sur l'idée que quoi qu'il advienne, les Etats membres ont entrepris de faire supporter aux pays tiers le traitement des demandes de protection internationale et l'accueil des réfugiés moyennant notamment une contrepartie financière⁴, comme si la question de la protection des personnes se résumait à la signature d'un chèque et à l'acceptation de ce dernier par les pays tiers.

1 « The one important point that emerges from those developments is that, in spite of the bureaucratic work program, with its focus on five building blocks and approximation or harmonization of Member States' national policies, governments leaders have been impatient and sought to engage a broader debate about how Europe could approach refugee protection. Much of the language has been misguided at best, but the general direction has coincided with an effort by the European Commission to seek to broaden the EU's role in refugee issues away from asylum alone, and into broader refugee protection, through resettlement and through greater assistance to regions of origin », VAN SELM J. « European Refugee policy : is there such a thing ? », UNHCR Working Paper n° 115, may 2005, 26 p., sp. 16.

2 Décision n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JO L 144/1 du 06.06.2007.

3 Voir sur ce point, communication de la Commission « Une stratégie relative à la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », COM(2005) 491 final du 12.10.2005.

4 Pour une vision critique de ce mouvement, voir notamment HAYES B. « Killing me softly ? « Improving access to durable solutions » : doublespeak and the dismantling of refugee protection in the EU », Statwatch Analysis, document disponible sur le site Internet de l'association Statwatch.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le bilan de la politique européenne d'asile soulève deux commentaires. En premier lieu, son faible degré d'harmonisation n'atteint pas les objectifs de Tampere visant à établir les fondements d'un régime d'asile européen commun¹. La seconde phase de réalisation du régime d'asile européen commun doit aboutir à l'établissement d'une procédure commune d'asile et d'un statut uniforme pour les personnes bénéficiant de l'asile ou d'une protection subsidiaire². En dépit de résultats approximatifs atteints au cours de la première phase, la stratégie du Commissaire VITORINO, visant à adopter coûte que coûte l'agenda de Tampere, s'avère payante dans la mesure où il existe désormais un cadre juridique minimal commun aux Etats membres dont l'approfondissement s'impose comme un impératif³. Cette logique ne s'est pas démentie en pratique puisque l'ensemble des textes ont fait l'objet de propositions de « refonte » présentées par la Commission européenne. Ces propositions concernent la directive « qualification »⁴, la directive « procédures »⁵, l'accueil des demandeurs d'asile⁶ et le système « Dublin »⁷. Ainsi, d'une première phase ayant eu pour principale caractéristique de créer un climat

1 « Ce régime devrait comporter, à court terme, une méthode claire et opérationnelle pour déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, des normes communes pour une procédure d'asile équitable et efficace, des conditions communes minimales d'accueil des demandeurs d'asile, et le rapprochement des règles sur la reconnaissance et le contenu du statut de réfugié. Il devrait aussi être complété par des mesures relatives à des formes subsidiaires de protection offrant un statut approprié à toute personne nécessitant une telle protection », Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 9, paragraphe 14.

2 Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, point 1.3, sp. 4.

3 « Dans l'ensemble, les instruments législatifs de la première phase du RAEC peuvent être considérés comme une réalisation importante, qui jette les bases de la seconde phase. Des lacunes ont cependant été constatées et il est manifeste que les normes minimales communes adoptées n'ont pas créé les conditions égales souhaitées. La Commission entend donc proposer une modification de la législation existante et étudier de nouveaux instruments », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Plan d'action en matière d'asile. Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union » COM(2008) 360 final du 17.06.2008, sp. 4.

4 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, et relatives au contenu de cette protection, COM(2009) 551 final du 21.10.2009.

5 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les États membres, COM(2009) 554 final du 21.10.2009.

6 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, COM(2008) 815 final du 03.12.2008.

7 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, COM(2008) 820 final du 03.12.2008.

de confiance et d'évaluation mutuelle entre les acteurs étatiques¹, la seconde étape de la politique européenne d'asile doit permettre un approfondissement législatif et opérationnel grâce notamment au support du Bureau européen d'appui. En second lieu, la réorientation de la politique européenne d'asile en direction des pays tiers situe la politique d'asile dans sa dimension globale et son contexte international. Ainsi, le développement d'une politique de protection en amont de la frontière présente l'avantage de soulager les tensions s'exerçant sur la frontière extérieure de l'Union en facilitant le contrôle qui y est aménagé². Cela permet également de dépassionner les confrontations entre politique d'immigration et politique d'asile³. Si l'ensemble de ces améliorations doit permettre d'assurer une meilleure protection des personnes, elles permettent à l'Union européenne de retrouver son identité humanitaire⁴.

1 VAN SELM J. « European Refugee policy : is there such a thing ? », UNHCR Working Paper n° 115, may 2005, 26 p., sp. 11.

2 Voir, VAN SELM J. « Immigration and Regional Security » in GUILD E. & VAN SELM J. « International Migration and Security », Routledge, London - New York, 2005, 280 p., pp. 11-27.

3 « If effectively implemented, a comprehensive policy approach indeed carries the ingredients for reducing and preventing irregular movements of refugees and asylum-seekers, and for addressing adequately the various elements of the asylum and migration nexus », VAN DER KLAUW J. « Irregular Migration and Asylum-Seeking : Forced Marriage or Reason for Divorce ? » in BOGUS B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 115-135, sp. 132.

4 VAN SELM J. « Immigration and Regional Security » in GUILD E. & VAN SELM J. « International Migration and Security », Routledge, London - New York, 2005, 280 p., pp. 11-27, sp. 25.

Conclusion du Titre 1

Le bilan de l'action normative de la Communauté en matière migratoire est très inégal et il pose en définitive la question de la plus-value et de l'utilité des règles communautaires. Le domaine de l'immigration légale permet de porter le jugement le plus négatif dans la mesure où l'apport des règles communautaires est minimal. Qu'il s'agisse de la directive relative au droit au regroupement familial ou de la directive relative aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, le droit communautaire réalise le service minimum en communautarisant largement les règles existantes dans les systèmes nationaux et en établissant une coordination des politiques nationales. L'immigration économique témoigne en revanche de la difficulté des Etats membres à accepter le jeu de la communautarisation. Si cette dernière est envisagée, ce n'est que dans des domaines limitativement déterminés et selon des règles peu ou pas contraignantes pour les Etats membres. Le domaine de la politique d'asile fait l'objet d'une approche différente. Matériellement tout d'abord, le traité identifie plusieurs domaines d'action qui couvrent de larges pans de la matière. Politiquement ensuite, l'objectif d'établir un régime d'asile européen commun constitue un puissant facteur d'action. Juridiquement enfin, la convention de Genève fixe un cadre préexistant dont il convient d'assurer le respect. Si les règles communautaires adoptées dans ce domaine lors de la première phase sont insuffisantes, elles constituent une première étape dont l'approfondissement est engagé, au plan normatif et opérationnel. En contrechamps apparaissent les règles adoptées dans le domaine de la gestion des frontières extérieures et de la lutte contre l'immigration irrégulière ou clandestine. Ici, le bilan est significatif puisque le premier domaine bénéficie d'une harmonisation complète et le second d'un processus d'harmonisation continue. Si l'existence préalable de règles communes adoptées dans le cadre de la coopération de Schengen justifie ce degré d'harmonisation, un autre facteur joue en faveur de l'harmonisation. En effet, la volonté politique des Etats membres de mettre en œuvre une politique commune forte de contrôle et d'éloignement des ressortissants de pays tiers impose de dépasser la logique normative et de s'engager dans l'action opérationnelle. Or, l'action opérationnelle n'est possible que si les Etats membres ont atteint un fort degré d'harmonisation législative. Dans ce domaine, et en d'autres termes, l'action législative de la Communauté est utilisée ou instrumentalisée afin de permettre de développer une action opérationnelle commune. C'est dans ce

contexte et au service de cette logique que s'est développée une action opérationnelle importante de la Communauté et des États membres.



TITRE 2

LES PRIORITÉS DE L'APPROCHE OPÉRATIONNELLE

L'exercice de la compétence communautaire ne pose pas seulement une question de répartition horizontale – ou matérielle – des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Cet exercice implique aussi une lecture verticale de la répartition des compétences invitant à s'interroger sur l'articulation des compétences entre la Communauté et les Etats membres au moment de la mise en œuvre des règles communautaires. S'il est classiquement convenu que les Etats membres appliquent et exécutent les règles communautaires, la répartition verticale des compétences est beaucoup plus complexe en réalité. En effet, et comme l'explique le Professeur SIMON, la répartition verticale des compétences est caractérisée « par une tension structurelle entre le *principe de décentralisation*, qui fait des Etats membres les relais de la mise en œuvre du droit communautaire et le *principe d'uniformité*, qui suppose une coopération contrôlée des autorités nationales à l'application effective des normes communes »¹. En pratique, cette tension est régulée par des mécanismes de contrôle prévus par le traité. Toutefois, l'exigence d'application uniforme et effective du droit communautaire peut conduire à une remise en cause du principe de décentralisation et imposer une intervention plus forte de la Communauté au niveau de la mise en œuvre du droit communautaire. Cette situation est apparue dans le domaine de la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne. En effet, suite à la communautarisation de l'acquis de Schengen et dans un climat politique mêlant menace terroriste² et perspective

1 SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 2001, 3^{ème} édition, 779 p., sp. 154-155.

2 Le Conseil européen de Laeken de décembre 2001 indique qu'un meilleur contrôle des frontières extérieures de l'Union doit contribuer « à lutter contre le terrorisme, les filières d'immigration illégale et

d'élargissement¹, la nécessité d'assurer un contrôle uniforme de la frontière extérieure du territoire communautaire² est devenue une priorité commune³ qui a conduit à une remise en cause du mode d'exécution classique du droit communautaire. Ainsi, l'intervention communautaire s'est manifestée de deux manières ayant pour finalité de situer la Communauté dans le domaine de l'exécution opérationnelle de la politique de gestion des frontières extérieures. Le premier mouvement a concerné l'intensification de la coordination de l'exécution administrative de la politique (Chapitre 1) avant que la Communauté ne procède à un véritable encadrement de l'exécution opérationnelle de la politique (Chapitre 2).

Chapitre 1. La coordination de l'exécution administrative

Chapitre 2. L'encadrement de l'exécution opérationnelle

la traite des êtres humains », Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, conclusions de la présidence, SN/300/01, sp. 13.

- 1 Voir à ce sujet, CORRADO L. « Negotiating the EU external Border », *in* BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 183-203.
- 2 « Most of the complication is caused by the unfinished status of the EU as neither a nation state nor a full-size federation. The border thus resembles a scattered line surrounding a colorful patchwork of separate territories. The so-called 'EU border' is subdivided into a number of loosely connected national segments, each of them attended to by several services. As a consequence, EU-specific IBM [Integrated Management Border] needs to take care – beyond the normal challenges – of the reconciliation between the many bits and pieces found on the chequered Union map. Unlike the US, there is nothing such as a coherent EU territory characterized by a single legal system and protected by a single border service performing its duty from coast to coast », HOBING P. « Integrated Borders Management at EU Level » *in* BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 155-181, sp. 161.
- 3 Dans la mesure où les agents des services nationaux de contrôle des frontières extérieures « sont de fait dès maintenant les gardes-frontières des Etats membres de l'Union européenne », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 11.

Chapitre 1

La coordination de l'exécution administrative

La coordination de l'exécution administrative se manifeste de deux manières. La première consiste à développer un ensemble de dispositifs, contraignants ou non contraignants, ayant pour objectif d'améliorer l'exécution de la politique. Dans ce cadre, la Communauté a adopté des règles visant à encadrer l'exécution du droit communautaire par les autorités nationales ou à intensifier la coopération des autorités nationales. Ayant pour objectif d'assurer l'application uniforme du droit communautaire et une synergie entre les administrations nationales dans la mise en œuvre de la politique, ces dispositifs témoignent d'un phénomène d'intégration progressif de l'exécution administrative dans le schéma communautaire (Section 1). La seconde manière de coordonner l'action des autorités nationales ressort de la création et du développement important de systèmes informatisés. Etablis sur le principe de la collecte et du partage des informations entre autorités nationales, l'utilisation de ces bases de données contribue à une « standardisation » de l'exécution des règles communautaires par les autorités nationales. Leur utilisation doit toutefois être encadrée afin de déterminer les conditions de consultation et assurer la protection des personnes (Section 2).

SECTION 1. L'INTÉGRATION DE L'EXÉCUTION ADMINISTRATIVE

La nécessité d'assurer une meilleure coopération entre les autorités nationales et d'améliorer la coordination des actions nationales n'est pas une nouveauté en soi. La

coopération de Schengen témoigne du développement de nombreux dispositifs en ce sens, qu'il s'agisse de la coopération consulaire en matière de délivrance de visas de court séjour ou encore de l'adoption de catalogues formulant des recommandations aux autorités nationales basées sur les meilleures pratiques recensées dans les Etats membres¹. Le développement de la politique migratoire perpétue cette logique en particulier dans le domaine du franchissement des frontières extérieures (Sous-section 1). Le domaine de la politique du retour emprunte, en revanche, une voie différente. Face à la difficulté d'adopter des règles communes relatives à l'éloignement des ressortissants de pays tiers, les Etats membres ont fait le choix d'adopter des règles assurant, d'une part, la reconnaissance mutuelle des décisions nationales et, d'autre part, une meilleure coordination de leur exécution administrative. Ainsi, la coordination administrative pallie l'absence de normes communautaires de fond et permet l'émergence d'une approche commune dans un domaine politiquement sensible (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'ENCADREMENT DE L'EXÉCUTION ADMINISTRATIVE DANS LE DOMAINE DU FRANCHISSEMENT DES FRONTIÈRES EXTÉRIEURES

Dans la continuité de l'existant, les règles communautaires poursuivent l'encadrement de l'exécution administrative de la politique migratoire. Cela concerne l'encadrement de la mise en œuvre opérationnelle de la gestion des frontières extérieures (I) et l'intensification de la coopération consulaire dans le domaine de la délivrance des visas de court séjour (II).

I. LA GESTION DES FRONTIÈRES EXTÉRIEURES

Si le règlement n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes² (ci-après Code frontières Schengen)

1 Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général « UE – Catalogue Schengen. Contrôles aux frontières extérieures, éloignement et réadmission : recommandations et meilleures pratiques », Février 2002, 56 p. ; Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général « UE – Catalogue Schengen. Système d'Information Schengen ; Sirene : recommandations et meilleures pratiques », Volume 2, Décembre 2002, 40 p. ; Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général « UE – Catalogue Schengen. Délivrance des visas : recommandations et meilleures pratiques », Volume 3, Mars 2003, 28 p. ; Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général « UE – Catalogue Schengen. Coopération policière : recommandations et meilleures pratiques », Volume 4, Juin 2003, 34 p.

2 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JO L 105/1 du 13.06.2006.

établit un ensemble de règles que les gardes-frontières nationaux doivent observer lors de l'exercice de leurs missions (A), la Commission a adopté un « manuel pratique » définissant des lignes directrices que les autorités nationales doivent respecter lors des contrôles des personnes aux frontières (B).

A. Le Code frontières Schengen

Reffet de la convention de Schengen¹, le Code frontières Schengen contient plusieurs dispositions à vocation opérationnelle. Ces dernières imposent des obligations de comportement aux Etats membres en matière de surveillance des frontières.

Complément de l'article 6 de la convention de Schengen, l'article 12 du Code frontières Schengen définit les règles opérationnelles applicables à la surveillance des frontières extérieures. Si le premier paragraphe de l'article 12 pose le principe de la surveillance des frontières², les autres dispositions contiennent un ensemble de prescriptions portant sur le contrôle effectif des frontières extérieures. Elles correspondent, en définitive, à une liste de bonnes pratiques adressées aux Etats membres. Ainsi, le règlement n° 562/2006 encadre les modalités de formation des gardes-frontières, qui doivent agir en unité fixe ou mobile, pour « empêcher et (...) dissuader les personnes de se soustraire aux vérifications aux points de passage frontaliers »³. Le règlement ajoute que la surveillance entre les points de passage frontaliers doit être assurée par des gardes-frontières dont les effectifs et les méthodes sont adaptés aux risques et aux menaces existants. En outre, les périodes de surveillance doivent être modifiées de manière fréquente et inopinées pour que les personnes souhaitant se soustraire à la réglementation risquent en permanence d'être découvertes. Enfin, le quatrième paragraphe de l'article 12 signale que les unités de surveillance patrouillent et se postent à des endroits réputés sensibles de manière à appréhender les individus franchissant illégalement la frontière. Au fond, l'article 12 du Code communautaire définit des bonnes pratiques dont l'observation apparaît élémentaire mais dont l'inobservation semble parallèlement difficile à sanctionner⁴. De façon

1 « L'adoption de mesures communes ayant trait au franchissement des frontières intérieures par les personnes, ainsi qu'au contrôle aux frontières extérieures, devrait refléter l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne et, notamment, les dispositions pertinentes de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg (Benelux), de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, et du manuel commun », Point 3 du préambule du règlement (CE) n° 562/2006.

2 Article 12, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 562/2006 « La surveillance des frontières a pour objet principal d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière, de lutter contre la criminalité transfrontalière et de prendre des mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement la frontière ».

3 Article 12, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 562/2006.

4 Qu'advient-il par exemple de l'Etat membre qui modifie fréquemment les périodes de surveillance mais omet de remplir l'obligation de changements inopinés ? La sanction de l'Etat défaillant apparaît complexe sachant qu'aucune obligation de communication sur ce point n'est requise par le règlement.

générale, l'article 12 n'emporte pas la conviction tout autant que l'article 14 qui apparaît surabondant¹.

Les articles 15 et 16 du Code frontières Schengen suscitent davantage d'intérêt. En effet, ils situent le contrôle des frontières extérieures exercé par les autorités nationales dans une logique de coopération étroite entre services nationaux. Dans ce cadre, le Code frontières Schengen souligne que les Etats membres doivent encourager les gardes-frontières professionnels à apprendre des langues nécessaires à l'exercice de leur fonction. En pratique, l'intervention de plusieurs corps de sécurité sur une même zone frontalière rend difficile la coordination opérationnelle. L'apprentissage de la langue, mais également la formation sur les règles régissant le contrôle aux frontières ainsi que sur les droits fondamentaux², constituent des bonnes pratiques dont la mise en œuvre doit assurer et améliorer la gestion opérationnelle des frontières.

La détermination dans le Code frontières Schengen de règles à caractère opérationnel peut étonner dans la mesure où elles auraient pu faire l'objet d'une délimitation par le biais des pouvoirs d'exécution, ce qui n'a pas été le cas. En revanche, la Commission européenne a complété ce cadre juridique en adoptant une recommandation établissant un « Manuel pratique à l'intention des garde-frontières », autrement appelé Manuel commun.

B. Le « Manuel pratique des garde-frontières »

Le Manuel commun constitue un instrument opérationnel de mise en œuvre uniforme des règles du Code frontières Schengen par les autorités compétentes en matière de contrôle aux frontières des Etats membres³. Ce document établit des lignes directrices, des bonnes pratiques ou encore des recommandations relatives à l'exercice des fonctions de gardes-frontières dans les Etats Schengen. L'avant-propos de la recommandation de la Commission précise toutefois que « le présent manuel n'est pas destiné à créer des obligations juridiquement contraignantes ni à établir de nouveaux droits et obligations pour les garde-frontières ou toute autre personne qu'il pourrait concerner ».

Voir à ce titre l'article 34 du Code frontières Schengen qui dresse la liste des informations que les Etats membres doivent communiquer à la Commission.

- 1 Article 14 du règlement (CE) n° 562/2006 « Les Etats membres mettent en place les effectifs et les moyens appropriés et suffisants pour exercer le contrôle aux frontières extérieures, conformément aux articles 6 à 13, de manière à assurer un contrôle efficace, de haut niveau et uniforme à leurs frontières extérieures ». Le propos peut toutefois être nuancé au sujet de cette disposition dans la mesure où les Etats membres doivent communiquer à la Commission « la liste des services nationaux chargés du contrôle aux frontières », conformément à l'article 34, point d).
- 2 Article 16, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 562/2006 « Les Etats membres proposent des formations sur les règles régissant le contrôle aux frontières ainsi que sur les droits fondamentaux. A cet égard, il est tenu compte des normes communes de formation établies et développées par l'Agence ».
- 3 Recommandation de la Commission du 06/XI/2006 établissant un « Manuel pratique à l'intention des garde-frontières (manuel Schengen) » commun à utiliser par les autorités compétentes des Etats membres lors du contrôle des personnes aux frontières, C(2006)5186 final.

La partie du Manuel commun consacrée aux « Vérifications aux frontières » détaille les pratiques à observer dans le cadre des procédures de vérification ainsi qu'une série de recommandations portant sur les contrôles exercés aux frontières terrestres, aériennes, maritimes et dans les eaux intérieures des Etats membres. De manière générale, le Manuel commun reprend les annexes figurant dans le Code frontières Schengen et apporte des précisions lorsque cela est jugé nécessaire. Tel est le cas par exemple d'un paragraphe décrivant la conduite à tenir en cas de résultats positifs après consultation du SIS, ou encore des méthodes de vérification des documents de voyage en vue d'accepter ou de refuser l'entrée sur le territoire des Etats membres¹.

En définitive, le Manuel commun se situe dans la lignée des « catalogues Schengen ». Il recense les bonnes pratiques que les autorités nationales sont invitées à mettre en œuvre dans l'exercice de leurs fonctions afin notamment d'assurer une application uniforme des règles communautaires. Considéré comme le « principal outil d'exécution »² du droit communautaire en matière de contrôle aux frontières, il témoigne de l'appropriation progressive de la dimension opérationnelle par les institutions communautaires.

Qu'il s'agisse du Code frontières Schengen et de ses annexes ou encore du Manuel commun adopté par la Commission, le domaine de la gestion opérationnelle des frontières extérieures des Etats membres fait l'objet d'un encadrement progressif par les règles et institutions communautaires. Même si l'inobservation de ces règles demeure difficile à sanctionner, un mouvement de fond s'affirme visant, sous couvert d'application uniforme des règles communautaires, à délimiter les conditions de mise en œuvre opérationnelle des règles communautaires et à organiser, ce faisant, une convergence des pratiques nationales.

1 A titre d'exemple, « une équipe de cyclistes du Nigeria part en Ukraine, affirmant qu'ils vont participer à une course cycliste qui y est organisée. Ils arrivent à l'aéroport de Varsovie (Pologne) et déclarent qu'ils vont rejoindre l'Ukraine par bus. Au cours de la vérification de première ligne, on découvre que, bien qu'ils aient un visa de transit valable pour la Pologne, ils ne possèdent pas de visa valable pour entrer en Ukraine. Une interrogation plus approfondie est réalisée en deuxième ligne, où ils présentent un document confirmant leur participation à la course et affirment qu'il n'y aura aucun problème pour obtenir des visas à la frontière ukrainienne. Cependant, ces cyclistes ne possèdent même pas les bicyclettes nécessaires à la course et ne peuvent pas non plus expliquer de façon convaincante où et comment ils se les procureront une fois en Ukraine. Après consultation des garde-frontières ukrainiens sur le sujet, et compte tenu de leur opinion négative quant à la possibilité de délivrer un visa à la frontière dans ce cas, une décision de refus d'entrée est prise », Recommandation de la Commission du 06/XI/2006 établissant un « Manuel pratique à l'intention des garde-frontières (manuel Schengen) » commun à utiliser par les autorités compétentes des Etats membres lors du contrôle des personnes aux frontières, C(2006)5186 final, sp. 38-39.

2 « Afin de favoriser la mise en œuvre uniforme des règles communautaires relatives au contrôle aux frontières, les Etats membres devraient donner ordre à leurs autorités nationales compétentes pour procéder au contrôle des personnes aux frontières, d'utiliser le manuel pratique, joint en annexe, comme leur principal outil d'exécution de leurs missions de contrôle aux frontières », Recommandation de la Commission du 06/XI/2006 établissant un « Manuel pratique à l'intention des garde-frontières (manuel Schengen) » commun à utiliser par les autorités compétentes des Etats membres lors du contrôle des personnes aux frontières, C(2006)5186 final, sp. 2.

II. LA POLITIQUE DES VISAS

La coordination de l'action des autorités nationales dans le domaine de la délivrance des visas emprunte deux voies. Il s'agit tout d'abord de relancer et d'intensifier la coopération consulaire locale (A) et de développer ensuite une approche visant à la mutualisation des consulats (B).

A. L'intensification de la coopération consulaire locale

L'établissement par la coopération de Schengen d'une coopération consulaire locale¹ entre les autorités nationales devait favoriser une harmonisation pragmatique des pratiques nationales² et contribuer à l'élaboration d'une politique commune en matière de délivrance des visas. Cependant, la collaboration informelle établie par les instructions consulaires communes n'a pas atteint les objectifs escomptés. Le fait qu'elle « recommande plus qu'elle n'impose »³ n'était pas de nature à créer les conditions d'une concertation poussée entre autorités nationales dans une matière aussi sensible. Pire, la coopération consulaire locale a failli dans la création d'un cadre commun de dialogue structuré et approfondi⁴, de sorte que le Conseil a réclamé son intensification et son renforcement⁵. En définitive, la greffe de la coopération consulaire locale n'a pas pris et demeurait étrangère aux usages des autorités consulaires et diplomatiques des États membres⁶.

Afin de remédier à cette situation, le Code communautaire des visas⁷ introduit un article 48 relatif à la coopération locale au titre de Schengen entre les consulats des États membres. Destinée à améliorer le dispositif existant, le règlement vise comme

1 Instructions consulaires communes, adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, JO C 310/1 du 19.12.2003, sp. 20-22.

2 Voir sur ce point, « Catalogue Schengen. Délivrance des visas : recommandations et meilleures pratiques », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, DG H, Volume 3, mars 2003, 28 p.

3 Bilan et perspectives de la coopération consulaire en matière de visa, *Doc. 14569/01* du 27.11.2001.

4 « L'expérience a montré que la qualité de la coopération consulaire dépend principalement de la volonté des agents sur place. Au fil du temps et au gré des changements d'affectation des agents, la coopération consulaire s'est progressivement diluée pour se résumer, bien souvent, à quelques réunions où les mêmes questions théoriques sont sans cesse passées en revue. Le « système » Schengen perd alors sa cohérence et son efficacité », Bilan et perspectives de la coopération consulaire en matière de visa, *Doc. 14569/01* du 27.11.2001, sp. 2.

5 Voir entre autres les documents suivants, *Doc. 5054/03* du 07.01.2003, *Doc. 9991/03* du 02.06.2003, *Doc. 10529/03* du 16.06.2003, *Doc. 13620/04* du 15.10.2004.

6 Ou encore, comme le soulignait la Commission européenne, « Les ICC contiennent un chapitre sur la coopération consulaire au niveau local, qui en expose le cadre en termes généraux et mentionne certaines questions appelant une adaptation au contexte local. La mise en œuvre de cette coopération n'ayant toutefois pas été, jusqu'à présent, très satisfaisante en matière de délivrance de visas, comme le démontrent les rapports des missions ciblées (...) », Projet de proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, COM(2006) 403 final du 19.07.2006, sp. 30.

7 Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243/1 du 15.09.2009.

le soulignait la proposition de la Commission à déterminer « clairement la répartition des tâches entre les représentations ainsi que leur fréquence »¹. Ainsi, l'article 48 du Code communautaire des visas définit les domaines de collaboration entre les autorités consulaires locales², les informations qui doivent être échangées³ ainsi que la fréquence et les thèmes des réunions⁴. Si l'intensification de la coopération consulaire dans un domaine marqué par la « discrétion et la réticence à faire part de son activité au monde extérieur »⁵ doit permettre d'améliorer l'échange d'informations⁶ et la convergence pratique entre les acteurs nationaux, elle doit également permettre l'adoption de mesures

1 Projet de proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, COM(2006) 403 final du 19.07.2006, sp. 30.

2 Article 48, paragraphe 1^{er}, du Code communautaire des visas « Afin de garantir une application uniforme de la politique commune des visas, eu égard au contexte local le cas échéant, les missions diplomatiques et consulaires des États membres ainsi que la Commission collaborent dans chaque ressort territorial et apprécient la nécessité d'établir notamment :

- (a) une liste harmonisée des justificatifs devant être produits par les demandeurs, compte tenu de l'article 14 et de l'annexe II ;
- (b) des critères communs pour l'examen des demandes en ce qui concerne les exemptions de frais de visas conformément à l'article 16, paragraphe 5, et les questions liées à la traduction du formulaire de demande conformément à l'article 11, paragraphe 5 ;
- (c) une liste exhaustive des documents de voyage délivrés par le pays hôte, qui devra être actualisée régulièrement.

Si, en ce qui concerne un ou plusieurs des points a) à c), l'évaluation réalisée dans le cadre de la coopération locale au titre de Schengen confirme la nécessité d'une approche harmonisée locale, des mesures sont adoptées à cet égard, conformément à la procédure visée à l'article 52, paragraphe 2 ».

3 Article 48, paragraphe 3, du Code communautaire des visas « Les informations suivantes sont échangées dans le cadre de la coopération consulaire locale au titre de Schengen :

- (a) des statistiques mensuelles sur les visas uniformes, les visas à validité territoriale limitée et les visas de transit aéroportuaire délivrés, ainsi que le nombre de visas refusés ;
- (b) en ce qui concerne l'analyse du risque en matière d'immigration et/ou de sécurité, des informations sur :
 - i) la structure socio-économique du pays hôte,
 - ii) les sources d'information au niveau local concernant notamment la sécurité sociale, l'assurance-maladie, les registres fiscaux, l'enregistrement des entrées-sorties,
 - iii) l'utilisation de faux documents ou de documents falsifiés,
 - iv) les filières d'immigration clandestine,
 - v) les refus,
- (c) des informations sur la collaboration avec les sociétés de transport ;
- (d) des informations sur les entreprises d'assurance qui fournissent des assurances maladie en voyage adéquates, y compris la vérification du type de couverture et le montant excédentaire éventuel ».

4 Article 48, paragraphe 4, du Code communautaire des visas « Dans le cadre de la coopération locale au titre de Schengen, des réunions entre les États membres et la Commission sont organisées régulièrement, pour examiner en particulier les questions opérationnelles liées à l'application de la politique commune des visas. Ces réunions sont convoquées par la Commission, sauf dispositions contraires convenues à sa demande.

Des réunions à thème unique peuvent être organisées et des sous-groupes institués pour examiner des questions spécifiques dans le cadre de la coopération locale au titre de Schengen ».

5 Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, LAX H., A6-0161/2008, sp. 44.

6 Ce mécanisme opérationnel local d'échange d'informations vient en complément du réseau informatisé d'échange d'informations sur les flux migratoires destiné à « faciliter l'échange d'informations stratégiques et tactiques sur les tendances et les flux migratoires clandestins ou irréguliers », Décision du Conseil (2005/367/CE) du 16 mars 2005 établissant un réseau d'information et de coordination sécurisé

d'exécution à caractère opérationnel. En effet, l'article 51 du Code communautaire des visas prévoit que « les instructions relatives à la mise en œuvre pratique des dispositions du présent règlement » sont élaborées selon la procédure de comitologie. Autrement dit, l'intensification de la coopération consulaire locale doit entraîner un phénomène de convergence des pratiques nationales pouvant être consacrées par des « instructions » adoptées par la Commission assistée d'un « comité des visas ».

Le domaine est donc soumis à un important phénomène d'intégration dans la mesure où les instructions visant à délimiter les conditions opérationnelles de mise en œuvre de la politique des visas doivent être adoptées par l'exécutif communautaire.

B. La mutualisation des consulats

L'évolution de la politique des visas et les coûts que cette dernière induit pour les Etats membres¹ impliquent de repenser sa mise en œuvre opérationnelle et de prévoir la création de bureaux communs chargés de la délivrance des visas². Si le Conseil européen de Tampere³, celui de Laeken⁴ et le plan de lutte contre l'immigration clandestine ont prévu la « création de structures administratives communes »⁵ en matière de visa, des travaux exploratoires sur un projet pilote à Pristina ont rapidement été lancés⁶. De nombreux problèmes relatifs à la création d'une telle structure devaient toutefois être

connecté à l'internet pour les services des Etats membres chargés de la gestion des flux migratoires, JO L 83/48 du 01.04.2005.

- 1 Les missions d'un consulat ne se limitent pas à la délivrance de visas aux ressortissants de pays tiers. Elles comprennent également un support logistique aux nationaux résidents ou voyageant dans un pays tiers. Ce faisant, la dimension migratoire ne constitue pas la seule raison d'être d'une autorité consulaire à l'étranger et pas plus qu'elle ne guide son implantation. Ainsi, l'établissement de la carte consulaire relève d'une décision nationale dont le fondement peut découler de considérations politiques, historiques ou culturelles. En conséquence, les Etats, et notamment les Etats membres de l'Union européenne, ne disposent pas d'une répartition consulaire uniforme. A titre d'exemple, la France présente un des réseaux diplomatique et consulaire le plus étendu du monde, même s'il est comparable à celui de ses principaux partenaires. Pour une analyse détaillée, voir TAVERNIER Y. « Les services des visas, parents pauvres des Affaires étrangères », Assemblée nationale, Rapport d'information n° 1803, 1999, 227 p., sp. 57 ; TAVERNIER Y. « L'ambassadeur, entre tradition et modernité », Assemblée nationale, Rapport d'information n° 3620, 2002, 159 p., sp. 60.
- 2 Ou selon une autre formulation de « guichet visa Schengen unique », TAVERNIER Y. « Les services des visas, parents pauvres des Affaires étrangères », Assemblée nationale, Rapport d'information n° 1803, 1999, 227 p., sp. 127-128.
- 3 « (...) Il conviendrait de poursuivre la mise en place d'une politique commune active en matière de visas et de faux documents incluant une coopération plus étroite entre les consulats de l'UE dans les pays tiers et, le cas échéant, l'établissement de bureaux communs chargés de la délivrance des visas UE », Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-1999, pp. 7-15, sp. 10, point 22.
- 4 Conseil européen de Laeken, 14 et 15 décembre 2001, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 12-2001, pp. 9-27, sp. 17, point 42.
- 5 Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, JO C 142/23 du 14.06.2002, sp. 27.
- 6 « Pristina – Poursuite des travaux exploratoires pour la création d'un bureau commun de visa – Rapport intermédiaire », *Doc. 13556/01* du 06.11.2001.

soldés, qu'il s'agisse de la répartition des coûts financiers et des modalités de celle-ci ou encore du statut juridique de l'entité et de son personnel¹. En réalité, la solution envisagée pour Pristina a davantage concerné l'utilisation par les sections consulaires nationales d'un bâtiment commun, permettant une collaboration intensifiée entre les autorités consulaires². Quoiqu'il en soit, le projet de bureaux consulaires communs présentait de nombreux avantages en termes d'économies financières, de restructuration des besoins techniques, d'échange d'expériences et de savoir-faire et d'adoption progressive de règles communes.

Après une longue période de silence, le sujet des bureaux consulaires communs a ressurgi progressivement³ avant de connaître une nouvelle impulsion dans le « programme de La Haye ». Le Conseil y reconnaissait implicitement l'échec du projet Pristina et demandait à la Commission d'élaborer une proposition sur la création de centres communs de demande de visa⁴, signe que les blocages juridiques ont pu ou ont été dépassés. Sur base d'une proposition de la Commission⁵, un règlement n° 390/2009, modifiant les instructions consulaires communes⁶, établit deux formes de coopération entre les services consulaires. La colocalisation, tout d'abord, qui signifie que le personnel des représentations diplomatiques ou consulaires d'un ou de plusieurs Etats membres traite les demandes qui lui parviennent dans les locaux de la représentation diplomatique ou consulaire d'un autre Etat membre dont il partage l'équipement. La création d'un « centre commun de dépôt de demande », ensuite, qui implique que le personnel des représentations diplomatiques ou consulaires de deux ou plusieurs Etats membres soit regroupé dans un bâtiment afin de recevoir les demandes qui lui sont adressées. Ces dispositifs sont repris à l'article 41 du code communautaire des visas⁷.

Sans attendre ces développements, un premier centre commun de traitement des demandes de visas a été inauguré en avril 2007 à Chisinau en Moldavie⁸. Initié par

1 « Etablissement éventuel d'un bureau consulaire commun à Pristina », *Doc. 5386/02* du 17.01.2002.

2 Comme le préconisait très tôt un document de la délégation italienne, « Conséquences des politiques en matière de visas sur la sécurité », *Doc. 14523/01* du 26.11.2001.

3 Voir, « Politique commune des visas », *Doc. 12709/04* du 22.09.2004.

4 « Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 7.

5 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'éléments d'identification biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, COM(2006) 269 final du 31.05.2006.

6 Règlement (CE) n° 390/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'identifiants biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, JO L 131/1 du 28.05.2009.

7 Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

8 A ce sujet, une déclaration de la Commission européenne sur la représentation et le centre commun de traitement des demandes de visas est annexée à l'Accord visant à faciliter la délivrance de visas. Elle stipule que « reconnaissant les difficultés auxquelles sont confrontés les ressortissants moldoves

le gouvernement hongrois auquel se sont joints plusieurs Etats membres¹, ce centre commun de traitement des demandes de visa répond à deux priorités résultant, pour l'une, de l'absence de représentations diplomatiques de plusieurs Etats membres en Moldavie et, pour l'autre, de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne². Grâce au partage des locaux, de personnels et d'équipements, le centre commun permet en pratique à ces Etats membres de disposer d'un bureau consulaire sur le territoire Moldave. Cet exemple a d'ailleurs essaimé puisqu'un second centre s'est ouvert à Podgoriça au Monténégro et un troisième doit ouvrir à Dubaï³. La Commission a par ailleurs souligné dans sa communication relative au programme de Stockholm que des programmes régionaux de coopération consulaire doivent être développés comprenant « une programmation systématique de la création de centres communs de demandes ou des accords de représentation entre Etats membres »⁴.

Si l'établissement de centres communs de traitement des visas constitue une étape importante de la politique dans la mesure où elle permet aux Etats membres de réaliser d'importantes économies grâce à la rationalisation des locaux, personnels et équipements, cela doit également contribuer au développement d'une véritable coopération opérationnelle. Aussi, la concentration des services consulaires doit contribuer à une convergence des méthodes de délivrance et à une application uniforme des règles en matière de visas. Sans remettre en cause le principe d'administration indirecte du droit communautaire⁵, la coordination des actions opérationnelles

lorsqu'ils font une demande de visa Schengen en raison de la présence consulaire limitée des Etats membres Schengen, la Commission européenne encourage vivement les Etats membres, notamment ceux qui délivrent des visas Schengen, à renforcer leur présence en République de Moldova en exploitant pleinement les possibilités existantes : établir leur propre représentation, se faire représenter par un autre Etat membre ou exploiter pleinement les différentes options qui seront fournies par le centre commun de traitement des demandes de visas de Chisinau », Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova visant à faciliter la délivrance de visas, JO L 334/169 du 19.12.2007.

- 1 L'Autriche, la Slovénie et la Lettonie étaient rattachées au centre commun. L'Estonie et le Danemark devaient rejoindre le centre commun, IP/07/561 du 25 avril 2007.
- 2 « Le centre est la solution aux difficultés que rencontrent les citoyens moldaves pour introduire une demande de visa en vue de se rendre dans l'Union européenne : ils pourront ainsi déposer leurs demandes pour les pays participants et passer les entretiens nécessaires à Chisinau, au lieu d'être obligés de se déplacer à l'étranger (généralement en Roumanie ou en Ukraine), où se trouvent les ambassades concernées. L'ouverture d'un centre commun de traitement des demandes de visa dans leur pays présente d'autant plus d'intérêt pour les Moldaves maintenant que la Roumanie est membre de l'Union européenne et qu'elle leur impose une obligation de visa », voir, « Le premier centre commun de traitement des demandes de visas de l'UE ouvre en Moldova », IP/07/561 du 25 avril 2007.
- 3 Voir sur ce point, BERTHELET P. « Immigration et frontières extérieures, priorités... et défis pour la présidence française de l'Union européenne », R.M.C.U.E., n° 521, Septembre 2008, pp. 499-506, sp. 506.
- 4 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service du citoyen », COM(2009) 262 final du 10.06.2009, sp. 20.
- 5 Le règlement n° 390/2009 rappelle que « chaque Etat membre est responsable de l'organisation, de la réception et du traitement de la demande de visa », Règlement (CE) n° 390/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'identifiants biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, JO L 131/1 du 28.05.2009, sp. 5.

constitue « une première étape, encore bien timide, vers la création de consulats européens communs »¹, autrement dit vers une forme de communautarisation de l'exécution opérationnelle.

L'intervention croissante de la Commission, au travers des recommandations en matière de contrôles frontaliers ou de la possibilité d'adopter des mesures d'exécution dans le domaine de la délivrance des visas et la possibilité légalement reconnue d'instituer des centres commun de traitement des visas, atteste d'un encadrement progressif par le droit et les institutions communautaires de l'exécution administrative.

Si l'encadrement de l'exécution administrative révèle une intervention croissante de l'action communautaire dans la mise en œuvre du droit communautaire, le domaine de la politique du retour dévoile une autre technique basée sur la coordination des actions administratives nationales.

Sous-section 2. LA COORDINATION DES MESURES ADMINISTRATIVES DANS LE DOMAINE DE LA POLITIQUE DU RETOUR

La politique du retour ne présente pas les mêmes caractéristiques que la gestion des frontières extérieures ou la politique des visas. En effet, ce domaine de la politique migratoire ne bénéficie pas d'un ensemble de règles aussi importantes et adoptées préalablement dans le cadre de la coopération de Schengen. Malgré tout, la nécessité de développer rapidement une politique du retour, aux côtés de la conclusion d'accords de réadmission, oblige les Etats membres à trouver d'autres solutions que l'harmonisation législative classique. En conséquence, les Etats membres décident de se concentrer prioritairement sur les aspects opérationnels de la politique². Ainsi, la Communauté institue un mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions nationales d'éloignement (I) et améliore l'assistance opérationnelle entre les Etats membres (II)

1 MARIANI T., Rapport d'information « Politique européenne des visas : vers des consulats européens ? », Assemblée nationale, Rapport n° 3764, 21 février 2007, 65 p., sp. 52.

2 « La plus haute priorité doit être accordée aux aspects pratiques et opérationnels de la coopération entre les Etats membres dans le domaine du retour, il conviendra d'examiner, lors de l'évaluation de cette coopération, s'il y a lieu de créer un cadre juridique adéquat à moyen et à long terme », Proposition relative à un programme d'aide au retour, *Doc. 14673/02* du 25 novembre 2002, sp. 11, point 15.

I. LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS D'ÉLOIGNEMENT

La difficulté d'adopter des normes communautaires en matière de retour et la nécessité d'obtenir des résultats rapides dans une matière sensible obligent les Etats membres à opter pour une approche appuyée sur le principe de la reconnaissance mutuelle¹. Ce dernier implique que les Etats membres reconnaissent les décisions adoptées par les autorités des autres Etats membres et procèdent à leur exécution. Destiné à « assurer une plus grande efficacité dans l'exécution des décisions d'éloignement »², le dispositif de reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement n'a pas atteint les objectifs poursuivis en raison d'un champ d'application mal défini (A) et de l'inadaptation de ce mécanisme au domaine de l'éloignement des ressortissants de pays tiers (B).

A. Un dispositif mal défini

Premier texte communautaire adopté sur le fondement du titre IV du traité CE³, la directive 2001/40/CE⁴ a pour objectif de « permettre la reconnaissance d'une décision d'éloignement prise par une autorité compétente d'un Etat membre (...) à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers qui se trouve sur le territoire d'un autre Etat membre (...) ». Adoptée sur le fondement d'une initiative étatique⁵, ce qui démontre l'attachement des Etats membres à aborder prioritairement la thématique, le dispositif de la directive ouvre la voie à d'importantes incertitudes tant en ce qui concerne son champ d'application personnel que son champ d'application matériel.

Si la directive ne concerne pas les « membres de la famille des citoyens de l'Union européenne ayant exercé leur droit à la libre circulation »⁶, elle s'applique aux « ressortissants de pays tiers » à l'encontre desquels une décision d'éloignement a été prise, sans autres précisions. Or, en définissant un champ d'application personnel large, la directive 2001/40/CE ne tient pas compte de la protection qui doit être accordée à plusieurs catégories de personnes. Cela est tout d'abord le cas des ressortissants de pays tiers couverts par des accords communautaires et pour lesquels des dispositions

1 Pour un aperçu de l'application de ce principe dans la construction communautaire, voir notamment BOT S. « Le mandat d'arrêt européen », Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Larcier, Bruxelles, 2009, 724 p., sp. 69-76.

2 Point 3 du préambule de la directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 149/34 du 02.06.2001.

3 Ce qui témoignait du caractère prioritaire de l'action en matière de lutte contre l'immigration irrégulière.

4 Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 149/34 du 02.06.2001.

5 Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO C 243/1 du 24.08.2000.

6 Article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2001/40/CE.

protectrices en matière d'éloignement sont organisées¹. Cela concerne ensuite les enfants mineurs qui ne sont pas explicitement exclus du champ d'application de la directive, contrairement à l'initiative française². Enfin, la directive s'appuie exclusivement sur un critère de nationalité³ sans prendre en considération la situation juridique des ressortissants de pays tiers, qu'il s'agisse du caractère régulier ou irrégulier du séjour ou de la durée de son séjour sur le territoire des Etats membres⁴.

Le champ d'application matériel de la directive 2001/40/CE est également particulièrement large et repose principalement sur les règles nationales. Tout d'abord, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement s'applique lorsque le ressortissant de pays tiers fait l'objet d'une décision d'éloignement fondée sur une menace grave et actuelle pour l'ordre public ou la sécurité nationale. La directive indique que la décision d'éloignement concerne le ressortissant de pays tiers qui a fait l'objet d'une condamnation pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an ou lorsqu'il existe des « raisons sérieuses de croire » que le ressortissant de pays tiers a commis ou envisage de commettre des infractions graves⁵. La reconnaissance mutuelle s'applique ensuite aux décisions d'éloignement fondées « sur le non respect des réglementations nationales relatives à l'entrée et au séjour des étrangers »⁶. Au bout du compte, la directive 2001/40/CE n'innove pas⁷ et ne procède à aucune harmonisation dans la mesure où sa mise en œuvre repose sur les

1 Comme cela est le cas des ressortissants turcs ou des ressortissants de l'espace économique européen. Voir sur ce point, GROENENDIJK K. « The directive on mutual recognition of expulsion decisions : symbolic or unbalanced politics ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p. pp. 447-463, sp. 450-451.

2 L'initiative française avait limité le champ de la directive à « toute personne majeure », Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO C 243/1 du 24.08.2000.

3 JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. 226.

4 A titre d'exemple, la directive relative aux résidents de longue durée reconnaît implicitement que la protection des ressortissants de pays tiers contre l'éloignement augmente proportionnellement à la durée du séjour légal dans les Etats membres. Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16/44 du 23.01.2004.

5 Article 3, paragraphe 1^{er}, point a) de la directive 2001/40/CE.

6 Article 3, paragraphe 1^{er}, point b) de la directive 2001/40/CE.

7 En effet, la directive se contente d'appliquer au domaine de la reconnaissance mutuelle les critères déjà existants développés dans l'article 96 de la convention de Schengen portant sur le signalement des étrangers aux fins de non-admission. Article 96 de la convention de Schengen :

« 1. Les données relatives aux étrangers qui sont signalés aux fins de non-admission sont intégrées sur la base d'un signalement national résultant de décisions prises, dans le respect des règles de procédure prévues par la législation nationale, par les autorités administratives ou les juridictions compétentes.

2. Les décisions peuvent être fondées sur la menace pour l'ordre public ou la sécurité et la sûreté nationales que peut constituer la présence d'un étranger sur le territoire national.

Tel peut être notamment le cas :

a) D'un étranger qui a été condamné pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an ;

réglementations nationales. L'absence d'harmonisation entre les législations nationales en matière d'éloignement et la définition large du champ d'application de la directive a pour conséquence de permettre en pratique le déclenchement du mécanisme de reconnaissance mutuelle dans de nombreuses situations¹.

L'absence d'harmonisation présente par ailleurs des difficultés d'application pratique notamment lorsque les dispositifs nationaux ne peuvent entrer dans le champ de la directive. C'est le cas en France d'une mesure d'éloignement adoptée à l'issue d'une condamnation pénale et prononcée par le juge pénal. En effet, l'article 2 b) de la directive définit la décision d'éloignement comme toute décision « prise par une autorité administrative compétence d'un Etat membre »².

En réalité, la directive ne poursuit aucun objectif d'harmonisation des législations nationales. Ce constat est d'ailleurs confirmé par son caractère purement facultatif dans la mesure où elle ne comporte aucune obligation pour les Etats membres de reconnaître les décisions d'éloignement adoptées par les autres Etats membres³. Il

b) D'un étranger à l'égard duquel il existe des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves, y inclus ceux visés à l'article 71, ou à l'égard duquel il existe des indices réels qu'il envisage de commettre de tels faits sur le territoire d'une Partie contractante.

3. Les décisions peuvent être également fondées sur le fait que l'étranger a fait l'objet d'une mesure d'éloignement, de renvoi ou d'expulsion non rapportée ni suspendue comportant ou assortie d'une interdiction d'entrée, ou, le cas échéant, de séjour, fondée sur le non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers ».
- 1 « Considering the complexity of national immigration legislation of Member States, the chances that a third country national during his residence will have violated at least at one time one of the many rules on timely reporting to the authorities or timely applying for permits or their extension are rather high », GROENENDIJK K. « The directive on mutual recognition of expulsion decisions : symbolic or unbalanced politics ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p. pp. 447-463, sp. 450. Voir également, JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. 226.
- 2 Voir en particulier, JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. pp. 224.
- 3 Voir entre autres, GROENENDIJK K. « The directive on mutual recognition of expulsion decisions : symbolic or unbalanced politics ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p. pp. 447-463, sp. 461-463 ; JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. 229 ; CHOLEWINSKI R. « Preventing Irregular Migration » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 95-119, sp. 111 ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 10.

s'agit simplement d'établir un mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des Etats membres. Or, ce régime de reconnaissance mutuelle s'avère inadapté au domaine de la politique du retour.

B. Un dispositif inadapté

Si la construction communautaire a déjà appliqué le principe de la reconnaissance mutuelle par le passé¹, qui trouve désormais un champ privilégié à son développement en matière judiciaire², son effectivité est subordonnée à une harmonisation préalable des dispositifs nationaux. En effet, le système de reconnaissance mutuelle des décisions des juridictions et autorités nationales n'opère que dans la mesure où les règles matérielles et procédurales des Etats membres répondent de caractéristiques communes et atteignent un niveau suffisant de standards minimum. Or, si le système Schengen a permis un développement de règles communes en matière de contrôle des frontières extérieures et de visa, tel n'est pas été le cas pour les décisions d'éloignement. Aussi, l'institutionnalisation de ce système dans un domaine dont les quelques règles communes reposent sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³ apparaît prématurée.

Par ailleurs, l'absence de règles communes rend l'application du dispositif complexe. En effet, et conformément à la directive 2001/40/CE, la tâche qui incombe à l'Etat d'exécution est lourde et n'incite pas à la mise en œuvre du dispositif. Ainsi, l'Etat d'exécution de la mesure d'éloignement doit prendre connaissance d'une décision adoptée par un autre Etat membre sur le fondement de son droit national, en vérifier le caractère encore exécutable mais également déterminer la validité de la mesure d'éloignement au regard des dispositions internationales et nationales de l'Etat d'exécution⁴, au risque finalement de voir l'exécution d'une décision adoptée par un

1 Voir notamment WEYEMBERGH A. « L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2004, 404 p., sp. 152-153.

2 « L'espace européen de justice est l'expression dans le domaine judiciaire, de l'espace communautaire défini par les traités successifs, où circulent librement les personnes, les marchandises, les services. Dans cet espace, devraient s'exécuter aussi les jugements sans rencontrer de frontières, d'où le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice. Il facilite grandement la coopération judiciaire. Il témoigne d'un degré élevé de confiance des Etats membres dans les systèmes judiciaires des autres Etats membres de l'Union », BADINTER R. « Vers une justice européenne », *Liberation*, 16 janvier 2006, pp. 35-36.

3 GROENENDIJK K. « The directive on mutual recognition of expulsion decisions : symbolic or unbalanced politics ? » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p. pp. 447-463, sp. 461.

4 Article 6 de la directive 2001/40/CE.

autre Etat contestée devant ses propres juridictions¹... En pratique, et à l'exception d'un cas recensé², la mise en œuvre de la procédure a donc été nulle.

Au fond, et comme le reconnaissent les Etats membres³ et plus récemment la Commission⁴, l'activation du principe de reconnaissance mutuelle ne peut être effective qu'à la condition de disposer au préalable de règles communes en matière d'éloignement et de retour des personnes en séjour irrégulier. Aussi, les efforts à engager impliquent davantage qu'une proposition visant à procéder à un signalement au SIS à partir du troisième ordre de quitter le territoire adopté par un Etat membre et non exécuté⁵ et imposent l'adoption de règles communes relatives aux décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres.

En fin de compte, la directive relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers témoigne du refus des Etats membres de s'engager dans la contrainte juridique⁶, sauf lorsqu'il s'agit de compenser les déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive⁷. Cette attitude est

1 Article 4 de la directive 2001/40/CE « Les Etats membres s'assureront que le ressortissant d'un pays tiers concerné peut former, selon la législation de l'Etat membre d'exécution, un recours contre toute mesure visées à l'article 1^{er}, paragraphe 2 ».

2 JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. pp. 229.

3 « Le Conseil européen recommande la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement basée sur des normes communes (...). Le Conseil européen juge essentiel que le Conseil entame au début de 2005 des discussions sur les normes minimales applicables aux procédures de retour, y compris des normes minimales garantissant l'efficacité des efforts déployés au niveau national en matière d'éloignement. La proposition visée devrait également tenir compte des préoccupations particulières relatives au maintien de l'ordre public et de la sécurité », Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 6, point 1.6.4.

4 « La mise en place d'une politique d'éloignement et de retour efficace doit se poursuivre dans le respect du droit et de la dignité des personnes. En décembre 2010, les règles fixées par la directive sur le retour entreront en application. Sa mise en œuvre sera suivie attentivement tout particulièrement en ce qui concerne l'exécution effective des mesures d'éloignement, la détention, les voies de recours et le traitement des personnes vulnérables. Elle doit en outre s'accompagner d'un renforcement de la coopération opérationnelle entre États membres. A plus long terme, sur base d'une évaluation de cette législation, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement devra être concrétisé », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens », COM(2009) 262 final du 10.06.2009, sp. 27-28.

5 En effet, le Royaume de Belgique avait introduit une initiative en ce sens. Voir notamment JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. pp. 230.

6 Comme si le temps de l'adoption de résolutions et de recommandations non contraignantes n'était pas révolu, voir en ce sens, GROENENDIJK K. « The directive on mutual recognition of expulsion decisions : symbolic or unbalanced politics ? » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p. pp. 447-463, sp. 463.

7 Décision du Conseil du 23 février 2004 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la

pourtant paradoxale si l'on tient compte de l'effet positif du mécanisme sur l'exécution effective des décisions d'éloignement¹ dans un espace de libre circulation au sein duquel « le franchissement d'une frontière intérieure à l'espace commun ne doit pas avoir pour effet de paralyser la lutte contre l'immigration clandestine »². Cette opposition au caractère contraignant de la directive peut toutefois se comprendre si l'on souligne que l'exécution de la décision par un autre Etat membre constitue un avantage administratif et financier très intéressant pour l'Etat membre auteur de la mesure³. De fait, certains Etats membres peuvent formuler des réticences à être contraints à exécuter des décisions adoptées par d'autres Etats membres.

Afin de renforcer l'effectivité de la politique du retour, la Communauté a développé plusieurs instruments permettant de coordonner la mise en œuvre des mesures nationales d'éloignement.

II. LA COORDINATION ADMINISTRATIVE DES MESURES NATIONALES D'ÉLOIGNEMENT

Comme souligné dans le plan d'action du Conseil en matière de retour, l'action communautaire doit prioritairement concerner les aspects pratiques et opérationnels de la politique du retour⁴. Ainsi, l'action des Etats membres s'est concentrée sur l'intensification de la coordination administrative et a porté sur l'assistance mutuelle en matière de transit (A) et sur l'organisation de vols communs à destination de pays tiers (B).

reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 60/55 du 27.02.2004.

- 1 En 2003, le ministre de l'Intérieur français faisait état du fait que seulement 17 % des décisions d'éloignement étaient appliquées en France, voir MARIANI T. « Rapport d'information sur la politique européenne d'asile », Assemblée nationale, n° 817, douzième législature, 141 p., sp. 90.
- 2 JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251, sp. pp. 227.
- 3 Voir à ce sujet, GROENENDIJK K. « The directive on mutual recognition of expulsion decisions : symbolic or unbalanced politics ? » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p. pp. 447-463, sp. 456.
- 4 « (...) la plus haute priorité doit être accordée aux aspects pratiques et opérationnels de la coopération entre les Etats membres dans le domaine du retour, il conviendra d'examiner, lors de l'évaluation de cette coopération, s'il y a lieu de créer un cadre juridique adéquat à moyen et à long terme », Proposition relative à un programme d'aide au retour, *Doc. 14673/02* du 25 novembre 2002, sp. 11, point 15.

A. L'assistance au transit dans le cadre d'éloignement par voie aérienne

L'éloignement par voie aérienne figure dans l'arsenal opérationnel de l'ensemble des politiques publiques nationales en matière migratoire. Indépendamment de son efficacité pratique, sa mise en application s'avère parfois délicate dès lors qu'il n'existe aucune liaison directe entre l'Etat auteur de la mesure d'éloignement et le pays de destination. Dans ce cas, un transit par un autre Etat s'impose⁵. La coopération de Schengen⁶ comme celle de Maastricht⁷ avaient abordé cette problématique que la Communauté a complétée grâce à une directive 2003/110/CE⁸, adoptée sur initiative allemande⁹. La directive définit les conditions nécessaires à la coordination des actions opérationnelles en matière de transit. Elle détermine à cette occasion les mesures applicables à la préparation (1) et la phase d'exécution de l'opération de transit (2).

1. La préparation de l'opération de transit

L'article 3 de la directive prévoit qu'un Etat membre peut solliciter un autre Etat membre aux fins d'un transit en direction d'un pays tiers lorsqu'il « ne peut, pour des motifs raisonnables d'ordre pratique, utiliser un vol direct ». Le motif permettant la sollicitation du partenaire européen est pour le moins évasif et couvre deux hypothèses principales. La première concerne l'absence, la suspension ou l'arrêt de l'exploitation d'une ligne aérienne directe. La seconde relève de l'absence de places disponibles sur le ou les vols affrétés à destination du pays tiers de renvoi et implique, notamment en raison des délais, de procéder à l'éloignement¹⁰. Indépendamment de ces deux cas de figure, la formulation de la directive offre d'importantes marges d'interprétation aux Etats membres pour qualifier « les motifs raisonnables d'ordre pratique ». Une seconde marge de manœuvre est octroyée aux Etats membres concernant la demande de transit qui doit « en principe » ne pas être formulée si l'exécution de la mesure d'éloignement nécessite un changement d'aéroport sur le territoire de l'Etat membre requis.

5 C'est le cas par exemple de l'éloignement d'un afghan au départ de Copenhague mais devant transiter par Paris du fait de l'absence de vol direct entre l'Etat membre auteur de la décision d'éloignement et le pays de destination, voir Dictionnaire permanent – droit des étrangers, Fasc. « Politique européenne d'asile et d'immigration », Mise à jour 29, p. 1396-30, point 183.

6 Décision du Comité exécutif du 21 avril 1998 concernant la coopération entre les parties contractantes en matière d'éloignement de ressortissants de pays tiers par la voie aérienne, [SCH/Com-ex (98) 10].

7 Recommandation du Conseil du 22 décembre 1995 relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, JO C 5/3 du 10.01.1996.

8 Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO L 321/16 du 06.12.2003.

9 Initiative de la République fédérale d'Allemagne en vue de l'adoption de la directive du Conseil concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO C 4/4 du 09.01.2003.

10 Ce cas de figure peut, par exemple, être constitué en cas d'expiration du délai de rétention du ressortissant de pays tiers nécessitant l'organisation rapide d'un départ *via* un autre Etat membre faute de places disponibles dans un avion ou à défaut de vols programmés au départ de l'Etat membre.

L'article 3, paragraphe 3, énumère ensuite de manière exhaustive les motifs de refus que peut opposer l'Etat requis à l'Etat demandeur¹. Toutefois, l'exhaustivité tombe sous l'effet de deux dispositions formulées de manière large². D'une part, le refus peut être opposé dans le cas où « l'assistance demandée ne peut être fournie à une date donnée pour des raisons d'ordre pratique ». D'autre part, le retrait ou le refus de l'autorisation de transit est toujours possible, non seulement sur le fondement des critères préalablement énumérés, mais également lorsque le « transit ne peut être assuré pour un autre motif »³. Au fond, la justification du refus de procéder au transit n'est pas encadrée et peut varier d'un Etat membre à l'autre, d'une circonstance à l'autre.

Une fois la demande acceptée, l'article 4 de la directive définit la procédure applicable, à savoir les modalités d'introduction de la demande, les délais de réponses et les effets de la demande en cas de non-réponse⁴. A ce titre, si l'Etat membre requis ne répond pas dans les délais indiqués « les opérations de transit peuvent être engagées au moyen d'une notification émise par l'Etat membre requérant ». Cette disposition, à l'effet direct plus que probable, introduit une véritable contrainte et un puissant incitant à la coopération puisqu'elle impose une réponse à l'Etat de transit à défaut de laquelle l'opération peut être engagée.

De manière générale, la contrainte pesant sur les Etats membres en matière de transit est faible. Il est d'ailleurs significatif de noter que les dispositions relatives aux motifs de refus précèdent celles organisant la procédure de demande.

2. L'exécution de l'opération de transit

Deux obligations structurent l'action des Etats membres lors de l'opération de transit. La rapidité, tout d'abord, dans la mesure où l'opération « doit se dérouler dans un délai de vingt-quatre heures »⁵. La directive prévoit néanmoins que le délai est porté à quarante huit heures lorsque le transit ne peut être assuré. L'assistance, ensuite, étant

1 « Sans préjudice des obligations énoncées à l'article 8, l'Etat membre requis peut refuser le transit par voie aérienne lorsque :

- a) le ressortissant d'un pays tiers est accusé, en vertu du droit national de l'Etat membre requis, d'infractions pénales, ou recherché pour l'exécution d'une peine ;
- b) le transit par d'autres Etats ou la réadmission par l'Etat de destination ne sont pas possibles ;
- c) la mesure d'éloignement nécessite un changement d'aéroport sur le territoire de l'Etat membre requis ;
- d) l'assistance demandée ne peut pas être fournie à une date donnée pour des raisons d'ordre pratique, ou
- e) le ressortissant d'un pays tiers constituera une menace pour l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou les relations internationales de l'Etat membre requis ».

2 Et sans qu'il soit pour autant nécessaire de revenir sur la clause classique d'ordre public, permettant aux Etats membres de se délier de leurs obligations.

3 Article 3, paragraphe 6, de la directive 2003/110/CE.

4 La demande de transit doit être formulée par écrit par l'Etat membre requérant à l'aide d'un formulaire annexé à la directive comprenant des informations propres à organiser le transit. L'Etat membre requis dispose d'un délai de deux jours pour faire connaître sa réponse, sauf cas dûment motivé pouvant proroger ce délai de quarante-huit heures.

5 Article 5, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 de la directive 2003/110/CE.

donné que l'Etat membre requis doit mettre en œuvre « toutes les mesures d'assistance nécessaire, depuis l'atterrissage et l'ouverture des portes de l'avion jusqu'au départ effectif du ressortissant d'un pays tiers »¹. La directive détermine plusieurs mesures d'assistance opérationnelle que l'Etat membre doit mettre en œuvre². Globalement, ces mesures constituent des garanties élémentaires dans l'exécution de ces opérations, voire relèvent d'une énumération de bonnes pratiques. Cela est notamment le cas lorsque la directive précise « que les membres de l'escorte ne sont pas armés et portent une tenue civile » et que leur prérogatives se limitent à la légitime défense ou à « l'intervention raisonnable et proportionnée » en vue de répondre à un risque immédiat³. Dans cette perspective, les dispositions relatives à l'échec ou au non accomplissement pour divers motifs d'une opération d'éloignement relèvent également du sens logique puisqu'elles consacrent le principe de la réadmission immédiate du ressortissant de pays tiers par l'Etat membre requérant⁴. En revanche, les règles relatives au placement des ressortissants de pays tiers dans des locaux sécurisés ainsi que les règles portant sur les moyens utilisés pour les empêcher de commettre des actes de résistance relèvent des législations nationales. Cela confirme le refus des Etats membres d'aborder ces questions sensibles dans un acte juridique communautaire⁵.

En définitive, la directive 2003/110/CE établit un cadre d'action et de coordination des mesures d'éloignement qui laisse d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres. Ces derniers ne sont pas tenus d'accepter une demande de transit et disposent de larges possibilités d'en être déliés. Par ailleurs, les contraintes pesant sur les autorités nationales lors de l'exécution de l'assistance au transit ne vont pas au-delà du respect des garanties minimales. Ainsi, l'obligation de dispenser des soins ne s'applique qu'aux soins médicaux d'urgence sans précisions supplémentaires. A ce titre, le silence de la directive en matière de respect des droits fondamentaux est regrettable dans un domaine qui les sollicite pourtant frontalement. L'obligation faite aux Etats membres

1 Article 5, paragraphe 2, de la directive 2003/110/CE.

2 Article 5, paragraphe 2, de la directive 2003/110/CE « [L'Etat requis] prend notamment les mesures d'assistance suivante :

- a) le ressortissant d'un pays tiers est attendu à l'avion et accompagné dans l'enceinte de l'aéroport de transit, notamment jusqu'au vol de correspondance ;
- b) les soins médicaux d'urgence sont dispensés au ressortissant d'un pays tiers et, au besoin, aux membres de l'escorte ;
- c) le ravitaillement du ressortissant du pays tiers et, au besoin, des membres de l'escorte est assuré ;
- d) les documents de voyage sont pris en charge, gardés et transmis, notamment en cas d'éloignement sans escorte ;
- e) en cas de transit sans escorte, l'Etat membre requérant est informé du lieu et de l'heure du départ du territoire de l'Etat membre concerné du ressortissant d'un pays tiers ;
- f) l'Etat membre requérant est informé de tout incident grave survenu lors du transit du ressortissant de pays tiers ».

3 Article 7 de la directive 2003/110/CE.

4 Article 6 de la directive 2003/110/CE.

5 Voir *infra*.

de les respecter dans une longue déclaration introduite dans le préambule¹ ne satisfait pas.

De manière générale, la directive 2003/110/CE organise la coordination des opérations nationales de transit sans véritable contrainte vis-à-vis des États membres. De ce point de vue, l'adoption d'une décision à la place de la directive aurait eu un effet identique.

B. L'organisation de vols communs

L'organisation des vols communs entre États est une technique économiquement attractive² mais politiquement sensible dont la mise en œuvre se décide généralement dans le cadre de réunions intergouvernementales³. Le traité d'Amsterdam a offert l'opportunité de poser des principes et règles communes relatives à une activité exercée jusque là sans publicité ni cadre légal bien défini. Si l'action communautaire a été mise en œuvre, cela a été de manière restrictive compte tenu de la sensibilité de la matière qui s'est manifestée à plusieurs niveaux.

Au plan institutionnel, tout d'abord, dans la mesure où l'adoption de la décision relative à l'organisation de vols communs⁴ s'est opérée dans un climat de tension entre le Conseil et le Parlement européen. Soucieux d'adopter la décision avant l'échéance de la période transitoire et le passage à la procédure de codécision⁵, le Conseil n'a pas

1 « Les États membres mettent en œuvre la présente directive dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment de la convention de Genève relative aux statuts des réfugiés du 28 juillet 1951, telle que modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967 et de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Conformément aux obligations internationales applicables, le transit par voie aérienne ne sera ni demandé ni autorisé si, dans le pays tiers de destination ou de transit, le ressortissant d'un pays tiers risque un traitement inhumain ou dégradant, la torture ou la peine de mort ou que sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

2 « Il est généralement coûteux pour les États membres d'exécuter les mesures d'éloignement de personnes en séjour irrégulier au moyen de vols charter. Les États membres pourraient dès lors exécuter les retours de manière plus efficace en organisant des opérations de retour communes, le cas échéant en partageant les capacités existantes à bord des vols charter. Pour autant que des accords de transit adéquats aient été conclus, les États membres doivent s'efforcer de mettre en place, sur une base facultative, des vols charter communs pour les retours. Des vols de ce type ont déjà été organisés par des États membres ou d'autres pays de destination dans le cadre de projets pilotes bilatéraux ou trilatéraux. La généralisation de cette pratique non seulement présenterait des avantages financiers, mais adresserait aussi un signal plus fort », Proposition relative à un programme d'aide au retour, *Doc. 14673/02* du 25 novembre 2002, sp. 19.

3 Comme cela se produit dans le cadre de l'IGC (Inter Gouvernemental Conference) dont le siège se situe à Genève.

4 Décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO L 261/28 du 06.08.2004.

5 Ce qui fut le cas à la fin de l'année 2004, Décision du Conseil du 22 décembre 2004 visant à rendre la procédure définie à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne

attendu l'avis de l'institution parlementaire arguant de « circonstances exceptionnelles ». Critiquant cette attitude¹, le rapporteur du Parlement européen a rendu un avis négatif sur la décision et la logique poursuivie par le texte². L'instrumentalisation de la période transitoire et la mise à l'écart du Parlement européen ont mis en relief une attitude critiquable des Etats membres dans un domaine dans lequel la présence du Parlement européen, même *a minima* au travers de la consultation, doit constituer un aspect fondamental d'une société démocratique.

Au plan matériel, ensuite, la décision a consacré le service minimum. Elle s'attache comme son titre l'indique à cordonner les opérations communes d'éloignement par voie aérienne. Ainsi, la décision identifie les tâches incombant à l'Etat membre organisateur du vol commun et celles pesant sur le ou les Etats membres participants. En réalité, le texte se limite à la détermination de règles relatives à l'échange d'informations entre les autorités compétentes. En revanche, la décision relègue dans une annexe les « orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations communes d'éloignement par voie aérienne »³. Ces orientations ont principalement pour objet de régler « les détails concrets relatifs aux conditions des vols, tant pour les personnels d'escorte que pour les étrangers expulsés »⁴. De manière générale, ce texte a trait « à l'état de santé des personnes expulsés, à un code de conduite applicable

applicable à certains domaines couverts par la troisième partie, titre IV, dudit traité, JO L 396/45 du 31.12.2004.

- 1 « Votre rapporteur tient tout d'abord à souligner sa déception quant à la forme qu'a prise la coopération avec le Conseil sur un dossier aussi sensible et controversé. Alors que le Parlement attendait pour se prononcer que lui soit transmise la version révisée de l'initiative italienne – la première version ayant fait l'objet d'importantes modifications – le Conseil est, de son côté, parvenu à un accord politique sur le contenu du dossier. L'avis du Parlement exprimé dans le cadre de la consultation obligatoire prévue par l'article 67 du traité CE n'est déjà d'ordinaire qu'une consultation de pure forme, mais il devient en l'espèce totalement superfétatoire. Dans ces conditions, le Parlement ne peut qu'en conclure que son rôle n'est pas pris au sérieux, ce qui laisse présager des difficultés en cas de passage à la codécision », rapport HAZAN A. A5-0091/2004, sp. 8.
- 2 « En conclusion, votre rapporteur estime que ces renvois collectifs constituent une pratique regrettable à laquelle on ne devrait recourir qu'à titre exceptionnel. Or, leur communautarisation va nécessairement en augmenter le nombre et la fréquence. Elle considère en outre que l'objectif d'économie budgétaire va inéluctablement avoir comme effet une diminution des garanties apportées à l'examen des demandes. A la différence de la Commission, pour qui « la généralisation de cette pratique non seulement présenterait des avantages financiers, mais adresserait aussi un signal plus fort », votre rapporteur est convaincu que ce « signal » serait perçu comme une humiliation. Elle souhaiterait voir les Etats membres mettre la détermination et la capacité de cohésion qu'ils viennent de démontrer au service de projets plus positifs. Il est en effet essentiel d'effectuer une analyse approfondie des causes du phénomène de l'immigration illégale et des moyens d'y remédier, plutôt que de privilégier l'aspect répressif des politiques d'asile et d'immigration. En effet, tant que l'écart économique et démocratique sera aussi important entre le Nord et le Sud, aucune politique répressive ne parviendra à dissuader les candidats à l'exil de vouloir trouver ailleurs, et notamment en Europe, de meilleures conditions de vie », rapport HAZAN A. A5-0091/2004, sp. 9.
- 3 Décision fut prise au cours des négociations de joindre les orientations communes en annexe de la décision, nonobstant l'absence d'avis du Parlement européen sur le texte ainsi révisé, voir à ce sujet *Doc. 8773/04* du 26.04.2004.
- 4 DUEZ D. « L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique », Institut d'études européennes, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2008, 280 p., sp. 158.

aux membres de l'escorte et au recours à des mesures de coercition »¹. Si la piste portant sur des « lignes directrices »² ou un « manuel commun »³ relatif aux conditions de sécurité avait été abordée, l'introduction de telles dispositions dans une annexe non contraignante⁴ doit être considérée comme étant « absolument inacceptable »⁵. En effet, toute la problématique de l'organisation des vols communs repose sur les conditions de mise en œuvre et sur les garanties accordées aux personnes éloignées⁶. En refusant d'encadrer juridiquement les mesures de sécurité applicables à ces actions⁷, les Etats membres ont démontré que la démarche opérationnelle l'emporte sur l'approche normative.

Malgré un cadre juridique peu contraignant, l'organisation de vols de retour communs entre Etats membres n'est pas parvenue à émerger en pratique. Aussi, le Conseil JAI d'avril 2006 invitait les Etats membres « à accroître encore le recours à

- 1 Rapport sur l'initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement, HAZAN A., A5-0091/2004, sp. 8.
- 2 « La Commission prépare donc, en étroite coopération avec les États membres, un projet de lignes directrices relatives à des mesures de sécurité applicables lors des rapatriements par voie aérienne, qui devraient largement contribuer à garantir le retour sans heurts et en toute sécurité des intéressés », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 9.
- 3 « La présidence grecque a par ailleurs proposé un projet de « manuel » recueillant les meilleures pratiques en ce qui concerne l'obtention des documents de voyage et l'éloignement des ressortissants de pays tiers du territoire des États membres. Ce projet, tout en soulignant l'importance de l'organisation conjointe de vols charter, insiste sur la nécessité de respecter les « prescriptions de sécurité » lors du retour, par ce type de voyages (les vols charter), de ressortissants de pays tiers devant être rapatriés ou éloignés du territoire des États membres ; ce projet se fonde sur les conclusions auxquelles sont parvenus les experts dans le cadre des travaux en cours dans le secteur en question (réunions des 28 janvier et 5 mars 2003, lors desquelles ont été présentés un document officiel de la Commission et un document franco-allemand) », *Doc. 10911/03* du 3 juillet 2003, sp. 2.
- 4 Point 10 du préambule de la décision 2004/573/CE « Les orientations communes, non obligatoires, sur les mesures de sécurité relatives aux éloignements communs par voie aérienne devraient fournir des indications utiles dans le cadre de la mise en œuvre de cette décision ».
- 5 Rapport sur l'initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement, HAZAN A., A5-0091/2004, sp. 8.
- 6 Comme le souligne le Professeur DE BRUYCKER « Voilà certainement la pire technique légistique qu'on puisse imaginer puisque le cœur même d'une décision en principe obligatoire se trouve relégué dans une annexe dont le statut est plus qu'ambigu ! », DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile » in JULIEN-LAFERRIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 45-75, sp. 57.
- 7 Il est à ce titre étonnant de lire dans les conclusions du Conseil Affaires générales de juillet 2004 que « la décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs (...) et les orientations communes (...) qui y sont jointes, ont défini un cadre juridique pour l'organisation et la mise en œuvre de vols communs », Conseil affaires générales et relations extérieures des 12 et 13 juillet 2004, *Doc. 11104/04*, sp. 11.

des vols communs pour témoigner de la détermination de l'UE à mener des actions de retour conjointes, ce qui permettra de faire un usage plus rationnel des ressources et d'augmenter ainsi le niveau des retours à partir des Etats membres »¹.

Si l'action opérationnelle constitue une priorité, sa mise en œuvre demeure encore hésitante. Qu'il s'agisse de la gestion des frontières et surtout de la politique de retour, les dispositifs adoptés produisent des effets limités. Plusieurs explications peuvent être avancées. Le caractère peu contraignant des règles, tendant à reconnaître au niveau communautaire ce qui existe déjà au plan national, ne sollicite pas le réflexe communautaire et maintient les Etats membres dans un schéma national ou bilatéral. La lourdeur et l'inadaptation de certaines règles, telle que le principe de reconnaissance mutuelle, n'incitent pas non plus à s'engager dans une démarche commune. Enfin, la démultiplication des acteurs tenant notamment aux élargissements successifs rend difficile l'émergence d'une confiance mutuelle, élément central de la coopération et de la coordination opérationnelle. Malgré tout, l'approche opérationnelle constitue une dynamique forte de la politique communautaire qui doit progressivement prendre sa place dans l'exécution quotidienne de la politique². Dans ce contexte évolutif, le développement massif de systèmes informatisés doit permettre de dépasser les difficultés et assurer une uniformisation de la mise en œuvre de la politique.

SECTION 2. L'INFORMATISATION DE L'EXÉCUTION ADMINISTRATIVE

La technique de l'échange d'informations entre autorités nationales par la consultation de bases de données communes s'est développée dans le cadre de la coopération de Schengen avec la création du Système d'Information Schengen (ci-après le SIS). Ce système a permis aux autorités nationales d'introduire et de consulter des données relatives aux personnes ou objets en vue de l'application de la convention de Schengen. L'apport du système d'information Schengen dans l'application uniforme des règles par les autorités nationales, notamment dans le domaine du droit des étrangers, a été important et a servi de base au développement de systèmes identiques en matière migratoire. Si le succès du système d'information Schengen a constitué un incitant

1 Conseil Justice et Affaires intérieures, 27 et 28 avril 2006, 2725^{ème} session, *Doc. 8402/06*, p. 38.

2 Ce point est confirmé en ce qui concerne la directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO L 321/16 du 06.12.2003. Une étude réalisée par le réseau Odysseus pour le compte de la Commission européenne démontre que les demandes d'assistance et l'assistance effectivement offerte sont importantes dans certains Etats membres. HAILBRONNER K. & PEEK M. « Directive 2003/110/CE Assistance for Transit. Synthesis Report », *in* Study on the "Conformity Checking of the Transposition by Member States of 10 EC Directives in the Sector of Asylum and Migration » Done for DG JLS of the European Commission, End 2007, (CONTRACT JLS/B4/2006/03).

manifeste, le contexte international bouleversé par les attentats du 11 septembre 2001 et les progrès dans le domaine des données biométriques ont également joué un rôle majeur dans l'amélioration et le développement de systèmes informatisés¹. Ainsi, la politique migratoire s'est dotée de nouveaux systèmes européens d'échanges de données. A côté du système d'information de Schengen qui doit être amélioré par la création d'un nouveau système d'information de Schengen de deuxième génération (ci-après le SIS II) ont été créées deux nouvelles bases de données, respectivement le système Eurodac destiné à la politique d'asile et le système d'information sur les visas (autrement appelé Visa Information System) (Sous-section 1). Ce mouvement assure une mise en commun d'informations et une application uniformisée des règles communautaires par les autorités nationales mais les enjeux relatifs à l'utilisation de ces systèmes soulèvent des interrogations portant notamment sur l'équilibre entre la liberté et la sécurité (Sous-section 2).

Sous-section 1. LA MULTIPLICATION DES SYSTÈMES INFORMATISÉS EN MATIÈRE MIGRATOIRE

La politique migratoire constitue une terre d'élection du développement des systèmes informatisés. Ce mouvement s'explique tout d'abord par un degré élevé d'harmonisation des règles nationales, en particulier dans le domaine du franchissement des frontières à partir de la coopération de Schengen, qui déplace les préoccupations sur le terrain de l'application des règles par les autorités nationales, autrement dit sur le terrain de l'action opérationnelle. Ensuite, les systèmes informatisés sont considérés comme des instruments qui permettent de renforcer la sécurité compte tenu de leur rapidité et de leur fiabilité, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est autorisée à pénétrer sur le territoire des Etats membres dans une Europe élargie. Enfin, les développements technologiques ouvrent des potentialités nouvelles, en particulier sur le terrain de l'interopérabilité entre les bases de données. En conséquence, les Etats membres ont amélioré le système d'information Schengen (I) et développé deux nouvelles bases de données spécifiques à la politique d'asile et à la politique des visas (II).

1 Voir notamment, BROUWER E. « Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 566 p., sp. 105.

I. LES SYSTÈMES D'INFORMATIONS DÉVELOPPÉS DANS LE CADRE DE LA COOPÉRATION DE SCHENGEN

Le développement des bases de données dans le champ de la politique migratoire a été inauguré par le Système d'information Schengen¹ (A). Créé par la convention d'application des Accords de Schengen de 1990, le SIS a pour objectif « de préserver l'ordre et la sécurité publics, y compris la sûreté de l'Etat, et l'application des dispositions sur la circulation des personnes de la présente convention sur les territoires des parties contractantes »². Les évolutions politiques et technologiques ont contraint les Etats membres à modifier le SIS et à développer la création d'un SIS II afin d'assurer l'intégration dans le système des nouveaux Etats membres de l'Union³ et de le doter de technologies informatiques plus performantes⁴ (B).

A. Le Système d'Information de Schengen (SIS)

Le SIS s'articule autour d'une architecture souvent comparée à une « étoile »⁵, composée d'un système central, appelé C-SIS, et d'une partie nationale, qualifiée N-SIS implantée dans chacun des Etats membres⁶. Sur le principe, les autorités nationales intègrent dans le SIS des données relatives aux personnes et aux objets⁷. Ces données sont ensuite consultées grâce à une procédure de contrôle automatisée par les autorités nationales désignées par les parties contractantes lors des contrôles aux

1 Le SIS n'est pas uniquement destiné à la maîtrise des flux migratoires mais couvre également le domaine de la coopération policière et judiciaire. Voir notamment SABATIER M. « La coopération policière européenne », L'Harmattan, Paris, 2001, 510 p., sp. 159-167.

2 Si le SIS constitue un instrument de maîtrise des flux migratoires, il est également un instrument au bénéfice de la coopération policière et judiciaire. Considérant le champ de l'étude portant sur la politique migratoire de l'Union européenne, nous limiterons notre approche à ce seul versant du système informatisé sans aborder sa dimension appuyée sur le troisième pilier de l'Union européenne.

3 Initialement, le SIS avait été conçu pour permettre l'intégration de 18 Etats membres. Figuraient au titre de ces Etats, les Quinze membres de l'Union européenne, l'Islande et la Norvège ainsi qu'un poste de réserve pour un dix-huitième Etat.

4 Voir notamment, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Le développement du Système d'Information Schengen II », COM(2001) 720 final du 18.12.2001, sp. 3.

5 HREBLAY R. « Les accords de Schengen », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 194 p., sp. 104.

6 Pour une description du SIS et de son fonctionnement voir en particulier, BROUWER E. « Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 566 p.

7 La convention de Schengen dresse la liste des données que les Etats membres sont habilités à intégrer dans le SIS. Ces informations, dont les spécificités figurent à l'article 94 de la convention, comprennent les données relatives aux personnes recherchées pour l'arrestation aux fins d'extradition (article 95), les données relatives aux étrangers signalés aux fins de non admission sur le territoire des Etats membres (article 96), les données relatives aux personnes disparues et aux personnes devant être placées en sécurité (article 97), les données relatives aux témoins, aux personnes citées à comparaître devant les autorités judiciaires dans le cadre d'une procédure pénale (article 98), les données relatives aux personnes ou aux véhicules aux fins de surveillance discrète ou de contrôles spécifiques (article 99), et enfin les données relatives aux objets recherchés aux fins de saisie ou de preuve dans une procédure pénale (article 100).

frontières ou sur le territoire et dans le cadre de l'application des dispositions relatives à la libre circulation des personnes¹. Le SIS a constitué une « véritable révolution »² de la coopération entre Etats membres³ et a joué un rôle déterminant dans le domaine de la politique migratoire par l'intermédiaire du signalement aux fins de non admission (1). Les conditions de ce signalement ont toutefois été encadrées par la jurisprudence (2).

1. Le signalement aux fins de non admission

Le signalement aux fins de non admission des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats parties est encadré par l'article 96 de la convention de Schengen. Cette disposition prévoit que deux catégories de personnes peuvent faire l'objet d'un signalement aux fins de non admission. La première concerne les personnes présentant une menace pour l'ordre public, soit qu'elles ont été condamnées pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an, soit qu'il existe des raisons sérieuses de croire que la personne a commis des faits punissables graves ou à l'égard de laquelle il existe des indices réels qu'elle envisage de commettre de tels faits. La seconde catégorie de personnes concerne les étrangers qui ne se sont pas conformés à la législation nationale en matière d'immigration et ont fait l'objet d'une mesure d'éloignement ou de refus d'entrée.

En pratique, le signalement d'une personne aux fins de non admission dans le SIS vaut pour l'ensemble des Etats connectés au système qui en tirent les conséquences en refusant l'entrée sur le territoire ou la délivrance d'un visa⁴. Seulement, les critères établis par l'article 96 de la convention de Schengen laissent d'importantes marges de manœuvres aux Etats et créent les conditions d'une application différenciée de la convention⁵. Cette probabilité est d'autant plus forte que le SIS contenait au 1^{er} janvier 2007 quelques 17 615 495 données dont 752 338 relatives aux personnes signalées

1 Article 92 de la convention de Schengen.

2 HREBLAY R. « Les accords de Schengen », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 194 p., sp. 105.

3 Comme le souligne la Commission, « Le SIS est donc un élément essentiel du fonctionnement de l'espace sans frontières de Schengen et il est indispensable tant pour l'application du dispositif de circulation des personnes que pour la coopération policière et judiciaire pénale de Schengen », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Le développement du Système d'Information Schengen II », COM(2001) 720 final du 18.12.2001, sp. 3.

4 « The consequence of such a report in the SIS is that the person will be refused entry to every other Schengen state. On the basis of an SIS alert, a third-country national can also be denied a visa or a residence permit, or even expelled or detained. This refusal of entry or visa is based on the provision in Article 5 CISA (now Article 5 of the Schengen Borders Code) stating that a person for whom an alert has been issued in the SIS for the purpose of refusing entry, must be refused entry into the Schengen territories. Only on the basis of humanitarian grounds, grounds of national interest or because of international obligations, may national authorities derogate from this duty to refuse entry », BROUWER E. « The Other Side of the Moon. The Schengen Information System and Human Rights : A Task for National Courts », CEPS Working Document n° 288, April 2008, 20 p., sp. 2-3.

5 BROUWER E. « Data Surveillance and Border Control in the EU : Balancing Efficiency and Legal Protection » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 137-154, sp. 140.

aux fins de non admission¹. Ces dernières constituaient 90 % des données relatives aux personnes² et environ 70 % des résultats positifs lors de la consultation de la base de données³.

Dans ce contexte, l'intervention du juge en vue d'encadrer les conditions de signalement était prévisible et souhaitable.

2. Le contrôle juridictionnel du signalement aux fins de non admission

Si le juge administratif français s'est rapidement illustré dans cet exercice ouvrant la voie à une nouvelle perception de l'espace juridictionnel européen (a), la Cour de justice est intervenue progressivement et a posé les jalons d'une jurisprudence commune relative aux signalements de personnes dans le SIS (b).

a. La jurisprudence française

Quelques jours après l'entrée en vigueur de la convention d'application des accords de Schengen, le juge administratif français a été saisi de demandes en annulation d'arrêtés de reconduites à la frontière motivés par un signalement aux fins de non-admission dans le SIS. Ces demandes avaient en réalité pour objet d'inviter le juge administratif à se prononcer sur la validité d'une décision nationale ayant pour fondement une décision de droit étranger⁴. La question bousculait le principe de droit administratif selon lequel « le caractère national de la juridiction administrative française (...) emporte l'incompétence de cette juridiction à l'égard des litiges provoqués par les actes étrangers »⁵. En l'espèce, les extraits de SIS ne faisaient pas mention de la décision exécutoire en vertu de laquelle les intéressés ne pouvaient être admis sur le territoire des pays signataires de la Convention de Schengen. Dans ce contexte, le juge français a considéré que le signalement ne saurait être une fin en soi et motiver à lui seul une reconduite à la frontière. Ainsi, le signalement constitue un indice « qui doit être confronté par l'existence d'une décision exécutoire dont les principaux éléments

1 House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., sp. 22.

2 BROUWER E. « Data Surveillance and Border Control in the EU : Balancing Efficiency and Legal Protection » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 137-154, sp. 140.

3 BROUWER E. « Data Surveillance and Border Control in the EU : Balancing Efficiency and Legal Protection » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 137-154, sp. 142.

4 Pour une illustration de ce contentieux et de ses incidences, voir AUBIN E. « Le juge administratif français face à l'application de la Convention de Schengen dans les dispositions sur le droit d'asile. Bilan juridictionnel de l'application en France des accords de Schengen » R.D.P. 2000, pp. 829-862, sp. 836-841.

5 CHAPUS R. cité dans GAUTIER M. « Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle » in Etudes en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 69-82, sp. 73.

(...) doivent figurer dans extrait du SIS »¹. En d'autres termes, les autorités nationales doivent s'assurer de l'existence d'une décision exécutoire motivant la décision de reconduite à la frontière.

Dans une affaire *Forabosco*, concernant le refus de délivrance d'un visa de long séjour à une ressortissante roumaine, épouse d'un ressortissant français, au motif qu'elle était signalée aux fins de non admission dans le SIS, le Conseil d'Etat a approfondi la logique précédemment enclenchée. Le juge administratif a accepté d'examiner le bien fondé du moyen tiré du caractère injustifié d'un signalement aux fins de non admission prononcé par une autorité étrangère, autrement dit d'analyser la question au fond. Les faits de l'espèce lui offraient l'opportunité de s'engouffrer dans cette brèche étant donné que la décision de signalement violait la convention de Schengen. En effet, les autorités allemandes avaient signalé Mme *Forabosco* dans le SIS au motif que sa demande d'asile avait été rejetée. Or, ce motif ne figurait pas dans l'article 96 de la convention qui délimitait précisément les cas pouvant entraîner un tel signalement. Par conséquent, le Conseil d'Etat annulait la décision du consul de France à Bucarest refusant la délivrance du visa et s'arrogeait ainsi le droit de contrôler la décision d'une autorité étrangère. Plusieurs décisions ont confirmé² cette jurisprudence novatrice du Conseil d'Etat³.

Cette jurisprudence présente toutefois des limites. En effet, le contrôle du juge administratif n'est valable que dans la mesure où la contestation de la décision des autorités étrangères est fondée sur une violation de la convention de Schengen, puisque le juge français ne peut apprécier la validité d'une décision étrangère vis-à-vis du droit interne de l'autre Etat membre. Par exemple, si le juge français peut s'assurer que le signalement dans le SIS résulte d'une décision d'interdiction du territoire, il ne peut contrôler la légalité de cette décision qui relève d'une procédure étrangère⁴. Ainsi, le juge national est « impuissant devant (...) une violation indirecte des stipulations

1 AUBIN E. « Le juge administratif français face à l'application de la Convention de Schengen dans les dispositions sur le droit d'asile. Bilan juridictionnel de l'application en France des accords de Schengen » R.D.P. 2000, pp. 829-862, sp. 836-841.

2 Fasc. « Visas d'entrée et de séjour », Dictionnaire Permanent – Droit des Etrangers.

3 Même si des doutes persistaient sur l'adoption d'une telle jurisprudence par les juridictions des autres Etats parties entraînant de possibles divergences d'application des dispositions de la Convention de Schengen en l'absence d'intervention harmonisatrice de la Cour de justice. Voir sur ce point, AUBIN E. « Le juge administratif français face à l'application de la Convention de Schengen dans les dispositions sur le droit d'asile. Bilan juridictionnel de l'application en France des accords de Schengen » R.D.P. 2000, pp. 829-862, sp. 848.

4 « Considérant que s'il appartient au juge administratif français de se prononcer, le cas échéant, sur le bien-fondé d'un moyen tiré du caractère injustifié du signalement d'une personne aux fins de non-admission alors même qu'il a été prononcé par une autorité étrangère, partie à l'accord de Schengen, il n'est en revanche pas compétent pour statuer sur la légalité des décisions des autorités des autres Etats parties qui fondent ce signalement ; qu'ainsi le requérant, qui ne conteste pas que l'interdiction du territoire prononcée par les autorités italiennes était au nombre des décisions qui, en application des stipulations de l'article 96 de la convention d'application de l'accord de Schengen, justifient une inscription au fichier Système d'information Schengen, ne saurait utilement se prévaloir de ce que cette mesure d'interdiction du territoire aurait été prise selon une procédure irrégulière et serait disproportionnée par rapport aux faits qu'il a commis », CE 23 mai 2003, *Catrina*, req. 237934.

du dispositif de Schengen »¹. Face à cette situation, il a été envisagé d'instaurer un « mécanisme préjudiciel en appréciation de validité entre juridictions nationales » permettant à un juge d'interroger son homologue afin de statuer sur la mesure nationale dont la légalité est contestée². Une interprétation extensive de l'article 67, paragraphe 2, du traité CE aurait pu servir de base juridique à la création d'un tel recours³. Cependant, les résistances des Etats membres à l'encontre de la restauration du renvoi préjudiciel dans le titre IV ont compromis l'apparition d'une telle innovation⁴.

b. La jurisprudence de la Cour de justice

Dans une affaire Commission contre Espagne⁵ de janvier 2006, la Cour de justice s'est prononcée sur les dispositions relatives aux signalements aux fins de non admission dans le SIS à l'occasion d'un recours en manquement. L'affaire concernait deux ressortissants de pays tiers conjoints de ressortissants des Etats membres ayant exercé leur droit à la libre circulation et dont l'entrée dans l'espace Schengen et les demandes de visas avaient été refusées au motif qu'ils étaient signalés dans le SIS. La Commission estimait que l'attitude de l'Etat espagnol consistant à s'appuyer sur le signalement dans le SIS pour refuser l'entrée ou l'octroi du visa était contraire au droit communautaire et en particulier à la directive 64/221/CE applicable en matière d'ordre public. La juridiction communautaire a fait droit à la requête de la Commission en estimant que les autorités espagnoles auraient dû rechercher les informations pour s'assurer que la présence des intéressés constituait bien une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société au sens de la jurisprudence développée sur le fondement de la directive 64/221/CE. Si l'affaire concernait des bénéficiaires de la libre circulation des personnes, cette interprétation pourrait être étendue aux ressortissants de pays tiers à l'instar de l'interprétation développée par le juge administratif français.

1 GAUTIER M. « Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle » *in* Etudes en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 69-82, sp. 78.

2 GAUTIER M. « Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle » *in* Etudes en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 69-82, sp. 78.

3 Article 67, paragraphe 2, second tiret, du traité CE :

« Après cette période de cinq ans :

(...)

le Conseil statuant à l'unanimité, après consultation du Parlement européen, prend une décision en vue de rendre la procédure visée à l'article 251 applicable à tous les domaines couverts par le présent titre ou à certains d'entre eux et d'adapter les dispositions relatives à la compétence de la Cour de justice ».

4 La Commission européenne avait proposé une modification en ce sens qui n'a pas aboutie, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil au Comité économique et social européen, au Comité des Régions et à la Cour de justice des Communautés européennes visant l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM(2006) 346 final du 28.06.2006.

5 CJCE 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122.

En effet, la Cour a considéré que le signalement dans le SIS constituait « un indice de l'existence d'un motif justifiant que l'entrée dans l'espace Schengen lui soit refusé »¹. Autrement dit, le signalement constitue un élément nécessaire à la décision de refus d'entrée ou d'octroi de visa, mais il n'est pas suffisant puisque les autorités nationales doivent rechercher les informations justifiant ce signalement. Ce raisonnement peut être transposé aux ressortissants de pays tiers. Ainsi, et puisque le signalement d'un ressortissant de pays tiers dans le SIS constitue un indice, les autorités nationales doivent s'assurer auprès des autorités de l'autre Etat membre de la conformité du signalement au regard de l'article 96 de la convention. Cette obligation est du reste confortée par la Cour à la faveur d'un encadrement du principe de coopération loyale qui « implique que l'État qui consulte le SIS tienne dûment compte des indications fournies par l'État signalant, [et] implique également que ce dernier doit tenir à la disposition du premier les informations complémentaires lui permettant d'apprécier concrètement l'importance de la menace que la personne signalée est susceptible de représenter »².

Si la position de la Cour de justice présente quelques faiblesses³, la transposition de la solution aux conditions d'intégration des données relatives aux étrangers dans le SIS apparaît largement ouverte. De manière paradoxale, et dans l'hypothèse où la Cour de justice étendrait sa jurisprudence aux signalements des ressortissants de pays tiers en exigeant que les autorités nationales recherchent les informations relatives aux signalements, la Cour de justice pourrait transformer les bureaux SIRENE, par lesquels les informations transitent et institués à des fins sécuritaires, en défenseurs des droits des migrants.

Le contentieux relatif à l'introduction et à l'utilisation des données dans le SIS est prometteur tant au niveau quantitatif que qualitatif dans la mesure où il pousse la Cour de justice sur le terrain des droits individuels et crée les conditions d'une harmonisation des règles de fonctionnement du SIS, notamment au moment de l'entrée en vigueur d'un SIS de seconde génération.

1 CJCE 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122, point 53.

2 CJCE 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122, point 56.

3 Comme le souligne Fabienne KAUFF-GAZIN « La Cour semble minimiser le problème délicat de la non-conformité de dispositions de la CAAS et du droit communautaire, en particulier au regard de la directive de 1964 et de la jurisprudence s'y rapportant », KAUFF-GAZIN F., Europe, mars 2006, comm. n° 85, pp. 20-22, sp. 21.

B. Le Système d'Information de Schengen de seconde génération (SIS II)

Dans un contexte en mutation rapide et constante, entre élargissements successifs de l'Union européenne¹ et évolution des progrès technologiques², le SIS dans sa version initiale ne permet plus de remplir pleinement ses fonctions et impose une amélioration du système³. Si l'amélioration du SIS par la création d'un SIS de seconde génération⁴ (SIS II) permet l'introduction de données biométriques, elle permet également aux Etats de redéfinir les modalités de signalements aux fins de non admission (1) et les conditions de consultation de la base de données par les autorités nationales (2). Ainsi, et indépendamment des retards techniques affectant l'entrée en application effective du SIS II⁵, le perfectionnement du système procède à une « standardisation » accrue des modalités d'échanges d'informations entre les autorités nationales afin d'assurer l'application uniforme des règles communautaires relatives à l'accès au territoire des Etats membres.

1. Le signalement aux fins de non admission

Le règlement n° 1987/2006 portant sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS II⁶ conserve les catégories de données établies par la convention de Schengen. Toutefois, la description des motifs d'introduction des signalements dans le SIS II est plus précise, ce qui doit permettre d'accroître la sécurité des personnes.

-
- 1 Le système informatique initial ne pouvait accueillir plus de 18 membres. La perspective de l'élargissement commandait donc une adaptation du système pour accueillir les nouveaux entrants.
 - 2 La modernisation du système doit notamment passer par l'introduction d'éléments d'identification biométriques tels que la photographie et les empreintes digitales, comme le Conseil en avait par ailleurs formulé le souhait. Voir les conclusions du Conseil au sujet du développement du SIS de deuxième génération lors du Conseil justice et affaires intérieures de juin 2003, *Doc. 9845/03*, sp. 17-21.
 - 3 Voir en ce sens, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Le développement du Système d'Information Schengen II », COM(2001) 720 final du 18.12.2001.
 - 4 Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381/4 du 28.12.2006.
 - 5 Le lancement opérationnel du SIS II, prévu pour l'année 2007 (voir Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 juin 2006, conclusions de la présidence, *Doc. 10633/1/06 REV1* du 17 juillet 2006, sp. 3), devait être reporté. Les essais relatifs au fonctionnement du SIS II n'ont pu être mis en œuvre qu'à partir de 2008. Voir règlement (CE) n° 189/2008 du Conseil du 18 février 2008 relatif aux essais du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 57/1 du 01.03.2008. Sur l'échelonnement des phases de mise en œuvre du SIS II, voir notamment House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., sp. 13 ; Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen relatif au développement du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) ; Rapport sur l'état d'avancement des travaux, Juillet 2008-Décembre 2008, COM(2009) 133 final du 24.03.2009.
 - 6 Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381/4 du 28.12.2006.

L'article 24 du règlement précité communautarise l'article 96 de la convention de Schengen en précisant les conditions de sa mise en œuvre. Tout d'abord, le signalement, introduit sur la base d'une décision prise par les autorités administratives ou les juridictions compétentes, doit faire l'objet « d'une évaluation individuelle ». En d'autres termes, les autorités nationales ne peuvent introduire automatiquement le signalement et doivent, pour chaque cas, déterminer si les critères nationaux et communautaires sont remplis et si la situation mérite un signalement dans le SIS II¹, le tout en combinaison avec l'article 21 du règlement². En second lieu, le règlement restreint les marges de manœuvre des Etats membres dans la mesure où les signalements « doivent », et non plus « peuvent », être introduits lorsque la décision est fondée sur la menace pour l'ordre public ou la sécurité publique ou pour la sûreté nationale que peut constituer la présence d'un ressortissant de pays tiers sur le territoire d'un Etat membre. Enfin, le règlement prévoit que des recours contre ces décisions doivent être formés conformément à la législation nationale, ce qui implique une obligation pour les Etats membres d'instituer de tels recours.

Concernant les personnes signalées, l'article 25 du règlement n° 1987/2006 transpose la jurisprudence de la Cour relative au signalement dans le SIS des ressortissants de pays tiers bénéficiaires de la libre circulation dans la Communauté³. Disposition contestée⁴, elle oblige les autorités nationales à consulter immédiatement l'autorité ayant introduit le signalement pour décider « sans délai des mesures à prendre ». En revanche, le règlement n'impose pas aux Etats membres d'effacer les données dès lors que la personne a acquis la citoyenneté européenne, ce qui peut constituer une violation de la directive 2004/38/CE⁵. Concernant les ressortissants de pays tiers, le règlement ne fait pas l'objet de telles précisions et laisse augurer des difficultés d'interprétation et d'articulation des règles communautaires. Cela peut notamment être le cas lorsque le signalement constitue un obstacle au droit au regroupement familial consacré par la directive 2003/86/CE. Dans ce cas de figure, le simple signalement suffit-il à rejeter la

1 BROUWER E. « Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 566 p., sp. 95.

2 Article 21 du règlement (CE) n° 1987/2006 « Avant d'introduire un signalement, l'État membre signalant vérifie si le cas est suffisamment approprié, pertinent et important pour justifier l'introduction du signalement dans le SIS II ».

3 CJCE, 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122.

4 La House of Lords avait à ce sujet une position très tranchée « The United Kingdom is particularly affected by the application of the current SIS, and SIS II, to the family members of EU citizens. A British family which includes a third-country national subject to a SIS or SIS II alert will not be able in practice to travel to the Schengen area. This is justified if the third-country national has committed crimes sufficiently serious to justify exclusion under EC free movement law, but not otherwise. The application of SIS and SIS II rules needs to be monitored closely to ensure that they are being correctly applied », House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., sp. 26.

5 BROUWER E. « Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 566 p., sp. 98.

demande d'entrée et de séjour ou les autorités nationales doivent-elles consulter l'Etat membre signalant afin d'évaluer la menace à l'ordre public ? L'absence d'indications à ce sujet crée une incertitude que le juge communautaire sera vraisemblablement appelé à trancher, même si la jurisprudence ouvre la voie à l'application de la seconde solution¹.

2. *L'incidence de la biométrie dans la consultation des données*

Si l'introduction de données biométriques doit rendre le système plus fiable en permettant aux autorités nationales de s'assurer que la personne contrôlée correspond effectivement à celle signalée dans le système², l'utilisation de ces données biométriques dans le SIS II doit permettre de modifier la finalité des signalements ce qui en revanche ne constitue pas une garantie pour les ressortissants de pays tiers.

Aux termes de l'article 20 du règlement n° 1987/2006, les signalements de ressortissants de pays tiers aux fins de non admission ou d'interdiction du séjour comprennent la photographie et les empreintes digitales. L'article 22 point b) prévoit que les données biométriques ne sont utilisées que pour confirmer l'identité d'un ressortissant de pays tiers établie sur la base d'une recherche alphanumérique. Cette approche a notamment pour but de limiter les risques d'erreurs occasionnés par les dysfonctionnements techniques des données biométriques, ce qui au passage témoigne de la fiabilité relative du procédé³. Cependant, cette utilisation des données biométriques doit être modifiée dans le futur. Ainsi, l'article 22, point c) du règlement, indique « dès que cela est possible d'un point de vue technique, les empreintes digitales peuvent aussi être utilisées pour identifier un ressortissant d'un pays tiers sur la base de ses identificateurs biométriques »⁴. En d'autres termes, les recherches dans le SIS II deviendront possibles sur la seule base des données biométriques sans avoir recours à d'autres informations telles que le nom ou le prénom, ce qui contribue à octroyer aux identifiants biométriques une importance croissante dans les contrôles. Si ce changement de modalités d'utilisation du SIS II ne peut intervenir qu'après la production d'un rapport technique de la Commission relatif à l'efficacité du système et une procédure de consultation du Parlement européen⁵, la priorité qui sera accordée aux éléments d'identification biométrique devra nécessairement être effective à partir

1 CJCE, 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-503/03, Rec. I-1122.

2 Voir à ce sujet le mémorandum de Jonathan FAULL présenté devant la House of Lords *in* House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., sp. 86.

3 Pour une critique portant notamment sur les risques d'erreurs d'identification, voir Memorandum by the Meijers Committee *in* House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., Minutes of Evidence, pp. 12-19, sp. 13 et 18.

4 Article 22 point c), du règlement (CE) n° 1987/2006.

5 Article 22, point c), deuxième phrase « Avant que cette fonctionnalité soit introduite dans le SIS II, la Commission présente un rapport précisant si la technique requise est disponible et prête à être employée ; le Parlement européen est consulté ».

du moment où la technologie permettra d'assurer la fiabilité des données introduites, ce qui n'est toujours pas le cas.

Par ailleurs, cette modification doit être précisément évaluée au regard notamment des autorités habilitées à consulter le SIS II. Sur ce point, l'article 27 du règlement n° 1987/2006 transpose l'article 101 de la convention de Schengen¹ mais ouvre la consultation aux « autorités judiciaires nationales » notamment par « leurs autorités de coordination »². Ces dernières sont définies de manière floue, ce qui laisse par conséquent une marge d'incertitude, d'autant que le règlement ne permet pas non plus de déterminer l'objectif des consultations. Or, les consultations doivent normalement être exercées pour identifier des personnes et non simplement pour disposer d'informations sur les personnes. A ce titre, la consultation des données relatives aux personnes signalées aux fins de non admission par les « autorités de coordination » des autorités judiciaires devra faire l'objet d'un contrôle strict, de la part des autorités de contrôle afin d'éviter que la consultation des données ne soit utilisée pour des raisons différentes que celles relevant de l'accomplissement de leur mission³.

Le règlement n° 1987/2006 encadre de manière plus précise les conditions du signalement mais ouvre des potentialités nouvelles dans l'utilisation des données, ce qui ne constitue pas forcément une garantie de sécurité pour les ressortissants de pays tiers. Cela étant dit, les conditions d'utilisation du SIS soulèvent encore des incertitudes qui devront être progressivement encadrées par le droit⁴.

Quoi qu'il en soit, la rapidité et la fiabilité du SIS ont conduit les Etats membres à développer des systèmes identiques dans d'autres domaines de la politique migratoire.

II. LES SYSTÈMES D'INFORMATIONS EN MATIÈRE MIGRATOIRE

En raison de l'efficacité du SIS dans l'application opérationnelle des règles communautaires par les autorités nationales, la Communauté a décidé d'étendre

1 Voir sur ce point BROUWER E. « Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 566 p., sp. 99-101.

2 Article 27, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1987/2006 « Toutefois, le droit d'accès aux données introduites dans le SIS II et le droit de les consulter directement peuvent également être exercés par les autorités judiciaires nationales, y compris celles qui sont compétentes pour engager des poursuites judiciaires dans le cadre de procédures pénales et des enquêtes judiciaires avant l'inculpation, dans l'exercice de leurs fonctions telles que prévues dans la législation nationale, et par leurs autorités de coordination ».

3 L'article 28 du règlement (CE) n° 1987/2006 précise en effet que « les utilisateurs ne peuvent accéder qu'aux données qui sont nécessaires à l'accomplissement de leur mission ».

4 Article 24 paragraphe 5 du règlement (CE) n° 1987/2006, « La Commission réexamine l'application du présent article trois ans après la date visée à l'article 55, paragraphe 2. Sur la base de ce réexamen, la Commission, utilisant le droit d'initiative que lui confère le traité, fait les propositions nécessaires pour modifier les dispositions du présent article afin de parvenir à un degré plus élevé d'harmonisation des critères de signalement ».

l'utilisation de systèmes informatisés à deux domaines de la politique migratoire. Le premier système informatisé, le VIS, concerne la politique des visas et s'inscrit dans la logique du renforcement des contrôles aux frontières et à l'entrée sur le territoire (A). Le second système informatisé, dénommé Eurodac, est institué dans le domaine de la politique d'asile et vise à permettre une meilleure application des règles adoptées sur le fondement de la convention de Dublin (B). Si dans les deux situations ces systèmes informatisés permettent l'uniformisation de l'application opérationnelle des règles communautaires, ils couvrent parallèlement des champs d'intervention plus large que leur objectif initial.

A. Le système d'identification des visas : le VIS

L'idée de créer un système commun d'identification des visas a été évoquée au lendemain des attentats du 11 septembre 2001¹ lors du Conseil européen extraordinaire du 20 septembre². Sa création a été programmée à l'occasion du Conseil de Laeken³ avant de devenir une « priorité absolue » pour les chefs d'État et de gouvernement réunis au Conseil européen de Séville⁴. Une décision de 2004 a créé le VIS⁵ et un règlement adopté quatre années plus tard définit les conditions et procédures d'échanges de données entre les États membres⁶. Structuré comme le SIS⁷ et basé sur la technique

- 1 BALDACCINI A. « Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security : Framing Suspects with Biometric Documents and Databases », E.J.M.L. 2008, pp. 31-49, sp. 39.
- 2 « Le Conseil invite les États membres à faire preuve d'un maximum de rigueur dans la procédure de délivrance des visas et, dans ce but, à renforcer la coopération consulaire locale. Il invite de même la Commission à présenter des propositions visant à établir un réseau d'échange d'informations concernant les visas délivrés », Session extraordinaire du Conseil justice, affaires intérieures et protection civile du 20 septembre 2001, *Doc. 120191/01*, sp. 12.
- 3 « Il [Le Conseil européen] demande au Conseil et aux États membres de prendre les dispositions pour la mise en place d'un système commun d'identification des visas et d'examiner la possibilité de mettre en place des bureaux consulaires communs », Conseil européen de Laeken, 14 et 15 décembre 2001, Conclusions de la présidence, Bull-CE 12-2001, pp. 9-20, sp. 17.
- 4 Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002, Conclusions de la présidence, Bull-CE 6-2002, pp. 8-18, sp. 12.
- 5 Décision (2004/512/CE) du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS), *JO L 213/5 du 15.06.2004*.
- 6 Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange des données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), *JO L 216/60 du 13.08.2008*.
- 7 L'article 1^{er} de la décision 2004/512/CE indique que « le système d'information sur les visas repose sur une architecture centralisée et comprend un système d'information central ci-après dénommé « le système central d'information sur les visas »(CS-VIS), une interface dans chaque État membre, ci-après dénommée « l'interface nationale » (NI-VIS), qui assure la connexion avec l'autorité centrale nationale compétente de l'État membre concerné, et l'infrastructure de communication entre le système central d'information sur les visas et les interfaces nationales ». La similarité des systèmes relève de l'idée d'héberger les deux systèmes au même endroit et de confier la gestion opérationnelle des systèmes à une Agence commune. A ce sujet voir, Conclusions du Conseil sur la mise en place du système d'information sur les visas (VIS), Conseil Justice et affaires intérieures, 19 février 2004, *Doc. 5831/04*, pp. 15-20, sp. 18 ; LUDFORD S., Document de travail du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de

du « hit – no hit », le VIS a pour objectif principal de lutter contre le « visa shopping ». Concrètement, il permet aux autorités nationales de savoir si le demandeur de visa a déjà déposé une demande dans un autre Etat membre et de faire ainsi échec au dépôt de demandes auprès de plusieurs autorités consulaires. A cette fin, les textes adoptés déterminent les modalités d'introduction (1) et de consultation (2) des données. Toutefois, l'utilisation du VIS est étendue à la lutte contre le terrorisme ce qui peut apparaître plus problématique (3).

1. L'introduction des données dans le VIS

Destiné à « améliorer la mise en œuvre de la politique commune en matière de visas, la coopération consulaire et la consultation des autorités consulaires centrales chargées des visas en facilitant l'échange de données entre les États membres sur les demandes de visas et les décisions y relatives »¹, le VIS contient les données alphanumériques et biométriques² relatives aux personnes et aux visas demandés, délivrés, refusés, annulés, retirés ou prorogés. Le règlement détermine les données devant figurer dans le VIS à chaque étape de la procédure de demande de visa. Ainsi, les autorités nationales doivent créer un dossier de demande de visa « dès réception d'une demande » et saisir dans le VIS l'ensemble des données énumérées à l'article 9 du règlement³. Ce dernier

données entre les Etats membres sur les visas de court séjour : protection des données, questions relatives à la gestion et questions plus générales, sp. 2. ; Memorandum de RYAN J. *in* House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., Minutes of Evidence, pp. 12-19, sp. 117 ; document du Conseil *Doc. 9169/06* ; Memorandum by the Meijers Committee *in* House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., Minutes of Evidence, pp. 12-19, sp. 13.

- 1 Article 1^{er} du règlement (CE) n° 767/2008. A ce sujet voir également, Conclusions du Conseil sur la mise en place du système d'information sur les visas (VIS), Conseil Justice et affaires intérieures, 19 février 2004, *Doc. 5831/04*, pp. 15-20, sp. 16.
- 2 Les données biométriques, empreintes digitales et photographie, devaient initialement être incorporées dans les visas à l'aide de micro-puces. Un problème de collision entre les éléments électroniques figurant dans les documents de voyage ont obligé les Etats membres à abandonner ce projet au profit de l'incorporation des données biométriques dans le seul VIS. Voir à ce sujet, LUDFORD S., Document de travail du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour : protection des données, questions relatives à la gestion et questions plus générales, sp. 2 ; THOMAS R. « Biometrics, International Migrants and Human Rights », E.J.M.L. vol. 7, 2005, pp. 377-411, sp. 381.
- 3 Article 9 du règlement (CE) n° 767/2008 : « L'autorité chargée des visas saisit les données suivantes dans le dossier de demande :
 - 1) le numéro de la demande ;
 - 2) l'état de la procédure indiquant qu'un visa a été demandé ;
 - 3) l'autorité à laquelle la demande a été présentée, y compris sa localisation, et si la demande a été présentée à cette autorité représentant un autre État membre ;
 - 4) les données suivantes extraites du formulaire de demande :
 - a) nom, nom de naissance [nom(s) antérieur(s)] ; prénom(s) ; sexe ; date, lieu et pays de naissance ;
 - b) nationalité actuelle et nationalité à la naissance ;
 - c) type et numéro du document de voyage, autorité l'ayant délivré et date de délivrance et d'expiration ;

prévoit ensuite les données que les autorités nationales sont tenues d'introduire dans le VIS dans les cas de délivrance du visa¹, d'interruption de l'examen de la demande², de refus du visa³, d'annulation, de retrait ou de réduction de la durée de validité du visa⁴ et enfin de prorogation du visa⁵. Toutes ces informations assurent une traçabilité de la procédure d'examen de demande de visa et sont mises à disposition de l'ensemble des autorités nationales connectées au VIS.

Compte tenu du nombre élevé de visas demandés auprès des représentations consulaires et diplomatiques des Etats membres et de la multitude de renseignements prélevés au cours de la procédure, le VIS devrait rapidement contenir en moyenne 70 millions de données biométriques relatives aux demandeurs de visa⁶. Constituant une base de données gigantesque, les conditions de consultation des données figurant dans le VIS doivent être précisément encadrées afin d'éviter toute utilisation contraire aux objectifs de la base.

-
- d) lieu et date de la demande ;
 - e) type de visa demandé ;
 - f) coordonnées de la personne adressant l'invitation et/ou susceptible de prendre en charge les frais de subsistance durant le séjour :
 - i) s'il s'agit d'une personne physique : les nom, prénom et adresse de cette personne ;
 - ii) s'il s'agit d'une société ou d'une organisation, les nom et adresse de la société ou de l'organisation, les nom et prénom de la personne de contact au sein de cette société ou organisation ;
 - g) destination principale et durée du séjour prévu ;
 - h) but du voyage ;
 - i) dates prévues d'arrivée et de départ ;
 - j) première frontière d'entrée prévue ou itinéraire de transit prévu ;
 - k) résidence ;
 - l) profession actuelle et employeur ; pour les étudiants : le nom de l'établissement ;
 - m) pour les mineurs, le nom et le(s) prénom(s) du père et de la mère du demandeur ;
 - 5) une photographie du demandeur, conformément au règlement (CE) n° 1683/95 ;
 - 6) les empreintes digitales du demandeur, conformément aux dispositions pertinentes des instructions consulaires communes ».

A noter que le règlement (CE) n° 810/2009 établissant le code communautaire des visas rappelle à l'article 13 l'obligation de prélever les éléments d'identification biométriques lors du dépôt des demandes de visas, règlement n° 810/2009 établissant le code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

1 Article 10 du règlement (CE) n° 767/2008.

2 Article 11 du règlement (CE) n° 767/2008.

3 Article 12 du règlement (CE) n° 767/2008.

4 Article 13 du règlement (CE) n° 767/2008.

5 Article 14 du règlement (CE) n° 767/2008.

6 « Selon les estimations, le VIS devrait pouvoir contenir à partir de 2007 – notamment en ce qui concerne les données biométriques – les données relatives à quelque 20 millions demandes de visa par an. 70 millions d'empreintes digitales devront par conséquent être stockées dans le système pour la période de cinq ans prévue dans l'actuelle proposition de règlement relatif au VIS », Proposition de décision du Conseil concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités des Etats membres compétentes en matière de sécurité intérieure et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et d'autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, COM(2005) 600 final du 24.11.2005, sp. 5.

2. La consultation des données dans le VIS

Destinée à la mise en œuvre de la politique des visas et au contrôle du franchissement des frontières extérieures, la consultation du VIS n'est pas limitée aux autorités responsables de la délivrance des visas et du contrôle des frontières. En effet, les autorités compétentes en matière d'asile et les autorités compétentes en matière de sécurité intérieure, en ce compris Europol, peuvent également consulter le VIS. Ainsi, et compte tenu du nombre considérable de données intégrées dans la base, les conditions de consultation doivent être encadrées.

Concernant les autorités responsables des contrôles aux frontières extérieures, le règlement n° 767/2008 prévoit qu'elles peuvent effectuer des recherches dans le VIS afin de vérifier l'identité du titulaire du visa, l'authenticité du visa et si les conditions d'entrée sur le territoire sont remplies¹. Une procédure similaire est ouverte aux autorités compétentes exerçant les contrôles sur le territoire des Etats membres². Dans les deux cas de figure, les autorités nationales procèdent à ces vérifications à l'aide du numéro de la vignette de visa en combinaison avec la vérification des empreintes digitales. Une disposition encadre les conditions de consultation du VIS en cas d'échec des premières consultations³.

Sont également habilitées à effectuer des recherches dans le VIS, les autorités compétentes en matière d'asile aux fins de la détermination de l'Etat membre responsable d'une demande d'asile⁴. En effet, et en application du règlement n° 343/2003, l'un des critères permettant la détermination de l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile repose sur la possession par le demandeur d'un ou de plusieurs visas délivrés par un Etat membre ou plusieurs Etats membres⁵. L'obligation d'introduire dans le VIS une série d'informations correspondant notamment aux visas délivrés et à leur durée de validité permet une identification plus aisée en ce domaine.

3. L'extension de la consultation du VIS à la lutte contre le terrorisme

Enfin, le mouvement sécuritaire engagé après les attentats du 11 septembre 2001⁶ et conduisant à placer les instruments de la politique migratoire au service de la lutte contre le terrorisme et les infractions pénales graves a également concerné le VIS⁷. Une

1 Article 18 du règlement (CE) n° 767/2008.

2 Article 19 du règlement (CE) n° 767/2008.

3 Article 20 du règlement (CE) n° 767/2008.

4 Articles 21 et 22 du règlement (CE) n° 767/2008.

5 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50/1 du 25.02.2003.

6 Sur l'intensification du lien, biométrie, migration et sécurité depuis cette date, voir REDPATH J. « Biometrics and International Migration » *in* CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R. & MAC DONALD E. (Edited by) « International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges », IOM-T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p., pp. 427-445.

7 Comme le soulignait la Commission dans la proposition de décision « en matière de lutte contre le terrorisme et d'autres infractions pénales graves, il est essentiel que les services concernés disposent des

décision du 23 juin 2008 encadre les conditions d'accès au VIS des autorités nationales compétentes en matière de sécurité intérieure et à Europol dans le cadre des infractions terroristes et pénales graves¹. L'accès à la base de données n'est pas directement organisé, dans la mesure où les unités opérationnelles nationales limitativement désignées ont accès aux informations figurant dans le VIS par l'intermédiaire de points d'accès centraux². L'article 5 de la décision énumère limitativement les conditions d'accès. Ainsi, les autorités nationales peuvent demander de consulter le VIS lorsque l'accès en consultation est « nécessaire à la prévention, à la détection d'infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves, ou aux enquêtes en la matière »³, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de considérer que la consultation contribuera de manière significative à la prévention ou à la détection des infractions en question, ou aux enquêtes en la matière⁴ et, enfin, dans un cas spécifique rendant l'accès en consultation nécessaire⁵. La décision indique que ces conditions d'accès au système d'information sur les visas sont également applicables à Europol. L'accès en consultation du VIS par les autorités répressives est autorisé sur une demande motivée.

Le VIS constitue un instrument global de la politique migratoire de l'Union européenne dans la mesure où il participe à la politique des visas, à la politique de lutte contre le séjour irrégulier, à la politique d'asile, à l'établissement de statistiques⁶ et à la lutte contre le terrorisme. Aussi, la démultiplication des autorités pouvant avoir accès au VIS pour des raisons différentes implique que les règles applicables en matière de protection des données – risques d'abus⁷, proportionnalité et protection de

informations les plus complètes et les plus récentes dans leurs domaines respectifs. Les services nationaux compétents des États membres ne sauraient s'acquitter de leurs missions sans détenir les informations nécessaires. Or les informations contenues dans le VIS peuvent contribuer de manière importante à la prévention et à la lutte contre le terrorisme et les formes de criminalité graves, et elles devraient donc pouvoir être consultées par les autorités compétentes en matière de sécurité intérieure », Proposition de décision du Conseil concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités des États membres compétentes en matière de sécurité intérieures et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et d'autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, COM(2005) 600 final du 24.11.2005, sp. 11.

1 Décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, JO L 218/129 du 13.08.2008.

2 Article 4 de la décision 2008/633/JAI.

3 Article 5, paragraphe 1^{er}, point a) de la décision 2008/633/JAI.

4 Article 5, paragraphe 1^{er}, point c) de la décision 2008/633/JAI.

5 Article 5, paragraphe 1^{er}, point b) de la décision 2008/633/JAI.

6 Article 17 du règlement (CE) n° 767/2008.

7 « Si la vérification d'identité a abouti, la consultation du reste de ces données s'avère difficilement justifiable. Elle ne devrait vraiment être autorisée, dans des conditions restrictives, qu'en cas d'échec des procédures de vérification. Dans ce cas, il pourrait être fait appel aux données visées à l'article 16, paragraphe 2, dans le cadre d'une procédure de secours visant à établir l'identité de la personne. La consultation de ces données devrait être autorisée non pas à tous les agents chargés du contrôle des points de passage aux frontières, mais uniquement aux fonctionnaires chargés des cas difficiles », Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les

la vie privée¹ – soient effectivement garanties. Si le dispositif applicable aux politiques relevant du premier pilier garantit que ces exigences sont satisfaites, notamment en raison de l'existence de règles communes à ce sujet, tel n'était pas le cas dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. En effet, la protection dans ce domaine relevait du droit national jusqu'à l'adoption d'un texte commun réglementant la protection des données pour les matières relevant du troisième pilier². Cette protection ne devant être effectivement assurée dans l'ensemble des Etats membres qu'à la fin de l'année 2010³, l'accès au VIS par les autorités répressives et le traitement des données à caractère personnel devra dès lors être scrupuleusement contrôlé afin notamment d'éviter toute utilisation routinière de la base de données⁴.

Le VIS est révélateur des mouvements qui traversent la politique européenne. Institué dans un domaine ayant été largement harmonisé, il constitue avant tout un instrument opérationnel de mise en œuvre du droit communautaire. Il révèle la volonté des acteurs communautaires d'appuyer l'exécution opérationnelle sur des systèmes informatisés « susceptible[s] de garantir la fluidité des échanges d'informations »⁵. Néanmoins, la diversité des autorités habilitées à consulter le VIS démontre le souhait des Etats membres de ne pas cantonner le système informatisé au seul domaine pour lequel il est institué. De ce point de vue, le VIS, à l'instar des autres systèmes informatisés, impose de garantir une protection effective des données à caractère personnel.

États membres sur les visas de court séjour (COM(2004) 835 final), JO C 181/13 du 23.07.2005, sp. 22.

- 1 Voir sur ce point, BROUWER E. « Data Surveillance and Border Control in the EU : Balancing Efficiency and Legal Protection » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 137-154, sp. 148.
- 2 Selon le point 9 du préambule de la décision 2008/633/JAI : « une fois qu'elle sera entrée en vigueur, la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale devrait être applicable aux traitements de données à caractère personnel réalisés en vertu de la présente décision. Toutefois, jusqu'à ce que les règles fixées dans cette décision-cadre soient applicables, et afin de compléter ces règles, il convient de prévoir des dispositions appropriées pour assurer la protection requise des données. Chaque État membre devrait garantir dans son droit national un niveau de protection approprié des données correspondant au moins à celui résultant de la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et de la jurisprudence correspondante établie dans le cadre de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que, pour les États membres qui l'ont ratifié, du protocole additionnel du 8 novembre 2001 à ladite convention du Conseil de l'Europe, et devrait tenir compte de la recommandation n° R (87) 15 du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 17 septembre 1987 visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police ».
- 3 Voir article 29 de la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JO L 350/60 du 30.12.2008.
- 4 BALDACCINI A. « Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security : Framing Suspects with Biometric Documents and Databases », E.J.M.L. 2008, pp. 31-49, sp. 41.
- 5 Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (COM(2004) 835 final), JO C 181/13 du 23.07.2005, sp. 16.

B. Le système Eurodac

Le système Eurodac constitue le troisième système informatisé institué dans le cadre de la politique migratoire. Instrument au service de la politique d'asile, ce système a été créé pour accompagner la mise en œuvre du règlement « Dublin II » relatif à la détermination de l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile¹. Le système Eurodac a pour principal objectif de permettre la désignation de l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile notamment dans le cas où les ressortissants de pays tiers déposent plusieurs demandes d'asile dans plusieurs Etats membres. Négocié en 1996 sur le modèle d'une convention², le système Eurodac a été institué après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam par l'intermédiaire d'un règlement³ qui en détermine les modalités de fonctionnement (1). Si le système remplit globalement ses objectifs, certains dysfonctionnements perdurent en raison notamment de l'attitude de certains Etats membres (2).

1. Le fonctionnement du système Eurodac

Le fonctionnement du système Eurodac diffère de celui organisé pour le SIS ou le VIS. Tout d'abord, il n'est pas structuré en « étoile » mais comprend une base de données centrale qui est alimentée directement par les autorités nationales⁴. Ensuite, le système Eurodac a pour unique but de procéder à la comparaison des empreintes digitales relevées et introduites par les autorités nationales et non à l'identification des personnes⁵. Par conséquent, les empreintes digitales sont accompagnées de données

1 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50/1 du 25.02.2003.

2 Voir à ce sujet, Amnesty International « L'asile dans l'Union européenne. Commentaires et articles », SF 03 R 32, juin 2003, 100 p., sp. 39.

3 Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison d'empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316/1 du 15.12.2000.

4 En pratique, les autorités nationales transmettaient directement les données prélevées à une unité centrale chargée de gérer la base de données en vue de la comparaison des données figurant dans le système commun. Un règlement adopté en février 2002 précise les modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 et en particulier celles relatives à la transmission des données par les Etats membres à l'unité centrale, Règlement (CE) n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison d'empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 62/1 du 05.03.2002.

5 BROUWER E. « Data Surveillance and Border Control in the EU : Balancing Efficiency and Legal Protection » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 137-154, sp. 146.

alphanumériques qui ne comprennent pas la photographie et les données personnelles des demandeurs¹. Enfin, la gestion du système est confiée à la Commission².

Deux catégories de données sont directement transmises par les autorités nationales au système Eurodac. Il s'agit tout d'abord des données relatives aux demandeurs d'asile. En pratique, dès qu'une demande d'asile est déposée dans un Etat membre, les empreintes digitales des demandeurs d'asile âgés de plus de 14 ans sont prélevées et transmises « rapidement » à l'unité centrale. Cette transmission permet de procéder à la comparaison des empreintes transmises avec les empreintes et données figurant dans l'unité centrale. Si les données transmises figurent déjà dans la base Eurodac, et sous réserve de vérification, l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile est celui dans lequel la demande a été introduite en premier. Si aucune donnée ne figure dans le système, l'Etat membre ayant transmis les données est *a priori* celui qui est responsable de l'examen de la demande d'asile. Les données transmises sont conservées dans la base Eurodac pendant dix ans³.

En second lieu, les autorités nationales transmettent les données relatives aux ressortissants de pays tiers appréhendés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière terrestre, maritime ou aérienne d'un Etat membre en provenance d'un pays tiers et qui n'ont pas été refoulés. Ces données ne sont en revanche pas comparées avec les données déjà existantes mais sont enregistrées « aux seules fins de leur comparaison avec les données relatives à des demandeurs d'asile transmises ultérieurement à l'unité centrale »⁴. En effet, cette transmission de données repose sur l'idée que l'étranger qui

1 Les données alphanumériques sont les suivantes :

- Etat membre d'origine, lieu et date de la demande d'asile ;
- Sexe ;
- Numéro de référence attribué par l'Etat membre d'origine ;
- Date à laquelle les empreintes ont été relevées ;
- Date à laquelle les données ont été transmises à l'unité centrale ;
- Date à laquelle des données ont été introduites dans la base de données centrale ;
- Renseignement sur le(s) destinataire(s) des données transmises et date de la (des) transmission(s).

Les données alphanumériques intégrées dans Eurodac doivent être légèrement modifiées, voir Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (CE) n° [...] [../...] [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2008)825 final du 03.12.2008.

- 2 La gestion opérationnelle d'Eurodac doit prochainement échoir à une instance gestionnaire commune au SIS II et au VIS, voir Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (CE) n° [...] [../...] [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2008)825 final du 03.12.2008.
- 3 Comme le justifie le point 8 du préambule du règlement « il se peut que des étrangers qui ont demandé l'asile dans un Etat membre aient la possibilité de demander l'asile dans un autre Etat membre pendant de nombreuses années encore ».
- 4 Article 9, paragraphe 1^{er}, second alinéa, du règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison d'empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316/1 du 15.12.2000.

n'a pas fait l'objet d'une mesure d'éloignement peut toujours déposer une demande d'asile dans un autre Etat membre¹. Dans ce cas, le premier Etat à avoir intégré les données relatives au ressortissant de pays tiers peut endosser la responsabilité du traitement de la demande d'asile. Ces données ne peuvent en revanche être conservées plus de deux ans et doivent être effacées lorsque l'Etat membre d'origine a connaissance de faits ayant modifié la situation juridique du ressortissant de pays tiers².

Enfin, le système Eurodac peut être consulté par les autorités nationales lorsqu'elles appréhendent un ressortissant de pays tiers en situation irrégulière³. Cette consultation permet aux autorités nationales d'obtenir des informations dans trois situations. Tout d'abord, lorsque l'étranger déclare avoir présenté une demande d'asile mais n'indique pas l'Etat membre dans lequel il l'a déposée. Ensuite, lorsque l'étranger ne demande pas l'asile mais s'oppose à son renvoi dans son pays d'origine en faisant valoir qu'il s'y trouverait en danger. Enfin, lorsque le ressortissant de pays tiers empêche son éloignement en refusant de coopérer à l'établissement de son identité ou en présentant de faux documents. Le règlement précise que les données transmises à cette occasion ne peuvent être conservées dans la base de données et doivent être détruites.

Si le système Eurodac assure au niveau opérationnel une application efficace du règlement Dublin II, il permet également l'échange d'informations entre les autorités nationales dans le cadre de la mise en œuvre de la politique migratoire, notamment dans sa dimension « éloignement ». L'évaluation du fonctionnement du système Eurodac démontre son utilité en même temps qu'elle expose ses faiblesses.

2. Les dysfonctionnements du système Eurodac

L'évaluation du fonctionnement du système Eurodac démontre qu'il est parfaitement adapté pour lutter contre le phénomène des demandes d'asile multiples⁴. Ainsi, l'accroissement du nombre de données disponibles dans la base commune a

1 Sur ce point, voir Amnesty International « L'asile dans l'Union européenne. Commentaires et articles », SF 03 R 32, juin 2003, 100 p., sp. 39.

2 L'article 10, paragraphe 2nd, du règlement (CE) n° 2725/2000 prévoit que cela est le cas lorsque :

- l'étranger s'est vu délivrer un titre de séjour ;
- l'étranger a quitté le territoire des Etats membres ;
- l'étranger a acquis la citoyenneté d'un Etat membre, quel qu'il soit.

3 Article 11 du règlement (CE) n° 2725/2000.

4 En application de l'article 24 du règlement Eurodac, et depuis 2004, la Commission européenne présente chaque année au Parlement européen et au Conseil un rapport sur les activités de l'unité centrale. Commission staff working paper « First annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC central unit », SEC(2004) 557 du 05.05.2004 ; Commission staff working paper « Second annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC central unit », SEC(2005) 839 du 20.06.2005 ; Commission staff working paper « Third annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC central unit », SEC(2006) 1170 du 15.09.2006 ; Commission staff working document accompanying the report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC(2007) 742 final du 06.06.2007 ; Commission staff working document – Annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC Central Unit in 2006, COM(2007) 1184 du 11.09.2007. Communication de la Commission au Parlement européen

permis l'identification de demandes d'asile multiples déposées dans les Etats membres. De 7 % de cas recensés en 2003, la Commission indique que 13,48 % des demandeurs d'asile en 2004, 16 % en 2005 et 17,5 % en 2008¹, ont déjà déposé une demande d'asile dans le même Etat membre ou dans un autre Etat membre. Dans ce contexte, le système Eurodac offre une lecture instructive des mouvements des demandeurs d'asile entrés sur le territoire des Etats membres². Cependant, le bon fonctionnement du système Eurodac dépend de l'acceptation des Etats membres d'assumer leur responsabilité dans le traitement des demandes d'asile. Or, les évaluations successives du système Eurodac démontrent que plusieurs dysfonctionnements affectent le système Eurodac. Parmi eux³, le principal relève de l'introduction tardive par certains Etats membres⁴ des données dans le système⁵. En pratique, lorsque les empreintes digitales d'une personne ayant déposé une demande d'asile ou étant entrée illégalement sur le territoire d'un Etat membre sont transmises après plusieurs jours à l'unité centrale, le ressortissant de pays tiers est en mesure de se présenter dans un autre Etat membre pour y déposer une demande d'asile. Si ce deuxième Etat membre envoie « sans tarder » les données requises à l'unité centrale, et avant le premier Etat membre, il devient responsable de l'examen de la demande d'asile alors que l'Etat responsable aurait normalement dû

et au Conseil, Rapport annuel au Conseil et au Parlement européen sur les activités de l'unité centrale d'EURODAC en 2007, COM(2009) 13 du 26.01.2009.

- 1 Voir, Rapport annuel au Conseil et au Parlement européen sur les activités de l'unité centrale d'EURODAC en 2008, COM(2009) 494 final du 25.09.2009.
- 2 En 2004, le rapport de la Commission indique qu'une large proportion des personnes appréhendées en situation irrégulière en Allemagne a préalablement déposé une demande d'asile en Autriche. Concernant les personnes franchissant irrégulièrement la frontière, le rapport 2005 démontre qu'une large part des personnes entrant sur le territoire européen se dirige principalement vers la Grande-Bretagne et la France. Le rapport 2006 affine cette tendance en soulignant que les ressortissants de pays tiers entrés illégalement par l'Italie et la Grèce voyagent principalement en direction de la Grande-Bretagne alors que ceux entrés par l'Espagne se dirigent vers la France. En 2007, la tendance se confirme. Voir entre autres, Commission staff working paper « First annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC central unit », SEC(2004) 557 du 05.05.2004, sp. 12 & Commission staff working document accompanying the report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC(2007) 742 final du 06.06.2007, sp. 42.
- 3 Pour un aperçu des dysfonctionnements les plus importants, voir Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (CE) n° [...] [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2008)825 final du 03.12.2008.
- 4 Le dernier rapport de la Commission souligne que cette attitude est principalement le fait de l'Espagne, de la Bulgarie, de la Grèce et du Danemark, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Rapport annuel au Conseil et au Parlement européen sur les activités de l'unité centrale d'EURODAC en 2007, COM(2009) 13 du 26.01.2009, sp. 8.
- 5 Ces délais pouvant atteindre plus de 30 jours, voir Commission staff working paper « Third annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC central unit », SEC(2006) 1170 du 15.09.2006, sp. 8 ; Commission staff working document accompanying the report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC(2007) 742 final du 06.06.2007, sp. 40-41. Le dernier rapport de la Commission indique toutefois que ces retards atteignent plus fréquemment 12 jours, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Rapport annuel au Conseil et au Parlement européen sur les activités de l'unité centrale d'EURODAC en 2007, COM(2009) 13 du 26.01.2009, sp. 8.

être celui dans lequel le demandeur a déposé une demande ou par lequel il est entré sur le territoire commun. Cette attitude remet en cause la fiabilité générale du système Dublin qui repose en grande partie¹ sur la responsabilité des Etats membres par lesquels les ressortissants de pays tiers ont pénétré sur le territoire commun, autrement dit sur les Etats membres disposant d'une frontière extérieure².

Afin de remédier à cette situation et d'améliorer le fonctionnement général du système Eurodac, la Commission a présenté une proposition de modification du règlement Eurodac³. Si cette proposition a pour objet de garantir une utilisation plus efficace d'Eurodac⁴, elle prévoit notamment que la transmission des données relatives aux demandeurs de protection internationale et aux ressortissants de pays tiers appréhendés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure doit être effectuée dans les 48 heures. Cette modification devrait permettre d'améliorer considérablement le système Eurodac.

En pratique, l'amélioration du système doit transférer une large part de la responsabilité du traitement des demandes d'asile aux Etats membres disposant de longues frontières extérieures. Or, cette situation peut conduire à un abaissement des standards de protection⁵ dans les Etats les plus exposés. Dans ce contexte, la Commission a proposé, à côté de nouvelles formes de financement, le développement de programmes de réinstallation entre Etats membres⁶.

1 En effet, la hiérarchie des critères établie par le règlement « Dublin II » demeure strictement théorique. A ce sujet, voir MAIANI F. & VEVSTAD V. « Reflection Note on the Evaluation of the Dublin System and on Dublin III Proposal », European Parliament, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, March 2009, PE 410.690, 10 p., sp. 3.

2 Voir à ce sujet, ECRE « Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe : Dublin Reconsidered », March 2008, 35 p. sp. 12-13.

3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (CE) n° [...] [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2008) 825 final du 03.12.2008.

4 Il importe de souligner que la proposition de règlement a fait l'objet d'une proposition modifiée afin, d'une part, de tenir compte d'une résolution adoptée par le Parlement européen sur la proposition et, d'autre part, du résultat des négociations menées au Conseil. La proposition modifiée prévoit en outre de permettre aux services répressifs des Etats membres d'accéder à Eurodac. Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (CE) n° [...] [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2009) 342 final du 10.09.2009.

5 Voir à ce sujet, « Handling EU asylum claims : new approaches examined », House of Lords, European Union Committee, Report with evidence, 30 April 2004, HL paper 74, 71 p., sp. 60.

6 « Un vrai partage des responsabilités pour l'accueil et l'intégration des réfugiés doit être mis en place. Si l'Union a choisi aujourd'hui de conserver les grands principes du système Dublin, elle doit aussi ouvrir des voies nouvelles.

Un **mécanisme de réinstallation interne** entre les Etats membres des personnes bénéficiant d'une protection internationale, sur une base volontaire et coordonnée, doit être envisagé. (...) Ce mécanisme pourra inclure le soutien à la création de plateformes permanentes d'accueil et de transit dans certains Etats membres, ainsi que des arrangements spécifiques pour l'organisation d'un partenariat avec le

Le développement de systèmes informatisés dans le domaine de la politique migratoire reflète la nécessité de doter le domaine d'une efficacité opérationnelle. Toutefois, le recours à la technologie ne doit pas masquer deux éléments. Tout d'abord, la nécessité d'appliquer de manière correcte les règles communautaires constitue un préalable au bon fonctionnement du système européen que les systèmes informatisés contribuent à améliorer au plan opérationnel. A titre d'exemple, les dysfonctionnements affectant le système de Dublin ne sont pas imputables aux dysfonctionnements du système Eurodac. Le développement programmé de nouvelles bases de données ne doit pas faire oublier ce constat¹. En second lieu, l'utilisation des bases de données par les autorités nationales oblige également l'Union européenne et les Etats membres à assurer le respect de la protection des données à caractère personnel.

Sous-section 2. L'INFORMATISATION DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE EN QUESTION

Si l'établissement de bases de données dans le domaine de la circulation des personnes vise à assurer l'application uniforme des règles communautaires, son développement rapide trouve ses racines dans un contexte large et pose une série de questions. Le contexte revient principalement à souligner l'alignement progressif de la politique européenne sur la politique sécuritaire américaine développée à partir des

UNHCR (...) Sur base de ces études et de l'évaluation du mécanisme de solidarité initial, un **système de solidarité stabilisé** pourrait être envisagé à partir de 2013. Ce système serait coordonné par le Bureau d'appui.

La **solidarité financière intra-européenne** devra être réexaminée. Depuis 10 ans, elle s'est opérée à travers le Fonds européen pour les réfugiés qui a accompagné les phases successives d'harmonisation. De nouveaux critères de répartition ou domaines d'intervention devront être identifiés, tenant compte de l'évolution de la politique commune ». Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, COM(2009) 262 final du 10.06.2009, sp. 29.

- 1 Afin de faciliter la circulation aux frontières extérieures de l'espace Schengen, la Commission propose « une approche prospective et réfléchi[ssai]t à une nouvelle génération d'instruments de gestion des frontières, qui garantiraient l'intégrité de l'espace Schengen tout en assouplissant les procédures et en facilitant le franchissement des frontières pour les personnes qui ont des motifs légitimes d'y entrer. Parmi ces solutions appelant une réflexion, qui s'appliqueraient aux ressortissants de pays tiers se rendant dans un Etat membre participant à la coopération Schengen ou dans un pays associé à cette coopération, on peut citer :
- des mesures permettant aux voyageurs de bonne foi de franchir les frontières plus facilement ;
 - l'instauration éventuelle d'un enregistrement des entrées et sorties ; et
 - l'introduction d'un système d'autorisation électronique de voyage ».

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières dans l'Union européenne », COM(2008) 69 final du 13.02.2008, sp. 5-6.

attentats du 11 septembre 2001¹. La lutte contre le terrorisme s'est imposée comme une priorité des Etats occidentaux qui ont cherché de nouvelles solutions pour combattre le phénomène. Le contrôle renforcé de la circulation des personnes par le biais de systèmes informatisés, potentiellement interopérables, a constitué dans ce contexte une solution jugée adaptée. Seulement, le développement de bases de données pose plusieurs questions. La première, novatrice, relève de l'incidence de l'utilisation d'identifiants biométriques dans les bases de données (I). La seconde, plus classique, concerne l'impératif d'assurer une protection effective des données à caractère personnel dans l'Union européenne (II).

I. LES QUESTIONS LIÉES À L'UTILISATION DES DONNÉES BIOMÉTRIQUES

L'établissement et l'amélioration des bases de données s'accompagnent de l'utilisation croissante de données à caractère biométrique. Or, si ces identifiants permettent d'améliorer significativement la qualité des données, leur fiabilité n'est pas totalement assurée et leur mise en œuvre au niveau communautaire ne répond pas à une approche cohérente (A). En outre, la possibilité de rendre ces données interopérables impose de déterminer un encadrement approprié (B).

A. L'équilibre entre utilisation croissante, fiabilité et cohérence

Les sociétés occidentales témoignent d'un intérêt marqué pour l'utilisation croissante des procédés d'identification biométrique dans le domaine de l'entrée des ressortissants de pays tiers sur leur territoire (1). Toutefois, les apports de cette technologie nouvelle ne sont pas sans failles et soulèvent des difficultés (2).

1. L'utilisation croissante de la biométrie

La biométrie consiste en l'utilisation d'indicateurs physiques ou biologiques mesurables de manière automatisée ou semi-automatisée permettant l'identification des personnes². Les identifiants biométriques comprennent des éléments physiques³ ou des

1 Sur ce sujet, voir notamment HOBGING P. & KOSLOWSKI R. « 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 », Briefing Paper, European Parliament Civil Liberties, Justice and Home Affairs, February 2009, PE 410.681.

2 « Biometrics at the Frontiers : Assessing the Impact on Society. For the European Parliament Committee on Citizens' Freedom and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE) », Technical Report Series, European Commission, Joint Research Centre (DG JRC), Institute for Prospective Technological Studies, 2005, EUR 21585 EN, 166 p., sp. 11-12.

3 Tels que la taille, le poids, le visage, les empreintes digitales, de l'iris ou de la rétine.

éléments liés au comportement de l'individu¹ et font l'objet d'évolutions permanentes ouvrant des champs d'exploitation en perpétuelle évolution². La possibilité de disposer de données propres à chaque personne et stockables dans des bases communes constitue un apport majeur dont l'utilisation s'est principalement développée dans le domaine de la circulation des personnes notamment à partir des attentats terroristes de New-York³.

Ainsi et à partir de 2003, plusieurs recommandations de l'Organisation de l'Aviation Civile ont encouragé les Etats membres à se doter de systèmes de lecture des données biométriques de reconnaissance faciale intégrées dans les documents de voyage afin de faciliter les voyages et d'améliorer les contrôles d'identité⁴. Dans le même mouvement, les Etats-Unis ont imposé aux pays tiers⁵ d'adopter des documents de voyage lisibles par des automates. De son côté, l'Union européenne a prévu l'intégration des données biométriques dans les passeports⁶, les titres de séjour des ressortissants de pays tiers⁷ ainsi que dans les visas⁸.

En réalité, l'utilisation croissante d'éléments d'identification biométrique a essentiellement porté sur les règles relatives au franchissement des frontières

1 Tels que la voie ou encore la signature.

2 « Nevertheless, the technology is constantly evolving, and recent research has shift the focus to multimodal biometric identifiers as well as vein prints from veins on the back of the wrist, bones in the finger, facial thermograms and the bones in the inner ear. Neither Europe nor the US have ruled out incorporating such « enhancements » as the technology evolves, but for the meantime multimodal identifiers present overly excessive overheads costs and insufficient guarantees to be realistic option », THOMAS R. « Biometrics, International Migrants and Human Rights », E.J.M.L. vol. 7, 2005, pp. 377-411, sp. 384.

3 « Après les événements tragiques du 11 septembre 2001, les États membres ont invité la Commission à prendre d'urgence des mesures visant à renforcer la sécurité des documents. Il importait en effet d'être capable de repérer les personnes qui tentaient de pénétrer sur le territoire de l'Union européenne en utilisant des documents officiels falsifiés. La meilleure manière de prévenir l'utilisation de fausses identités était de fiabiliser les contrôles tendant à vérifier que les personnes qui présentaient un document étaient bien celles auxquelles le document avait été délivré », Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1030/2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, COM(2003) 558 final du 24.09.2003, sp. 2.

4 BALDACCINI A. « Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security : Framing Suspects with Biometric Documents and Databases », E.J.M.L. 2008, pp. 31-49, sp. 33.

5 Les pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa ainsi que les pays concernés par le *Visa-waiver Permanent Program* institué en 2000 parmi lesquels figurent nombre d'Etats membres de l'Union européenne.

6 Règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, JO L 385/1 du 29.12.2004.

7 Règlement (CE) n° 380/2008 du Conseil du 18 avril 2008 modifiant le règlement (CE) n° 1030/2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JO L 115/1 du 29.04.2008.

8 Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa, COM(2003) 558 final du 24.09.2003. Projet de proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, COM(2006) 403 final du 19.07.2006.

extérieures¹. Ce mouvement² a en réalité constitué un alignement constant de la politique européenne sur la politique sécuritaire des Etats-Unis. Poursuivant ce mouvement, la nouvelle stratégie européenne visant à instituer des mécanismes de franchissement des frontières extérieures basés sur l'échange de données biométriques, comme l'instauration d'un système d'enregistrement des entrées et sorties ou d'un système d'autorisation électronique de voyage³, constitue une transposition dans le cadre communautaire des techniques déjà développées outre-Atlantique sur le modèle de la « frontière intelligente »⁴. Cette perspective présente toutefois une difficulté majeure, celle de la possibilité de transposer le modèle américain en Europe. En effet, la problématique de la gestion des frontières en Europe est bien plus complexe que celle ayant cours aux Etats-Unis du point de vue juridique, géographique et culturel⁵.

-
- 1 Voir à ce sujet THOMAS R. « Biometrics, International Migrants and Human Rights », E.J.M.L. vol. 7, 2005, pp. 377-411, sp. 387 ; « Biometrics at the Frontiers : Assessing the Impact on Society. For the European Parliament Committee on Citizens' Freedom and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE) », Technical Report Series, European Commission, Joint Research Centre (DG JRC), Institute for Prospective Technological Studies, 2005, EUR 21585 EN, 166 p., sp. 11-12.
 - 2 « La gestion des flux migratoires, y compris la lutte contre l'immigration clandestine, devrait être renforcée par la mise en place d'un ensemble de mesures de sécurité reliant efficacement les procédures de demande de visa et les procédures d'entrée et de sortie lors du franchissement des frontières extérieures. Ces mesures revêtent également de l'importance pour la prévention et la répression de la criminalité, en particulier du terrorisme. À cette fin, l'UE doit adopter une approche cohérente et des solutions harmonisées concernant les identificateurs et les données biométriques », Le programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 7.
 - 3 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières dans l'Union européenne », COM(2008) 69 final du 13.02.2008, sp. 5-6. Voir également le scénario imaginé in « Biometrics at the Frontiers : Assessing the Impact on Society. For the European Parliament Committee on Citizens' Freedom and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE) », Technical Report Series, European Commission, Joint Research Centre (DG JRC), Institute for Prospective Technological Studies, 2005, EUR 21585 EN, 166 p., sp. 31-34.
 - 4 « The « smart borders » concept was incorporated into the U.S. National Homeland Security Strategy, which advocates « pushing borders out » beyond U.S. territorial boundaries by stationing Customs and Border Protection (CBP) officers in seaports and airports abroad and by requiring electronic submission of passengers and cargo manifests in advance of departure to the United States. As expanding e-governments and private sector submission of electronic data enables the preclearance of passengers and cargo, thereby removing the necessity of inspection at territorial boundaries, the objective is for borders to increasingly exist *de facto* in cyberspace, i.e. become virtual borders », HOBGING P. & KOSLOWSKI R. « 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 », Briefing Paper, European Parliament Civil Liberties, Justice and Home Affairs, February 2009, PE 410.681, sp. 14.
 - 5 Sur ce point voir, HOBGING P. & KOSLOWSKI R. « 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 », Briefing Paper, European Parliament Civil Liberties, Justice and Home Affairs, February 2009, PE 410.681, sp. 37-38.

2. Les difficultés liées à l'utilisation d'identifiants biométriques

De manière générale, le développement de systèmes informatisés pose la question de leur fiabilité. Si l'on convient aisément de leur rapidité en terme opérationnel¹ leur bon fonctionnement est tributaire de la manière de prélever les identifiants², de la possibilité de tromper le système³, du degré de précision des identifiants⁴ et surtout des risques de mauvaise identification des données par les systèmes eux-mêmes. La pratique a démontré, en effet, que l'utilisation des données biométriques comporte des erreurs. Aussi minimes soient-elles, puisque dans certains cas elles sont inférieures ou égales à 1 %⁵, elles demeurent inacceptables notamment lorsque la base de données contient plusieurs millions de données. Un taux d'échec ou d'erreurs proche de 1 % dans le VIS qui doit contenir quelques 70 millions de données ouvre une potentialité immense de mauvaises identifications des personnes. De fait, une personne peut faire l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire ou d'une procédure d'éloignement en raison d'une erreur inhérente au système lui-même. Ainsi, le Parlement européen et le contrôleur européen de la protection des données se sont opposés à l'utilisation des données biométriques aux fins de l'identification des personnes dans le SIS II⁶. Dans ce contexte, et compte tenu du taux d'erreurs qui a des effets pratiques extrêmement élevés, l'efficacité de ce système dans la lutte contre l'immigration irrégulière et la fraude documentaire a été remise en question⁷.

- 1 Le délai d'identification prend moins de 20 secondes pour les données biométriques relatives à l'iris ou aux empreintes digitales. Voir, « Biometrics at the Frontiers : Assessing the Impact on Society. For the European Parliament Committee on Citizens' Freedom and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE) », Technical Report Series, European Commission, Joint Research Centre (DG JRC), Institute for Prospective Technological Studies, 2005, EUR 21585 EN, 166 p., sp. 71.
- 2 Concernant Eurodac, « il ressort des statistiques que 6 % des données sont rejetées faute d'une qualité suffisante. La qualité des données transmises à l'unité centrale d'EURODAC pourrait encore être améliorée grâce à une formation spécifique, à des contrôles de qualité locaux et à l'utilisation d'équipements de pointe tels que les scanners opérationnels. Les États membres sont invités à recourir au financement communautaire disponible à cet effet », Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système Dublin, COM(2007) 299 final du 06.06.2007, sp. 10.
- 3 Cela est le cas par exemple d'une équipe japonaise qui a réussi à tromper un lecteur d'empreintes digitales à l'aide de doigts en caoutchouc, voir THOMAS R. « Biometrics, International Migrants and Human Rights », E.J.M.L. vol. 7, 2005, pp. 377-411, sp. 396.
- 4 Le degré de précision et de sécurité des systèmes informatisés s'échelonne entre un degré très important pour le scan de l'iris, important pour les empreintes digitales et bas pour la reconnaissance faciale, « Biometrics at the Frontiers : Assessing the Impact on Society. For the European Parliament Committee on Citizens' Freedom and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE) », Technical Report Series, European Commission, Joint Research Centre (DG JRC), Institute for Prospective Technological Studies, 2005, EUR 21585 EN, 166 p., sp. 70.
- 5 Voir notamment l'avis du Contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour (COM(2004) 835 final), JO C 181/13 du 23.07.2005.
- 6 Memorandum by the Meijers Committee in House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p., Minutes of Evidence, pp. 12-19, sp. 13.
- 7 THOMAS R. « Biometrics, International Migrants and Human Rights », E.J.M.L. vol. 7, 2005, pp. 377-411, sp. 396.

L'utilisation des identifiants biométriques pose une autre difficulté, celle de l'adoption d'un cadre communautaire cohérent. La question du prélèvement des empreintes digitales des enfants prouve que ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, et alors qu'Eurodac limite le prélèvement des empreintes aux enfants de plus de 14 ans, une proposition modifiant le règlement n° 2252/2004¹ entend ne pas soumettre les enfants de moins de 6 ans à ce type de prélèvement et le code communautaire des visas dispense les enfants de moins de 12 ans de l'obligation de donner leurs empreintes², quand le règlement relatif au SIS II ne contient aucune disposition de cet ordre. Cette absence de cohérence est singulière dans la mesure où les empreintes digitales des enfants de moins de 6 ans ne présentent aucune garantie du point de vue de leur qualité³ et que les empreintes digitales des enfants de 6 à 12 ans ne sont exploitables que dans des circonstances précises en particulier aux fins de vérification⁴. Au fond, cette incohérence laisse l'impression d'une absence de réflexion globale relative au prélèvement des identifiants biométriques. Aussi, les textes auraient *a minima* pu déterminer plusieurs catégories de personnes qui, pour des raisons objectives – impossibilité de traiter les données ou absence de risque pour la sécurité intérieure – auraient pu ne pas être intégrées dans les bases communes. Concrètement, les enfants, les personnes âgées⁵ ainsi que les personnels diplomatiques et consulaires auraient pu échapper à cette

1 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, COM(2007) 619 final du 18.10.2007.

2 Article 13, paragraphe 7, du code communautaire des visas, règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009.

3 « Au cours des projets pilotes menés dans certains États membres, il est apparu que les empreintes digitales des enfants âgés de moins de 6 ans n'étaient pas d'une qualité suffisante pour permettre de vérifier l'identité de ces enfants sur la base d'une comparaison entre deux séries d'empreintes. En outre, ces empreintes subissent d'importants changements, ce qui les rend difficiles à contrôler durant toute la période de validité du passeport », proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, COM(2007) 619 final du 18.10.2007, sp. 2.

4 Voir sur ces questions, PEERS S. « Biometrics and visa applications », Briefing Paper, European Parliament, Directorate-General Internal Policies, Policy Department C, Citizens Rights and Constitutional Affairs, IP/C/LIBE/FWC/2005-xx, 8 p., sp. 4 ; Avis du Contrôleur européen de la protection des données concernant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'éléments d'identification biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa (COM(2006) 269 final) – 2006/0088 (COD), JO C 321/38 du 29.12.2006, sp. 40.

5 « La précision et la possibilité d'exploiter des empreintes digitales diminuent avec l'âge et les aspects d'ordre pratique et ergonomique sont aussi particulièrement importants », Avis du Contrôleur européen de la protection des données concernant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'éléments d'identification biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa (COM(2006) 269 final) – 2006/0088 (COD), JO C 321/23 du 29.12.2006, sp. 41.

logique de prélèvement. Seulement, et en raison de négociations disparates de chaque texte, aucune approche commune n'a pu émerger.

Si les bases de données poursuivent des objectifs différents, certaines conditions d'utilisation doivent toutefois répondre de caractéristiques communes pour assurer la cohérence du système européen. Cette exigence s'impose d'autant plus dans l'hypothèse d'interopérabilité des bases de données.

B. L'interopérabilité des bases de données

Les progrès technologiques permettent les échanges d'informations entre différentes bases de données ce qui les rend par conséquent interopérables. Techniquement, l'interopérabilité correspond à « la capacité qu'ont les systèmes d'information et les processus opérationnels dont ils constituent le support d'échanger des données et d'assurer le partage des informations et des connaissances »¹. Ainsi, la similarité des données introduites dans les systèmes informatisés de la Communauté, en particulier les empreintes digitales, permet le développement de ce concept entre le SIS II, le VIS et Eurodac². Si dans ce cas, l'interopérabilité poursuit un objectif lié à la gestion des flux migratoires, la lutte contre le terrorisme est venue élargir le champ de cette technique en permettant aux autorités répressives d'avoir accès à certaines bases de données destinées à la politique migratoire (1). Cette forme d'interopérabilité doit toutefois être encadrée juridiquement (2).

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005) 597 final du 24.11.2005, sp. 3.

2 La Commission, dans sa communication sur l'interopérabilité des bases de données européennes, ouvre la voie à deux possibilités. La première porte sur l'utilisation du VIS et du SIS II aux fins de la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. Ce qui est le cas pour le VIS. Voir en particulier l'article 21 du règlement (CE) n° 767/2008 relatif à l'accès aux données en vue de déterminer la responsabilité concernant les demandes d'asile, Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange des données entre les Etats membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), JO L 216/60 du 13.08.2008. En second lieu, l'interopérabilité entre le VIS et le SIS II peut jouer un rôle en matière de lutte contre l'immigration clandestine en termes d'identification des personnes interpellées sans papier d'identité et faciliter la mise en œuvre des mesures d'éloignement. Sur ces hypothèses, voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005) 597 final du 24.11.2005, sp. 9. En ce qui concerne les différentes hypothèses envisagées en matière de libre circulation des personnes, voir « Biometrics at the Frontiers : Assessing the Impact on Society. For the European Parliament Committee on Citizens' Freedom and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE) », Technical Report Series, European Commission, Joint Research Centre (DG JRC), Institute for Prospective Technological Studies, 2005, EUR 21585 EN, 166 p.

1. *L'interopérabilité des bases de données en vue de lutter contre le terrorisme*

Les attentats terroristes de septembre 2001, de mars 2004 et juillet 2005 ont constitué un véritable point de fixation de la politique sécuritaire de l'Union européenne au point d'assister à un phénomène de globalisation de la lutte contre ce phénomène dans les politiques communautaires et européennes¹. La politique migratoire est rapidement apparue comme un domaine pouvant contribuer à la lutte contre le terrorisme notamment par l'intermédiaire des bases de données². Le glissement de l'utilisation des bases de données adoptées sur le fondement du titre IV CE à des fins répressives s'est dessiné dans une déclaration du Conseil adoptée en réaction aux attentats de Londres³ avant qu'une décision du Conseil vienne consacrer cette possibilité dans le cadre de la consultation du VIS⁴. Or, si la possibilité de pouvoir disposer de près de 70 millions de données personnelles relatives aux personnes ayant introduit une demande de visa peut apparaître séduisante dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, cette mise à disposition est inefficace si l'on considère que les personnes ayant perpétré des attentats sur le territoire américain ou européen étaient, soit exemptées de l'obligation de visa ou disposaient de titre de séjour, soit citoyens de l'Union européenne⁵.

1 « La question de la sécurité de l'Union européenne et de ses États membres se pose avec une acuité renouvelée, au vu notamment des attentats terroristes perpétrés aux États-Unis le 11 septembre 2001 et à Madrid le 11 mars 2004. Les citoyens d'Europe attendent à juste titre de l'Union européenne que, tout en garantissant le respect des libertés et des droits fondamentaux, elle adopte une approche commune plus efficace des problèmes transfrontières tels que l'immigration illégale, la traite des êtres humains, le terrorisme et la criminalité organisée, ainsi que de leur prévention. Dans le domaine de la sécurité, notamment, la coordination et la cohésion entre les dimensions intérieure et extérieure ont acquis une importance accrue et il faut continuer de chercher énergiquement à les réaliser », Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 1.

2 D'autres éléments de la politique migratoire doivent également être mobilisés à l'instar de l'Agence FRONTEX, « L'Union européenne renforcera encore les efforts qu'elle déploie dans la dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice pour lutter contre le terrorisme. A cet égard, le Conseil est invité à créer, conjointement avec Europol et l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, un réseau d'experts nationaux en matière de prévention et de lutte contre le terrorisme et de contrôle des frontières, auquel les Etats tiers pourront adresser leurs demandes d'aide technique pour la formation de leur service », Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 9.

3 Session extraordinaire du Conseil Justice et affaires intérieures du 13 juillet 2005, *Doc. 11116/05*, sp. 7.

4 Décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, JO L 218/129 du 13.08.2008.

5 « The evidence so far has been that terrorists tend to cross borders legally, use their real identities and reside legitimately in the host country. Those who were involved in the US attacks and in the Madrid bombings had valid or expired visa or were equipped with legitimate residence permit or identification cards. The four young people who committed the suicide attacks in London were British citizens », BALDACCINI A. « Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security : Framing Suspects with Biometric Documents and Databases », E.J.M.L. 2008, pp. 31-49, sp. 33.

Cela étant, le mouvement est enclenché et le cas du VIS ne doit constituer qu'une première étape en ce sens, comme le démontre une proposition de règlement visant à instaurer la possibilité pour les services répressifs des Etats membres d'accéder à la base de données centrale d'Eurodac aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et autres infractions pénales graves¹. En réalité, la politique européenne connaît un phénomène d'alignement progressif sur les exigences américaines² qui poussent à l'établissement de systèmes informatisés dont l'utilisation dans le cadre de la lutte contre le terrorisme peut être envisagée. Ainsi en est-il de la perspective de créer un système d'autorisation électronique de voyage³ dont le pendant américain, le système ESTA, a justement été institué pour recueillir des informations relatives aux personnes exemptées de l'obligation de visa en vue notamment de lutter contre le terrorisme⁴. Si Eurodac est l'objet d'une telle extension, rien n'interdit de présager que tel soit le cas pour le SIS II⁵.

- 1 Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (CE) n° [...] [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2009) 342 final du 10.09.2009.
- 2 Sur l'incidence de la politique des Etats-Unis sur le système européen de protection des données, voir notamment ADAM A. « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération », R.T.D.E. 2006, pp. 411-437.
- 3 « La Commission étudiera la possibilité d'instaurer un système électronique d'autorisation de voyage. Il s'appliquerait aux ressortissants de pays tiers non soumis à l'obligation de visa, qui seraient invités à présenter une demande électronique fournissant, avant le départ, les données d'identification du voyageur et les détails du passeport et du voyage. Ces données pourraient servir à vérifier qu'une personne remplit les conditions d'entrée, avant qu'elle ne se rende dans l'UE, en appliquant une procédure moins lourde et plus simple qu'un visa. La Commission entend engager une étude de la faisabilité, des implications pratiques et des effets d'un tel système en 2008 », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières dans l'Union européenne », COM(2008) 69 final du 13.02.2008, sp. 10.
- 4 Voir notamment, HOBGING P. & KOSLOWSKI R. « 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 », Briefing Paper, European Parliament Civil Liberties, Justice and Home Affairs, February 2009, PE 410.681, sp. 23-24.
- 5 « Le Conseil européen demande à la Commission de présenter des propositions visant à accroître l'interopérabilité des bases de données européennes et d'envisager la création de synergies entre les systèmes d'information actuels et futurs (SIS II, VIS et EURODAC) afin de tirer parti de leur valeur ajoutée en matière de prévention et de lutte contre le terrorisme dans leurs cadres juridiques et techniques respectifs », Déclaration sur la lutte contre le terrorisme, *Doc. 7906/04* du 29 mars 2004, sp. 8. Voir également, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005) 597 final du 24.11.2005, sp. 9. Concernant l'accès des autorités répressives au système Eurodac, voir en particulier BALDACCINI A. « Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security : Framing Suspects with Biometric Documents and Databases », E.J.M.L. 2008, pp. 31-49, sp. 44.

2. L'encadrement juridique de l'interopérabilité

L'interopérabilité des bases de données dans le domaine de la politique migratoire doit être encadrée de manière à éviter la fusion trop facile des données¹. Comme le souligne le Contrôleur européen de la protection des données, la possibilité de rendre les bases de données accessibles incite à y accéder *de facto* et à les échanger entre autorités. Or, cette probabilité d'utilisation ne doit pas s'engager sans cadre juridique précis sous peine d'assister à « des demandes en faveur d'une législation moins stricte pour pouvoir utiliser ces bases de données plus facilement »². Autrement dit, envisager l'accès des bases de données nécessite un encadrement juridique et une réflexion portant notamment sur la destination des instruments et de leur gestion³. Sur ce point, la problématique relève du but poursuivi par l'instrument, le contrôle frontalier ou la lutte contre la criminalité, et de l'objectif des consultations, la confirmation de l'identité d'une personne ou l'identification de la personne⁴. Ainsi, le concept d'interopérabilité doit répondre d'une volonté politique, juridiquement encadrée et techniquement déterminée, contrairement à la position que la Commission formulait initialement⁵.

1 A ce sujet, le Contrôleur européen de la protection des données avait sévèrement critiqué la communication de la Commission qui prévoyait que les identifiants biométriques puissent constituer des clés primaires « Dans sa communication, la Commission préconise l'utilisation de données biométriques, telles que les empreintes digitales ou même l'ADN, en tant que clés primaires. Selon le CEPD, cette utilisation ne serait pas compatible avec le subtil équilibre dont il est question au point 2.1 de la communication. Ce type de clés primaires permettra de fusionner deux bases de données ou plus, pour ainsi dire en temps réel et sans beaucoup d'efforts. Ainsi que cela a été dit dans l'étude d'analyse d'impact approfondie du système d'information sur les visas, dans un rapport commandé par le Parlement européen, de même que dans des avis précédents du CEPD, les données biométriques, qui sont basées sur des probabilités, ne peuvent fournir la clé exempte de toute ambiguïté qui, par définition, est requise pour les clés primaires des bases de données. Ceci risque d'entraîner une violation du principe de la qualité des données », CEPD, Observations relatives à la communication de la Commission sur l'interopérabilité des bases de données européennes, Bruxelles, le 10 mars 2006 (Observations disponibles sur le site Internet du Contrôleur européen de la protection des données).

2 Observations relatives à la communication de la Commission sur l'interopérabilité des bases de données européennes, Bruxelles, le 10 mars 2006 (Observations disponibles sur le site Internet du Contrôleur européen de la protection des données), sp. 2.

3 L'interopérabilité peut, à moyen ou long terme, contribuer à une rationalisation de l'organisation et de la gestion des bases de données européennes consacrées à la politique migratoire. En effet, l'affectation de la gestion de ces bases à une autorité commune réduit la démultiplication des intervenants et permet une optimisation organisationnelle et budgétaire de ces différentes bases. La gestion opérationnelle et quotidienne des systèmes d'information « au sein d'une seule et même organisation créerait d'importants effets de synergie » tout autant qu'elle occasionnerait des réductions de coûts importantes pour l'avenir. L'architecture commune du VIS et du SIS II laissait entrevoir cette possibilité. Voir, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005) 597 final du 24.11.2005, sp. 11.

4 Sur ce point, et concernant particulièrement le SIS, voir BALDACCINI A. « Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security : Framing Suspects with Biometric Documents and Databases », E.J.M.L. 2008, pp. 31-49, sp. 38-39.

5 Dans sa communication sur l'interopérabilité des bases de données européennes, l'exécutif communautaire avançait l'idée que l'interopérabilité des bases de données relevait d'un « concept technique plutôt que juridique et politique », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de

Ce principe doit à plus forte raison être appliqué dès lors que les bases de données deviennent accessibles aux autorités répressives. Ainsi, la décision permettant l'accès du VIS aux autorités répressives institue une procédure spécifique par l'institutionnalisation d'un accès indirect¹, concourant ainsi à faire application du principe de proportionnalité². En revanche, le système doit assurer une garantie effective de l'utilisation et de la protection des données. Or, dans ce domaine, aucun instrument juridique n'existait au moment de l'adoption de la décision et la protection des données a résulté d'une convention du Conseil de l'Europe³. Il a fallu attendre l'adoption d'une décision-cadre pour qu'une protection commune soit effective⁴ et dote l'Union européenne d'un « cadre juridique cohérent d'échange et de protection des données personnelles »⁵ qui lui faisait initialement défaut.

la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005) 597 final du 24.11.2005, sp. 3.

- 1 Décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, JO L 218/129 du 13.08.2008.
- 2 « Le principe de proportionnalité exige donc que ces bases de données ne soient interrogées que pour prévenir et enquêter sur des infractions pénales graves ou des infractions terroristes ou pour identifier l'auteur d'une infraction pénale ou d'un acte terroriste présumé dès que l'intérêt supérieur de la sécurité publique le commande, c'est-à-dire si l'acte commis par le criminel ou le terroriste à identifier est si répréhensible qu'il justifie des recherches dans une base de données où sont enregistrées les personnes ayant un casier judiciaire vierge. Le seuil que doivent respecter les autorités chargées de la sécurité intérieure pour pouvoir interroger EURODAC, les données d'immigration du SIS II ou le VIS doit donc toujours être sensiblement plus élevé que le seuil à respecter pour pouvoir interroger des bases de données criminelles », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005) 597 final du 24.11.2005, sp. 12.
- 3 Comme le soulignait le point 9 du préambule de la décision 2008/633/JAI « une fois qu'elle sera entrée en vigueur, la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale devrait être applicable aux traitements de données à caractère personnel réalisés en vertu de la présente décision. Toutefois, jusqu'à ce que les règles fixées dans cette décision-cadre soient applicables, et afin de compléter ces règles, il convient de prévoir des dispositions appropriées pour assurer la protection requise des données. Chaque État membre devrait garantir dans son droit national un niveau de protection approprié des données correspondant au moins à celui résultant de la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et de la jurisprudence correspondante établie dans le cadre de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que, pour les États membres qui l'ont ratifié, du protocole additionnel du 8 novembre 2001 à ladite convention du Conseil de l'Europe, et devrait tenir compte de la recommandation n° R (87) 15 du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 17 septembre 1987 visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police ».
- 4 Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JO L 350/60 du 30.12.2008.
- 5 ADAM A. « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les États-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération », R.T.D.E. 2006, pp. 411-437, sp. 412.

Si les données biométriques suscitent des questionnements relatifs à leur utilisation, le développement de systèmes informatisés implique également de s'interroger sur le cadre juridique applicable en matière de protection des données à caractère personnel.

II. LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL DANS LES SYSTÈMES DESTINÉS À LA POLITIQUE MIGRATOIRE

Le recours aux systèmes informatisés contenant des bases de données à caractère personnel doit être accompagné de dispositifs assurant la protection des libertés individuelles. Il s'agit concrètement de protéger les individus contre toute utilisation frauduleuse ou inappropriée des données personnelles les concernant. Si une convention du Conseil de l'Europe¹ a posé le principe selon lequel les bases de données ne doivent pas être utilisées à des fins incompatibles avec leur finalité, la banalisation des systèmes informatisés dans l'Union européenne a imposé d'adopter des règles spécifiques communes. Ces dernières déterminent tout d'abord les conditions d'utilisation des bases de données par les autorités concernées et organisent en conséquence le contrôle de l'utilisation des bases de données (A). Les règles communautaires doivent également permettre aux individus d'être informés des données les concernant et de pouvoir demander leur rectification ou leur effacement (B). L'organisation de ces garanties juridiques est fondamentale dans le domaine de la politique migratoire eu égard aux conséquences qu'induisent les signalements sur l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres de l'Union européenne².

A. L'encadrement des conditions d'utilisation des bases de données européennes

Les progrès technologiques ont frappé des pans entiers de l'activité publique et privée des Etats membres et ils ont contribué à accumuler de manière exponentielle des informations relatives aux personnes³. Si plusieurs Etats membres ont progressivement

1 Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, Série des traités européens (STE) n° 108, Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, Vol. IV, p. 264.

2 L'affaire des époux *Moon* est à ce titre significative. Cette affaire concernait un leader religieux et son épouse qui ont attendu 12 années avant que les signalements aux fins de non-admission les concernant et introduits en cascade dans le SIS par plusieurs Etats membres soient effacés et leur permette finalement d'entrer dans l'Union européenne. Sur cette affaire et les différentes procédures engagées, voir BROUWER E. « The Other Side of the Moon. The Schengen Information System and Human Rights : A Task for National Courts », CEPS Working Document n° 288, April 2008, 20 p.

3 Ainsi, « l'immense majorité des autorités publiques et des entreprises privées collectent et utilisent des informations relatives à leurs collaborateurs, leurs usagers ou leurs clients actuels ou potentiels : un hôpital, un service de police, un organisme d'aide sociale, une université, une banque, une entreprise de

adopté des législations et réglementations visant à protéger les données à caractère personnel, de fortes disparités subsistaient entre les Etats membres de la Communauté puisque la protection des données allait « de la simple indifférence à sa consécration en droit fondamental »¹. Cette situation a constitué un obstacle aux échanges dans le marché intérieur, dans la mesure où l'échange des données ne pouvait se réaliser avec les Etats membres ne disposant pas d'un cadre de protection, et a impliqué une harmonisation des dispositions applicables en matière de protection des données².

Dans ce contexte, la Communauté a adopté la directive 95/46/CE qui institue le cadre communautaire de référence en matière de protection des données personnelles³. Inspiré de la convention du Conseil de l'Europe⁴, la directive détermine les obligations pesant sur les responsables des systèmes informatisés⁵ et les droits accordés aux personnes « fichées »⁶. Ce dispositif est complété par deux textes. Il s'agit du règlement n° 45/2001 relatif au traitement des données par les institutions communautaire⁷, et de la décision-cadre relative à la protection des données dans le cadre du 3^{ème} pilier⁸. Schématiquement, les bases de données relevant du 1^{er} pilier sont couvertes par la

vente par correspondance, un opérateur de télécommunication, un syndicat ou une association caritative utilisent de façon systématique des informations sur les individus avec lesquels ces organismes sont en relation », COUDRAY L. « La protection des données personnelles dans l'Union européenne », Thèse, Paris II, 2005, 732 p. sp. 7.

- 1 ADAM A. « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération », R.T.D.E. 2006, pp. 411-437, sp. 412.
- 2 Voir notamment à ce sujet, ADAM A. « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération », R.T.D.E. 2006, pp. 411-437, sp. 417.
- 3 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281/31 du 23.11.2005.
- 4 Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, Série des traités européens (STE) n° 108, Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, Vol. IV, p. 264.
- 5 Il s'agit principalement des conditions de collecte et de traitement des données (article 6), de l'obligation d'information des personnes fichées (article 10) y compris lorsque les données sont récoltées indirectement (article 11), de l'obligation d'assurer la confidentialité et la sécurité des données (articles 16 et 17). Sur ce point voir, Fascicule « Fichiers informatiques », Dictionnaire Permanent – Droit des Etrangers, Editions Législatives, Montrouge.
- 6 Les droits accordés comprennent : le droit à l'information (articles 10 et 11), le droit d'accès aux données personnelles qui comprend un droit de rectification, d'effacement ou de verrouillage des données (article 12) et le droit d'opposition (article 14). Sur ce point voir, Fascicule « Fichiers informatiques », Dictionnaire Permanent – Droit des Etrangers, Editions Législatives, Montrouge ; ADAM A. « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération », R.T.D.E. 2006, pp. 411-437, sp. 416.
- 7 Règlement (CE) n° 45/2001 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8/1 du 12.01.2001. Pour une étude du règlement, voir MAIANI F. « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne. Situation présente et perspectives de développement », R.T.D.E. 2002, pp. 283-309.
- 8 Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JO L 350/60 du 30.12.2008

protection des données définie par la directive 95/46/CE alors que les bases de données relevant du 3^{ème} pilier doivent répondre des dispositions de la décision-cadre.

Ces dispositifs prévoient en outre l'établissement d'autorités de contrôle nationales et européennes ayant pour mission de veiller à la bonne exécution des dispositions relatives à la protection des données. Cette mission est exercée dans le cadre de la politique migratoire par l'autorité commune de contrôle Schengen, pour les données traitées dans le SIS, et le contrôleur européen de la protection des données¹, pour les données traitées dans Eurodac et le VIS.

Si la protection des données a tout d'abord été instituée en vue de garantir l'efficacité du marché intérieur², elle est devenue une obligation assumée par les différents systèmes européens et consacrée par les traités d'Amsterdam³ et de Lisbonne⁴ ainsi que par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵. Les dispositifs de protection des données à caractère personnel prévoient l'octroi de droits aux personnes faisant l'objet de signalements dans les systèmes informatisés.

B. Les droits accordés aux personnes signalées ou « fichées »

Si les textes établissant les systèmes informatisés dans le domaine de la politique migratoire spécifient les conditions de collecte et de conservation des données

-
- 1 Sur le contrôleur européen de la protection des données, voir HIJMANS H. « The European Data Protection Supervisor : the Institutions of the EC controlled by an Independent Authority », C.M.L.R., 2006, pp. 1313-1342.
 - 2 En effet, et comme le note assez paradoxalement un auteur, « la Communauté est intervenue dans le domaine de la protection des données personnelles sans avoir pour objectif premier de protéger les individus à l'égard des traitements de données personnelles », COUDRAY L. « La protection des données personnelles dans l'Union européenne », Thèse, Paris II, 2005, 732 p. sp. 18. Voir également à ce sujet MAIANI F. « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne. Situation présente et perspectives de développement », R.T.D.E. 2002, pp. 283-309, sp. 287.
 - 3 Article 286 du traité CE. Voir à ce sujet, DE LA RICA J.-P. Commentaire de l'article 286 du traité CE *in* CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., SIMON D. (Sous la direction de) « Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaire article par article », ECONOMICA, Paris, 2007, 1024 p., pp. 821-824.
 - 4 Article 16 du TFUE (ex-article 286 CE) « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes.
Les règles adoptées sur la base du présent article sont sans préjudice des règles spécifiques prévues à l'article 39 du traité sur l'Union européenne ».
 - 5 Article 8 « Protection des données à caractère personnel » :
 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

spécifiques à la destination de l'instrument¹, ils contiennent également des dispositions accordant des droits aux individus. Ces dernières concernent principalement le droit à l'information (1) et le droit d'accès aux données aux fins de rectification ou d'effacement (2).

1. Le droit à l'information

Le droit à l'information constitue une garantie essentielle de la protection des données à caractère personnel. Si la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe le formulait de manière peu contraignante², la directive 95/46/CE établit une obligation incombant aux autorités nationales dans deux situations distinctes, à savoir lorsque la collecte des données est effectuée auprès de la personne concernée et dans le cas contraire³. Cette distinction s'applique dans le domaine de la politique migratoire puisque dans le cadre du VIS et de Eurodac les données personnelles sont prélevées en présence de la personne qui doit s'y soumettre, alors que le SIS fonctionne sur la base d'un signalement de personnes par les autorités nationales.

Les règlements Eurodac et VIS indiquent que la personne présentant une demande d'asile ou demandant un visa est informée de l'identité du responsable du traitement des données, de la finalité du traitement, des destinataires des données, de l'obligation d'accepter la collecte des données, en ce compris les données biométriques, de la durée de conservation des données⁴ ainsi que de l'existence d'un droit d'accès à ces données. Le règlement VIS précise que l'information est transmise par écrit au demandeur. L'absence d'une telle précision dans le dispositif Eurodac laisse penser que l'information au demandeur d'asile peut être transmise de manière orale. En revanche, aucun des deux textes ne formule d'obligation relative au degré de compréhension des informations. Or, l'absence d'encadrement sur ce point constitue un problème majeur au regard de la sécurité juridique des étrangers. Cela est notamment le cas lorsque le recours aux bases de données a pour effet de procéder au transfert des demandeurs d'asile vers un autre Etat membre. Le Conseil d'Etat français a ainsi

1 Comme le souligne un auteur « tout système normatif de protection des données personnelles, pour être véritablement efficace, a besoin de règles sectorielles qui déclinent et détaillent les principes que les dispositions générales énoncent en fonction des variables qui entourent la mise en œuvre d'un traitement donné », MAIANI F. « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne. Situation présente et perspectives de développement », R.T.D.E. 2002, pp. 283-309, sp. 290.

2 Article 8 – Garanties complémentaires pour la personne concernée.

« Toute personne doit pouvoir :

- a) connaître l'existence d'un fichier automatisé de données à caractère personnel, ses finalités principales, ainsi que l'identité et la résidence habituelle ou le principal établissement du maître du fichier ;
- b) obtenir à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs la confirmation de l'existence ou non dans le fichier automatisé, de données à caractère personnel la concernant ainsi que la communication de ces données sous une forme intelligible ;

(...) ».

3 Articles 10 et 11 de la directive 95/46/CE.

4 Cette information n'est formulée que dans le dispositif relatif au VIS.

annulé une décision de remise de ressortissants tchèques aux autorités polonaises, fondée sur un signalement Eurodac, au motif que les personnes concernées n'ont pas été informées des conditions d'application du règlement Dublin dans une langue qu'ils comprenaient¹. En effet, si le système Eurodac ne prévoit pas d'obligation relative à la compréhension des informations transmises, le règlement Dublin, dont il assure l'application, impose une telle obligation². La sécurité juridique eut été améliorée si le dispositif Eurodac avait repris cette obligation.

Le droit à l'information dans le cadre du SIS relève d'une logique différente puisque l'intéressé ne participe pas à la collecte des données. Le règlement relatif au SIS II organise une obligation d'information qui doit être conforme à la directive 95/46/CE. Cela implique que les informations relatives à l'identité du responsable du traitement, à la finalité du traitement, aux catégories de données, à l'accès aux données ainsi qu'aux voies de recours doivent être transmises au ressortissant de pays tiers signalé dans le système Schengen³. La directive précise que les ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'un signalement dans la base de données doivent être informés par écrit. Cette communication devant comprendre une copie de la décision nationale à l'origine du signalement ou, à défaut, une référence à ladite décision. En revanche, et si le Parlement européen est parvenu à maintenir le droit à l'information contre la volonté du Conseil⁴, les critères permettant d'y déroger offrent d'importantes marges de manœuvre aux États membres⁵.

2. Le droit d'accès aux données, à la rectification et à l'effacement

L'accès aux données personnelles contenues dans les bases de données et le droit d'en demander la rectification ou l'effacement sont des éléments fondamentaux de la protection des personnes. Ce droit est reconnu par l'article 12 de la directive 95/46/CE. Les règlements portant établissement et fonctionnement des systèmes informatisés en matière migratoire le garantissent et organisent les procédures applicables.

Les dispositifs applicables à Eurodac et au VIS organisent la procédure à suivre lorsque la demande de rectification ou d'effacement implique directement l'Etat

1 « Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 3 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003 : « (...) 4. Le demandeur d'asile est informé par écrit, dans une langue dont on peut raisonnablement supposer qu'il la comprend, au sujet de l'application du présent règlement, des délais qu'il prévoit et de ses effets » ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que M. et Mme A aient été informés par écrit dans une langue qu'ils comprenaient des conditions d'application du règlement, de ses délais et de ses effets ; qu'ainsi, faute d'avoir mis les requérants à même de bénéficier des garanties procédurales prévues par le paragraphe 4 de l'article 3 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, le préfet de la Loire-Atlantique a porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit d'asile », Conseil d'Etat, 30 juillet 2008, n° 313767.

2 Article 3, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 343/2003.

3 A ce sujet, voir PEERS S. « Key Legislative Developments on Migration in the European Union : SIS II », E.J.M.L., 2008, pp. 77-104, sp. 96-97.

4 PEERS S. « Key Legislative Developments on Migration in the European Union : SIS II », E.J.M.L., 2008, pp. 77-104, sp. 97.

5 Voir l'article 42, paragraphe 2 du règlement (CE) n° 1987/2006.

membre ou l'intervention d'un autre Etat membre. Dans le premier cas de figure, la rectification ou l'effacement doit intervenir sans retard excessif, pour Eurodac, et sans délai pour le VIS. Lorsque la consultation d'un autre Etat membre est nécessaire, le règlement Eurodac ne définit pas de délais précis de traitement de la demande. En revanche, le règlement VIS prévoit que les autorités nationales de l'autre Etat membres doivent être saisies sous 14 jours et qu'elles disposent d'un délai d'un mois pour répondre. En tout état de cause, les Etats membres sont tenus dans les deux cas d'adresser, sans délai ou sans délai excessif et par écrit, la rectification ou l'effacement réclamé. Concernant le règlement SIS, les dispositions sont moins détaillées même si le texte prévoit que les délais de réponses ne peuvent dépasser trois mois.

Enfin, le droit d'accès implique que les personnes concernées peuvent introduire un recours contre les décisions nationales. Si les trois dispositifs en reconnaissent la possibilité, le droit de recours s'exerce en application de la législation nationale avec l'assistance des autorités de contrôle nationales.

En définitive, le système de protection des données personnelles consacre une approche minimale appuyée sur la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et, dans une certaine mesure, sur la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, ces dispositifs laissent encore des zones d'ombres et d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres dans l'utilisation des systèmes informatisés. Cette situation est regrettable dans la mesure où les différences d'interprétations peuvent entraîner une application différenciée des règles communautaires sur la protection des données mais également sur l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers. Si la pratique et le recours au juge, national et communautaire, doivent permettre une harmonisation progressive des pratiques et réglementations nationales, l'action future de l'Union européenne en matière de protection des données doit être renforcée dans la mesure où « un régime complet de protection devrait être mis en place »¹.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Le développement de l'action communautaire en matière migratoire présente une forte singularité reposant sur l'encadrement de l'exécution administrative de la politique. Ce mouvement se développe selon trois formes principales. La communautarisation de règles antérieurement adoptées dans le cadre de la coopération de Schengen en constitue un premier exemple. C'est le cas des règles contenues dans le manuel commun Schengen qui figurent désormais dans le Code frontières Schengen et imposent des obligations de comportement aux Etats membres et agents

1 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens », COM(2009) 262 final du 10.06.2009, sp. 8.

compétents en matière de surveillance opérationnelle des frontières. L'intensification de la coopération administrative s'affirme comme une seconde voie exploitée par la Communauté. Le domaine de la coopération consulaire et de la politique du retour illustrent ce mouvement. Cette forme de coopération permet une mise en commun des moyens opérationnels et assure une convergence des pratiques et réglementations nationales dans un climat de confiance mutuelle. Enfin, le développement important de systèmes informatisés dans le domaine de la politique migratoire marque la volonté d'uniformiser, ou de standardiser, l'application opérationnelle des règles communautaires. En résumé, la Communauté intervient progressivement au niveau de la mise en œuvre administrative des règles et politiques communautaires. Si les Etats membres disposent encore de marges de manœuvre, notamment dans l'interprétation de certaines règles et dans le domaine de la protection des données, le droit communautaire a engagé un processus d'intégration verticale qui doit se prolonger¹. De ce point de vue, l'action communautaire a atteint un degré d'approfondissement inédit dans le cadre de la gestion des frontières extérieures, puisque dans ce domaine la Communauté n'intervient pas au stade de l'exécution administrative mais directement au stade de l'exécution opérationnelle.

¹ Voir notamment, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens », COM(2009) 262 final du 10.06.2009.

Chapitre 2

L'encadrement de l'exécution opérationnelle

Le droit communautaire connaît un processus d'intégration verticale inédit dans le domaine de la gestion des frontières extérieures. Si le dispositif législatif communautaire s'est progressivement approfondi depuis la convention de Schengen, les contrôles opérationnels exercés aux frontières extérieures demeuraient toujours régis par le droit national. En effet, le droit communautaire et l'acquis de Schengen ne préjugent « ni de la nature, ni du statut, ni de l'organisation des forces nationales que chaque Etat membre désigne pour appliquer telle ou telle disposition de l'acquis de Schengen en matière de contrôle aux frontières extérieures »¹. Cette situation qui a prévalu dans le cadre de la coopération de Schengen² devait évoluer en raison notamment de la menace terroriste³ et de l'élargissement de l'Union européenne. En réalité, la priorité des actions à mettre en œuvre a reposé sur la gestion opérationnelle approfondie des frontières extérieures. Cette préoccupation s'est progressivement développée et a emprunté deux voies successives. La première a concerné la coordination de l'exécution opérationnelle. Initiée dans le cadre de la coopération intergouvernementale, la coordination de l'exécution opérationnelle a connu un phénomène d'intégration remarquable au travers de la création d'une Agence communautaire (Section 1). La seconde voie a approfondi

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 3.

2 Article 6, paragraphe 1^{er}, de la convention d'application de l'accord de Schengen « La circulation transfrontalière aux frontières extérieures est soumise au contrôle des autorités compétentes. Le contrôle est effectué selon des principes uniformes, dans le cadre des compétences nationales et de la législation nationale, en tenant compte des intérêts de toutes les parties contractantes et pour les territoires des parties contractantes ».

3 Ainsi, et de manière significative, le Conseil européen de Laeken a indiqué qu'un meilleur contrôle des frontières extérieures de l'Union doit contribuer « à lutter contre le terrorisme, les filières d'immigration illégale et la traite des êtres humains », Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, conclusions de la présidence, SN/300/01, sp. 13.

ce schéma en procédant à la communautarisation de l'exécution opérationnelle tant au niveau de l'action que de son contrôle (Section 2).

SECTION 1. LA COORDINATION DE L'EXÉCUTION OPÉRATIONNELLE

Les mécanismes de coopération entre les autorités nationales responsables du contrôle des frontières extérieures, dont le Conseil européen de Laeken faisait une priorité, ont rapidement été mis en œuvre en deux étapes. Développée par le truchement de mécanismes intergouvernementaux (Sous-section 1), la coordination de l'exécution opérationnelle s'est institutionnalisée et relève désormais d'une Agence communautaire (Sous-section 2).

Sous-section 1. LA COORDINATION OPÉRATIONNELLE INTERGOUVERNEMENTALE

De nombreuses coopérations opérationnelles entre Etats membres ont rapidement été mises en œuvre principalement sous la forme de mutualisation des actions nationales (I). Le développement de l'action opérationnelle a impliqué l'établissement d'une instance de coordination au sein des groupes de travail du Conseil (II).

I. LA MUTUALISATION DES ACTIONS NATIONALES

Plusieurs types d'actions engagées par les Etats membres ont concouru à la mise en œuvre effective de la politique de gestion des frontières extérieures. Elles se sont réparties en trois catégories comprenant des actions de stratégies et de formations (A), des actions de stratégie et de coopération opérationnelle menées par des centres *ad hoc* (B) et enfin des opérations conjointes menées par les agents nationaux aux frontières extérieures (C).

A. Les actions stratégiques et de formation

L'organisation de l'action opérationnelle nécessite de porter une analyse des risques en matière migratoire. Un centre pour l'évaluation des risques basé à Helsinki a été créé en avril 2003 afin de développer un modèle d'analyse commune des risques, appelé CIRAM. Composé d'experts permanents détachés par la Finlande, l'Autriche, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas et la Norvège, ainsi que d'observateurs détachés par les autres États membres, le centre d'analyse des risques a procédé à la collecte et l'analyse des informations transmises par les États membres sur le fondement du modèle¹.

La formation des gardes-frontières constitue également un élément important de la mise en œuvre opérationnelle des règles. Un centre de formation, basé à Vienne, a élaboré un programme d'étude commun pour différents niveaux d'officiers, lancé l'opérationnalisation du programme et organisé des formations spécifiques pour les gardes frontières nationaux participants à des opérations aux frontières terrestres². A terme, ce programme d'étude commun doit permettre d'établir des procédures uniformisées de contrôles des frontières extérieures.

B. Les centres « ad hoc »

Institués aux premières étapes de la politique de gestion des frontières extérieures, les centres *ad hoc* ont été chargés de tester, coordonner et évaluer la coopération opérationnelle aux différentes frontières extérieures des États membres.

Un centre pour les frontières terrestres, installé à Berlin, a été chargé de tester, de coordonner et d'évaluer la coopération opérationnelle dans le cadre de la gestion concrète des frontières terrestres de l'Union européenne. Au plan opérationnel, le centre a mené plusieurs opérations conjointes et organisé des échanges de fonctionnaires. Ces actions ont eu pour objectif d'améliorer la surveillance et le contrôle aux frontières extérieures, de renforcer l'efficacité des contrôles aux frontières et de les uniformiser, de décourager efficacement l'immigration clandestine et le trafic des êtres humains et, enfin, de soutenir les efforts consentis par les pays candidats pour aligner leurs systèmes de contrôle des frontières sur les normes Schengen³. Les aspects positifs de cette collaboration ont essentiellement résidé dans l'établissement de méthodologies

1 Le centre a notamment appliqué le modèle commun d'analyse des risques à divers rapports périodiques sur les risques et les menaces aux frontières extérieures ainsi qu'à certaines analyses couvrant les nouveaux États membres et l'immigration en provenance de Chine, voir Commission staff working paper « Annual report on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders, and the return of illegal residents », SEC(2004) 1349 du 25.10.2004, sp. 3.

2 Commission staff working paper « Annual report on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders, and the return of illegal residents », SEC(2004) 1349 du 25.10.2004, sp. 3.

3 Rapport sur la mise en œuvre des programmes, des centres *ad hoc*, des projets pilotes et des opérations conjointes, Doc. 10058/1/03 du 11 juin 2003, sp. 9.

communes pour organiser, évaluer et cibler les opérations communes. Le centre a également développé et mis en œuvre le concept de « points cibles » réunissant des équipes multinationales aux points de passage frontaliers¹.

Deux centres portant sur les frontières maritimes ont été institués en octobre 2003, l'un à Madrid, le second au Pirée². Ces centres avaient pour objectif d'assurer une gestion coordonnée des contrôles des frontières maritimes des États membres de l'Union européenne dans les ports, le long des côtes et en haute mer en vue de prévenir et réprimer l'immigration clandestine et la traite des êtres humains. Ils avaient en outre pour but d'encourager la conclusion d'arrangements avec les pays tiers en vue de renforcer la collaboration internationale visant à contenir les flux d'immigration clandestine et à lutter contre les organisations criminelles. Enfin, la coordination des opérations conjointes menées par les États membres en coopération avec des pays tiers devait également être assurée par les centres pour les frontières maritimes, en liaison avec les institutions communautaires et les organismes nationaux et internationaux compétents en la matière. En novembre 2003, le Conseil a adopté un programme de mesures de lutte contre l'immigration clandestine par voie maritime³ établissant pour l'essentiel le programme de travail des centres⁴.

Faisant suite à un plan concernant les aéroports internationaux⁵, un « centre pour les frontières aériennes » a été créé à Rome. Ce centre avait pour mission d'examiner, d'évaluer et de développer les communications opérationnelles entre les aéroports faisant partie d'un réseau. Sur la base de ces informations et des analyses, le centre « frontières aériennes » devait élaborer des projets pour la réalisation d'opérations communes poursuivant des objectifs définis à l'avance. Le centre a mis en place une structure basée sur plusieurs gardes frontières qui organisaient le stock et l'échange de

1 Commission staff working paper « Annual report on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders, and the return of illegal residents », SEC(2004) 1349 du 25.10.2004, sp. 4.

2 MARIANI T., Rapport sur la création d'une l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres, n° 1477, 3 mars 2004, 28 p., sp. 11.

3 Programme de mesures de lutte contre l'immigration clandestine par voie maritime dans les États membres de l'Union européenne, *Doc. 15445/03* du 28 novembre 2003.

4 Ce programme entendait proposer un ensemble de mesures afin de parvenir à une gestion coordonnée et efficace des frontières maritimes dans son acception la plus large possible, à savoir dans un contexte intracommunautaire mais également dans la perspective d'une intensification de la collaboration entre les États membres et les pays tiers. Il proposait plusieurs solutions pour mener des opérations dans les eaux territoriales ou en haute mer, des initiatives concernant les patrouilles ou la collecte d'informations et leur analyse ainsi que des propositions pour réglementer la gestion des migrants découverts à bord d'embarcations interceptées ou qui ne sont pas autorisées à partir. Les mesures opérationnelles désignées par le programme visaient les contrôles dans les ports pour lesquels une intensification des contrôles à bord des navires était jugée prioritaire, le contrôle des côtes afin de repérer efficacement et d'intercepter les navires suspects approchant les côtés des États membres.

5 Voir notamment Dictionnaire Permanent – Droit des étrangers, Fasc. « Politique européenne d'asile et d'immigration », Editions Législatives, Montrouge.

données et informations relatives au nombre et à la nationalité des immigrants illégaux dans de nombreux aéroports européens¹.

Enfin, un centre d'excellence des technologies de détection a été créé à Douvres. Il avait pour objectif le renforcement des contrôles aux frontières extérieures grâce à l'utilisation des technologies de détection modernes. En pratique, le centre déterminait les technologies les plus adaptées à l'appui des opérations mises en œuvre.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 2007/2044 portant création de l'Agence européenne de gestion des frontières extérieures, les centres *ad hoc* ont été transformés, conformément à l'article 16 du règlement², en « bureaux spécialisés »³.

C. Les opérations conjointes

Les opérations conjointes ont matérialisé de la manière la plus forte le processus de coopération croissante entre les Etats membres en termes de gestion opérationnelle des frontières extérieures de l'Union européenne⁴. Comprenant une phase relevant du renseignement et de l'analyse commune des menaces, les opérations conjointes ont également été mises en œuvre sous la forme de réactions rapides afin de répondre aux besoins immédiats aux frontières extérieures⁵. Ces opérations conjointes ont constitué une phase importante dans le développement d'une politique de gestion des frontières extérieures de l'Union européenne dans la mesure où elles ont regroupé plusieurs corps nationaux exerçant une mission de surveillance sur la même portion de frontière extérieure. Au-delà de la confiance mutuelle acquise entre les différents corps nationaux, ces opérations conjointes ont impliqué une mise en commun de moyens

1 Commission staff working paper « Annual report on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders, and the return of illegal residents », SEC(2004) 1349 du 25.10.2004, sp. 4.

2 Article 16 du règlement n° 2007/2004 « Le conseil d'administration de l'Agence apprécie la nécessité de bureaux spécialisés dans les États membres et décide de leur ouverture, sous réserve de l'accord de ces derniers, en tenant compte que toute la priorité voulue doit être accordée aux centres opérationnels et de formation déjà établis et spécialisés dans tel ou tel aspect du contrôle et de la surveillance des frontières terrestres, aériennes et maritimes.

Les bureaux spécialisés de l'Agence définissent les meilleures pratiques pour les différents types de frontières extérieures dont ils sont responsables. L'Agence veille à la cohérence et à l'uniformité de ces meilleures pratiques.

Chaque bureau spécialisé présente au directeur exécutif de l'Agence un rapport annuel détaillé sur ses activités et fournit toute autre information pertinente pour la coordination de la coopération opérationnelle ».

3 Voir notamment, HOBGING P. « Integrated Borders Management at EU Level » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 155-181, sp. 175-176.

4 Pour un aperçu des différentes opérations conjointes engagées, voir Rapport sur la mise en œuvre des programmes, des centres *ad hoc*, des projets pilotes et des opérations conjointes, *Doc. 10058/1/03* du 11 juin 2003.

5 Plan pour la gestion des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *Doc. 10019/02* du 14 juin 2002, sp. 14.

et produit des résultats importants en particulier sur la frontière maritime des Etats membres¹. Cela étant, la multiplication d'opérations conjointes a rapidement imposé un renforcement de la coordination d'opérations nationales ayant pour objectif la surveillance de la frontière extérieure de l'Union européenne et partant, le contrôle de l'entrée sur le territoire communautaire.

II. LA COORDINATION DES ACTIONS NATIONALES PAR L'INSTANCE COMMUNE DES PRATICIENS DES FRONTIÈRES

Le développement de la coopération opérationnelle réclamait la mise en place d'une structure de coordination afin d'améliorer la coopération entre les administrations nationales au niveau communautaire. La proposition de la Commission d'instituer une Instance commune de praticiens des frontières extérieures² fut entérinée par le Conseil dans le plan pour la gestion des frontières extérieures³. Ce dernier soulignait la nécessité « de mettre en place une instance commune de coopération et de coordination plus opérationnelle pour les praticiens des contrôles et de la surveillance des frontières extérieures ». En pratique, la structure de travail devait agir comme la « tête » de l'action opérationnelle commune émergente.

L'instance commune a pris ses fonctions à l'automne 2002 sous l'abréviation communautaire de « CSIFA + ». Institutionnellement intégrée dans les structures de travail du Conseil, ses réunions se déroulaient sous l'égide du Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA)⁴. L'Instance commune, composée des chefs des services de contrôle aux frontières des États membres, a constitué un groupe de travail spécifiquement attaché au développement stratégique et opérationnel de la politique commune de gestion des frontières extérieures de l'Union. Sa mission comprenait la réalisation d'une évaluation commune et intégrée des risques, la coordination des actions menées dans le cadre d'opérations conjointes, la gestion stratégique pour garantir la convergence des politiques nationales en matière de ressources humaines et d'équipement ainsi que la réalisation d'inspections destinées à évaluer les risques dans des cas critiques aux frontières extérieures. Le « CSIFA+ » a

1 Dotées de noms de code tels que RIO, Ulysse ou encore Triton, les opérations conjointes se sont initialement déployées sur les côtés méridionales de la Méditerranée, dans les eaux territoriales de l'Atlantique ou en Mer du Nord, voir Rapport sur la mise en œuvre des programmes, des centres *ad hoc*, des projets pilotes et des opérations conjointes, *Doc. 10058/1/03* du 11 juin 2003.

2 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 14.

3 Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union Européenne, *Doc. 10019/02* du 14 juin 2002, sp. 12-13.

4 Au sujet du CSIFA, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1.

également eu pour tâche de superviser le réseau décentralisé des centres *ad hoc*¹ devant contribuer à la mise en œuvre du plan du Conseil².

Seulement, le CSIFA+ s'est révélé inadapté pour relever le défi de la coordination opérationnelle³. En effet, le rattachement du CSIFA + aux groupes de travail du Conseil ne lui a pas permis d'assurer une coordination quotidienne et efficace des actions opérationnelles mises en œuvre par les services nationaux dans les Etats membres. En réalité, la coordination opérationnelle imposait de mettre en place une structure permanente capable « d'exécuter les tâches quotidiennes de gestion et de coordination et d'apporter une réponse rapide en cas d'urgence », ce que ne pouvait assumer le CSIFA + dont la nature de l'action relevait davantage de l'approche stratégique qu'opérationnelle. En conséquence, le Conseil JAI de juin 2003 a adopté des conclusions attribuant au CSIFA + la mission de préparer la mise en œuvre et la coordination opérationnelle⁴. La coordination opérationnelle devait alors revenir à une nouvelle « structure communautaire permanente »⁵.

Le domaine de la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne a connu une transformation radicale à partir de la mise en œuvre du plan du Conseil. Le développement croissant de structures et d'actions de coopération a imposé une clarification des fonctions et des missions en particulier sur le terrain de la coordination. Ainsi, si la nouvelle structure devait être permanente, pour assurer une réelle coordination opérationnelle, elle devait également être communautaire, c'est-à-dire quitter le cadre intergouvernemental, pour assurer une véritable cohérence de la politique. Ce mouvement a témoigné d'une intégration progressive et verticale de la politique.

1 Voir *infra*.

2 Voir sur ce sujet, PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden - Boston, 2006, 1025 p., pp. 174-175.

3 Comme le souligne la Commission, « le CSIFA + a montré les limites de son action en tant que groupe de travail du Conseil lorsqu'il a fallu coordonner et gérer les opérations conjointes et les projets pilotes », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 8.

4 « Le comité stratégique, en sa qualité de « tête » de la politique commune de gestion des frontières extérieures, mettra au point la stratégie commune pour l'introduction progressive d'une gestion intégrée des frontières, tandis que l'instance commune préparera la mise en œuvre et la coordination opérationnelles des mesures figurant dans le plan pour la gestion des frontières extérieures, après approbation du Comité stratégique, sur la base des rapports des centres opérationnels, compte tenu de l'analyse des risques », Conseil JAI des 5 et 6 juin 2003, *Doc. 9845/03*, sp. 15.

5 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 8.

Sous-section 2. LA COORDINATION OPÉRATIONNELLE COMMUNAUTAIRE : L'AGENCE FRONTEX

Proposée par la Commission¹ et avalisée par le Conseil européen d'octobre 2003², l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres (ci-après l'Agence Frontex) a été créée à la fin de l'année suivante³. L'institutionnalisation de l'Agence Frontex⁴ est révélatrice d'un mouvement d'ampleur affectant la politique dans la mesure où la création d'une Agence témoigne en général de « l'existence d'une compétence d'exécution qui ne passe pas par le relais des Etats membres »⁵. Cet approfondissement progressif de la politique de gestion des frontières extérieures, ayant finalement eu raison de la réticence des Etats membres à donner une apparence institutionnelle à la coopération en matière de frontières⁶, a constitué un apport décisif tant dans les réalisations pratiques qu'au regard de la structuration institutionnelle de la politique. L'Agence Frontex assure une rationalisation des structures et des moyens (I), et elle permet la structuration et l'intensification des actions (II).

-
- 1 « Par conséquent, le concept de l'unité commune proposé par la Commission dans sa communication de 2002 et approuvé par le Conseil européen devrait être revu : le CSIFA+ pourrait continuer à exécuter certaines tâches de coordination à caractère plutôt stratégique, tandis que les tâches de nature plutôt opérationnelle pourraient être confiées à une nouvelle structure communautaire permanente, qui serait en mesure d'exécuter ces tâches quotidiennes de gestion et de coordination et d'apporter une réponse rapide en cas d'urgence. Le statut de cette structure opérationnelle communautaire ainsi que la base juridique sur laquelle elle se fonderait restent encore à déterminer, compte tenu du libellé actuel de l'article 62 du traité », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final du 03.06.2003, sp. 8.
 - 2 « Le Conseil européen se félicite que la Commission envisage de présenter une proposition en vue de la création d'une Agence pour la gestion des frontières, afin de renforcer la coopération opérationnelle en matière de gestion des frontières extérieures, dans un délai suffisant pour permettre au Conseil de dégager d'ici la fin de l'année un accord politique sur les éléments principaux de ce dossier. Cette proposition sera fondée sur l'expérience acquise par l'instance commune de praticiens des frontières extérieures », Conseil européen de Bruxelles, 16 et 17 octobre 2003, Conclusions de la présidence, Bull-CE n° 10-2003, pp. 8-22, sp. 16.
 - 3 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 Etats membres de l'Union européenne, JO L 349/1 du 25.11.2004.
 - 4 Le fonctionnement de l'Agence FRONTEX s'appuie sur le modèle classique de ces organismes de droit public contribuant à l'exécution des politiques communes. Organisme de la Communauté doté de la personnalité juridique, l'Agence est composée d'un conseil d'administration, d'un directeur exécutif et de personnel en nombre suffisant pour pouvoir fonctionner ainsi que de bureaux spécialisés.
 - 5 MANIN P. « L'Union européenne. Institutions – ordre juridique – Contentieux », PEDONE, Paris, 2005, 6^{ème} édition, 55 p., sp. 337.
 - 6 Voir sur ce point, PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden - Boston, 2006, 1025 p., pp. 175.

I. LA RATIONALISATION DES STRUCTURES ET DES MOYENS

La coordination intergouvernementale avait fait naître une nébuleuse de structures dont la coordination n'avait pu être assurée par le CSIFA +. L'Agence Frontex met un terme à cet éclatement des structures. Elle est désormais compétente pour l'analyse des risques et la formation des gardes-frontières (A) et assure une meilleure coordination et assistance opérationnelle (B).

A. L'analyse des risques et la formation des gardes-frontières

L'article 4 du règlement n° 2007/2004 attribue à l'Agence une compétence générale en matière d'analyse des risques¹. Logiquement, le centre d'analyse des risques situé à Helsinki est absorbé par l'Agence européenne. L'action de l'Agence dans ce domaine a été progressive et particulièrement importante. Entrée en fonction au mois de mai 2005, l'Agence Frontex a essentiellement développé une analyse des risques sur les enclaves de Ceuta et Melilla. Au cours de l'année 2006, l'analyse des risques a porté sur les flux d'immigration illégale et les routes migratoires sur le continent africain, sur l'immigration illégale en provenance de Mauritanie ainsi que sur l'immigration illégale en provenance d'Afrique². Fin 2007, onze évaluations ciblées ont été présentées et neuf étaient encore en cours d'élaboration pour le début de l'année suivante. Un rapport d'évaluation de la menace que représente la criminalité organisée a également été présenté ainsi qu'un rapport en collaboration avec Europol sur les itinéraires à haut risque empruntés par l'immigration clandestine dans la région des Balkans occidentaux³. L'analyse des risques représente une action déterminante de l'action de Frontex dans la mesure où elle permet de déterminer les actions opérationnelles à mettre en œuvre et les tactiques répressives à élaborer pour assurer la sécurité aux frontières⁴.

L'article 5 du règlement n° 2007/2004 attribue à l'Agence Frontex la mission d'établir et de développer un tronc commun pour la formation des garde-frontières et

1 Article 4 du règlement (CE) n° 2007/2004 :

« L'Agence conçoit et met en application un modèle d'analyse commune et intégrée des risques. Elle prépare des analyses des risques à la fois générales et spécifiques à remettre au Conseil et à la Commission.

L'Agence tient compte des résultats d'un modèle d'analyse commune et intégrée des risques dans l'élaboration du tronc commun pour la formation des garde-frontières visé à l'article 5 ».

- 2 Voir le tableau de la Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006, sp. 19.
- 3 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Rapport sur l'évaluation et le développement futur de l'agence FRONTEX », COM(2008) 67 final du 13.02.2008, sp. 5-6.
- 4 Voir à ce sujet, le rapport général de FRONTEX pour l'année 2007. Rapport disponible sur le site internet de l'Agence.

lui confie la formation au niveau européen des instructeurs des gardes-frontières¹. Par conséquent, les activités du centre de formation de Vienne ont été entièrement reprises par l'Agence européenne². Le rapport général 2007 de Frontex fait état de l'organisation de conférences, séminaires, formations, stages ou encore études afin d'approfondir la formation des gardes-frontières. Ces formations doivent à l'avenir inclure des sessions spécialisées concernant « les dispositions pertinentes de la réglementation européenne et internationale en matière d'asile, de droit de la mer et de droits fondamentaux, afin de parvenir au respect intégral de ces normes et à une approche cohérente des cas nécessitant une coordination des recherches et des secours »³. Cette action de formation est capitale dans la mesure où elle fournit aux formateurs nationaux une interprétation commune des règles applicables et des comportements à observer, favorisant en cela une harmonisation de l'application des règles communautaires et internationales en matière de contrôle et de franchissement des frontières extérieures.

B. La coordination et l'assistance matérielle

Les différents centres *ad hoc* chargés de tester, coordonner et évaluer la coopération opérationnelle dans le cadre de la gestion des frontières ont été transformés, conformément à l'article 16 du règlement n° 2007/2004, en « bureaux spécialisés »⁴. Cette transformation a pour effet de clarifier les missions des bureaux spécialisés qui doivent définir les meilleures pratiques entre les Etats membres⁵. Dans ce cadre, chaque bureau spécialisé présente à l'Agence un rapport annuel détaillé de ses activités et fournit toute information pertinente pour la coordination de la coopération opérationnelle. La limitation des activités des bureaux spécialisés autour de la définition des meilleures

1 Article 5 du règlement (CE) n° 2007/2004 : « L'Agence établit et développe un tronc commun pour la formation des garde-frontières et propose une formation au niveau européen pour les instructeurs des garde-frontières nationaux des États membres.

L'Agence propose aussi aux agents des services compétents des États membres des stages et des séminaires supplémentaires sur des thèmes liés au contrôle et à la surveillance des frontières extérieures et au retour des ressortissants de pays tiers.

L'Agence peut organiser des activités de formation en coopération avec les États membres sur le territoire de ces derniers ».

2 En pratique, « 97 formations, réunions et ateliers axés sur la formation des gardes-frontières et celle des formateurs ont été organisés, auxquels 1 341 personnes ont participé », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Rapport sur l'évaluation et le développement futur de l'agence FRONTEX », COM(2008) 67 final du 13.02.2008, sp. 5.

3 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Rapport sur l'évaluation et le développement futur de l'agence FRONTEX », COM(2008) 67 final du 13.02.2008, sp. 5.

4 Voir notamment, HOBGING P. « Integrated Borders Management at EU Level » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 155-181, sp. 175-176.

5 Article 16, second alinéa du règlement (CE) n° 2007/2004, « Les bureaux spécialisés de l'Agence définissent les meilleures pratiques pour les différents types de frontières extérieures dont ils sont responsables. L'Agence veille à la cohérence et à l'uniformité de ces meilleures pratiques ».

pratiques développées par les autorités nationales aux frontières extérieures rend leur action plus efficace et permet à l'Agence de mieux développer son action de coordination opérationnelle, au besoin avec le support des bureaux spécialisés¹.

L'article 7 du règlement innove dans la mesure où il prévoit la création d'un inventaire des équipements techniques de contrôle et de surveillance des frontières extérieures que les Etats membres mettent volontairement à disposition des autres Etats membres². En pratique, l'Agence dispose d'une liste des matériels disponibles et décide de leur affectation en fonction des besoins formulés par les Etats membres. Ce mécanisme doit assurer une meilleure allocation des moyens et attribuer à l'Agence une fonction importante dans la gestion des matériels³.

L'opération de rationalisation entraînée par la création de l'Agence Frontex est importante. Elle a notamment pour objet de soumettre à la tutelle et à la coordination de l'organe communautaire un ensemble d'activités capitales pour la gestion opérationnelle des actions déployées aux frontières extérieures de l'Union européenne. La mission de coordination confiée à l'Agence Frontex se révèle essentielle dans la mesure où elle permet une meilleure structuration et, par conséquent, une intensification des actions opérationnelles.

II. LA STRUCTURATION ET L'INTENSIFICATION DES ACTIONS

Le règlement du Conseil n'entend pas en apparence⁴ bouleverser la pratique opérationnelle des contrôles frontaliers lesquels relèvent de la compétence exclusive des

1 Article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 2007/2004 « L'Agence peut intervenir par le biais de ses bureaux spécialisés visés à l'article 16 aux fins de l'organisation concrète des opérations conjointes et des projets pilotes ».

2 Selon l'article 7 du règlement (CE) n° 2007/2004 « L'Agence établit et gère, au niveau central, un inventaire des équipements techniques de contrôle et de surveillance des frontières extérieures appartenant aux États membres que ceux-ci sont prêts à mettre volontairement et temporairement à la disposition d'autres États membres en ayant formulé la demande, après analyse des besoins et des risques par l'Agence ».

3 « À l'heure actuelle, la base CRATE contient des données relatives à plus de cent bateaux, environ 20 avions et 25 hélicoptères, et concernant plusieurs centaines d'équipements de contrôle des frontières, tels que des radars mobiles, des véhicules, des caméras thermiques et des détecteurs mobiles. Si elle a été conçue essentiellement pour une utilisation bilatérale entre États membres, elle fournit un inventaire des matériels susceptibles de servir également à des opérations conjointes », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Rapport sur l'évaluation et le développement futur de l'agence FRONTEX », COM(2008) 67 final du 13.02.2008, sp. 4.

4 Article 2, paragraphe 1^{er} du règlement (CE) n° 2007/2004 : « L'Agence a pour tâche :

- a) de coordonner la coopération opérationnelle entre les États membres en matière de gestion des frontières extérieures ;
- b) d'assister les États membres pour la formation des garde-frontières nationaux, y compris dans l'établissement de normes communes de formation ;
- c) d'effectuer des analyses de risques ;

Etats membres¹. Si l'Agence est investie d'une mission visant à « faciliter l'application des mesures communautaires existantes ou futures (...) en assurant la coordination des dispositions d'exécution correspondantes prises par les Etats membres »², son rôle est en réalité plus important. En effet, en soumettant la mise en œuvre des actions nationales à l'approbation de l'Agence, le règlement permet une structuration des actions (A) et assure par conséquent une intensification de la coopération entre les autorités nationales (B).

A. La structuration des actions

L'article 3, paragraphe 1^{er}, du règlement énonce que « l'Agence approuve et coordonne les propositions d'opérations conjointes et de projets pilotes faites par les Etats membres ». Si l'action de coordination correspond aux missions déjà entreprises par le CSIFA+, la disposition indique que l'Agence dispose du pouvoir d'approuver les actions envisagées par les Etats membres. En d'autres termes, les opérations nationales – opérations conjointes ou projets pilotes – doivent obtenir l'approbation³ de l'Agence pour être mises en œuvre. Ainsi, les Etats membres ne disposent plus d'une compétence discrétionnaire pour initier de telles opérations, leur mise en œuvre dépend de l'évaluation de leur pertinence et de l'acceptation de l'Agence. Si ce dispositif répond du souci formulé à l'article 2, paragraphe 2, au terme duquel « les Etats membres s'abstiennent de toute activité susceptible de compromettre le fonctionnement de l'Agence ou la réalisation de ses objectifs », le règlement crée une répartition inédite des compétences puisque la coopération opérationnelle entre deux ou plusieurs Etats membres est conditionnée par la décision de l'Agence européenne. En somme, l'exercice de la compétence nationale n'est possible que dans le cadre d'une habilitation formulée par l'organisme communautaire sur la base d'une évaluation précise⁴. Cette logique atteste d'une « captation » par l'échelon communautaire de

-
- d) de suivre l'évolution de la recherche dans les domaines présentant de l'intérêt pour le contrôle et la surveillance des frontières extérieures ;
 - e) d'assister les États membres dans les situations qui exigent une assistance technique et opérationnelle renforcée aux frontières extérieures ;
 - f) de fournir aux États membres l'appui nécessaire pour organiser des opérations de retour conjointes ».

1 Comme le rappelle le préambule du règlement (CE) n° 2004/2007 « la responsabilité du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures incombe aux Etats membres ».

2 Point 4 du préambule du règlement (CE) n° 2007/2004.

3 Pour une réaction succincte mais significative sur ce point, voir HOBGING P. « Integrated Borders Management at EU Level » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 155-181, sp. 176.

4 Une décision du Conseil d'administration de l'Agence FRONTEX du 24 mars 2006 relative aux règles de procédure aux fins de la prise de décision relative aux tâches opérationnelles de FRONTEX énonce en son article 5 les critères à prendre en compte lors de l'évaluation des propositions d'initiatives opérationnelles (document disponible sur le site Internet de l'Agence FRONTEX). Les critères sont les suivants :

- alignment with basic objectives and tasks of FRONTEX in accordance with Council Regulation ;
- alignment with FRONTEX strategy and program ;

la dimension opérationnelle de la gestion des frontières extérieures, si ce n'est d'un renversement de l'articulation verticale des compétences étant donné que l'organe communautaire détient le pouvoir d'autoriser ou non l'engagement d'une action opérationnelle sur la frontière extérieure. Dans ce contexte, le pouvoir reconnu à l'Agence de prendre « l'initiative d'opérations conjointes et de projets pilotes à mener avec les Etats membres »¹ constitue une suite logique.

Au fond, l'Agence Frontex constitue un pivot de la coopération opérationnelle. Dans ce cadre, elle joue un rôle d'arbitre, d'animateur voire de support². Cette « restructuration » de l'action opérationnelle a permis par conséquent une intensification des actions sur les frontières extérieures de l'Union européenne.

B. L'intensification des actions

Les rapports d'activité de l'Agence Frontex et les documents de la Commission démontrent un développement significatif des opérations conjointes et projets pilotes approuvés et coordonnés par l'Agence européenne³. Au cours de l'année 2006, le rapport d'activité de Frontex fait état de l'organisation de 15 opérations conjointes engagées sur tous les types de frontières et sur base d'une analyse des risques. Parallèlement, sept projets pilotes⁴ ont été lancés dans la région méditerranéenne et concernent les meilleures pratiques et la coopération avec les pays tiers limitrophes. Le rapport 2007

- alignment with existing Community policy papers ;
- risk assessment ;
- alignment with the general and specific objectives defined in the mission statement of the unit ;
- value added in terms of operational results and in terms of promotion of operational cooperation ;
- cost effectiveness/financial capacities ; availability of human resources.

1 Article 3, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 2007/2004.

2 L'article 8 du règlement (CE) n° 2007/2004 prévoit que dans des cas spécifiques « exigeant une assistance opérationnelle et technique renforcée lors de l'exécution de leurs obligations en matière de contrôles et de surveillance » des frontières, les Etats membres peuvent solliciter l'assistance de l'Agence afin qu'elle organise « l'assistance opérationnelle et technique nécessaire pour le ou les Etat(s) membre(s) demandeur(s) ». A ce titre, l'Agence peut offrir son assistance pour toute question de coordination afin de résoudre les problèmes rencontrés ou bien dépêcher des experts afin d'assister les autorités compétentes nationales. En revanche, et conformément à l'article 10, la compétence des agents de l'Agence à exercer des actions opérationnelles dans les Etats membres est réglée par les législations nationales. Sur ce dernier point et ses implications notamment en France, voir notamment MARIANI T., Rapport sur la création d'une l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres, n° 1477, 3 mars 2004, 28 p., sp. 21

3 Pour une description de l'ensemble des opérations engagées sous l'égide de l'Agence FRONTEX, voir les rapports annuels présentés par l'Agence FRONTEX et disponibles sur le site internet de l'Agence ainsi que la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'approche globale de la question des migrations : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006, sp. 16-23.

4 Comme les définit l'Agence FRONTEX, les projets pilotes sont « une autre forme d'activité dans le domaine de la coopération opérationnelle. Les projets pilotes servent à tester certains éléments neufs de la gestion des frontières ou à en développer de nouveaux, puis à décider s'il convient de les approfondir ou non », Rapport annuel 2006 de FRONTEX, p. 14.

témoigne d'une augmentation sensible du nombre d'opérations conjointes puisque 27 opérations ont été mises en œuvre au cours de cette année. Le nombre de projets pilotes demeure pratiquement identique à l'année précédente. En revanche, le rapport démontre que les opérations conjointes lancées en 2007 l'ont toutes été, à l'exception de l'une d'elles, à l'initiative de l'Agence. Le document en conclut que « ces données peuvent être considérées comme le signal d'une plus grande prise de conscience et d'une meilleure acceptation des activités coordonnées par Frontex dans les Etats membres, celles-ci étant manifestement fondées sur des propositions d'initiatives opérationnelles communes bien ciblées »¹. Cela signifie surtout que le processus d'intégration de l'Agence dans la politique de gestion opérationnelle des frontières extérieures est totalement assumé par les Etats membres². Cette acceptation découle à la fois des modalités de préparation et de mise en œuvre des actions opérationnelles³,

1 Rapport général de FRONTEX pour l'année 2007, sp. 18. Rapport disponible sur le site internet de l'Agence.

2 En outre, la coopération ne se limite pas au contrôle des frontières dans la mesure où l'Agence a également permis le développement d'une coopération et d'opérations conjointes en matière de retour. Le rapport annuel 2006 de l'Agence FRONTEX souligne à ce titre « dans le domaine de la coopération pour les retours, plusieurs Etats membres ont bénéficié d'une aide dans quatre opérations conjointes de retour. Dans ce domaine également, un système a été créé pour gérer l'assistance dans le contexte d'opérations conjointes de retour. La solution technique choisie et utilisée pour l'instant est le réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour les services des Etats membres chargés de la gestion des flux migratoires (ICONET).

L'unité « Retours » a également participé au projet de l'unité « Formations » de Frontex qui visait à présenter des normes communes pour les opérations conjointes de retour ; ce projet se poursuivra en 2007. En outre, un projet s'étendant sur deux ans a été lancé sur les thèmes des retours, des meilleures pratiques, des documents et des mesures d'éloignement. Des experts internationaux se réuniront lors de 4 séminaires et s'attacheront à compiler et à diffuser les meilleures pratiques ». Ainsi, l'Agence a envoyé des experts en identification en Espagne et à Malte afin d'assister les autorités pour le retour de ressortissants de pays tiers, voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM(2006) 735 final du 30.11.2006, sp. 17.

3 Le rapport annuel 2006 de l'Agence FRONTEX exposait les conditions de préparation et de mise en œuvre des actions opérationnelles, en ce qui concerne notamment :

« Préparation de la mission opérationnelle : les préparatifs d'une mission opérationnelle sont assurés par toutes les unités concernées de Frontex et font l'objet d'un examen commun lors d'une réunion de la direction (qui rassemble tous les chefs d'unité), afin de garantir une préparation globale et cohérente. Si le directeur exécutif adjoint approuve une mission, il la soumet à la décision du directeur exécutif ;

Élaboration du plan opérationnel et mise en œuvre : le chef d'unité rédige avec son équipe un plan opérationnel, qu'il soumet à l'approbation du directeur exécutif adjoint. Les préparatifs sont pris en charge par toutes les unités concernées et à nouveau examinés au cours d'une réunion de la direction de l'Agence, afin de s'assurer, également à ce stade, du caractère global et cohérent des préparatifs. Au stade final, le directeur exécutif avale le plan opérationnel ;

Le plan opérationnel comprend notamment une description générale des préparatifs, le calendrier, le mode d'action, les moyens techniques et humains disponibles, le budget détaillé de l'opération, les frais de mise en œuvre du plan de communication, les risques associés à la mise en œuvre, etc. Le chef de projet et l'unité affectée au projet en question sont responsables de la réalisation globale de l'opération ».

des résultats probants de ces dernières¹ ainsi que de l'apport financier de la Communauté².

Sur le fondement de cette dynamique nouvelle, l'Agence a lancé en mai 2007³, sous l'impulsion de la Commission⁴, un réseau de patrouilles côtières permanentes à la frontière extérieure méridionale de l'Union européenne. Ce réseau couvre les frontières maritimes de l'Union des Iles Canaries jusqu'à la partie orientale de la mer Méditerranée⁵. Il constitue « une structure flexible, fondée sur le principe du partage des obligations, capable d'être adaptée rapidement aux besoins évolutifs des Etats membres » dans la zone concernée. La flexibilité de la structure laissait percevoir la dimension intergouvernementale du projet⁶ dont la coordination relève pourtant de

- 1 Sur ce point, la Commission souligne « Les résultats mesurables obtenus jusqu'à présent sont toutefois impressionnants : en 2006-2007, plus de 53 000 personnes ont été appréhendées ou interdites d'entrée aux frontières au cours de ces opérations qui ont permis de détecter plus de 2 900 documents de voyage faux ou falsifiés et d'arrêter 58 passeurs d'immigrés clandestins », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Rapport sur l'évaluation et le développement futur de l'agence FRONTEX », COM(2008) 67 final du 13.02.2008, sp. 3.
- 2 Le Fonds pour les frontières extérieures créé dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » est doté pour la période 2007-2013 d'une enveloppe globale de 1 820 millions d'euros, Décision n° 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L 144/22 du 06.06.2007. Sans oublier toutefois que des Fonds avaient été débloqués dans le cadre du Programme ARGO (Décision du Conseil (2002/463/CE) du 13 juin 2002 portant adoption d'un programme d'action concernant la coopération administrative dans les domaines des frontières extérieures, des visas, de l'asile et de l'immigration (programme ARGO), JO L 161/11 du 19.06.2002) notamment au cours de l'exercice 2005/2006 qui a contribué au cofinancement de 6 actions spécifiques dédiées à des situations d'urgence, en Espagne, à Malte et en Italie. Sur ce point voir, MEMO/06/333 du 19 septembre 2006.
- 3 Mise en place d'un réseau européen de patrouilles côtières pour lutter contre l'immigration clandestine aux frontières maritimes méridionales de l'Union européenne, IP/07/702, du 24 mai 2007.
- 4 Communication de la Commission au Conseil « Renforcer la gestion de la frontière maritime méridionale de l'Union européenne », COM(2006)733 final du 30.11.2006, sp. 7.
- 5 La Commission évoquait dans un livre vert « la nécessité croissante d'identifier, d'intercepter et de faire condamner les individus impliqués dans des activités liées à la contrebande, à la traite des êtres humains, à la pêche illicite, à l'immigration clandestine et au terrorisme révèle l'urgence d'une coordination des ressources nationales existantes et de l'achat collectif de nouveaux équipements » et ajoutait que « l'application de la stratégie maritime doit également tenir compte des réalités politiques. La surveillance des frontières extérieures en vue de lutter contre l'immigration clandestine est davantage nécessaire, et coûteuse, en mer Méditerranée qu'ailleurs », Livre vert « Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers », COM(2006)275 final du 07.06.2006, Volume II, ANNEXE, respectivement p. 45 et 51.
- 6 Présomption renforcée par le communiqué de presse qui évoque que « Les États membres engagés dans les activités de patrouille dans le cadre de ce nouveau réseau n'utiliseront pas le CRATE (inventaire centralisé des équipements techniques disponibles – connu également sous le nom de « boîte à outils ») mis à la disposition de Frontex au début de l'année 2007. Cet équipement n'est, en effet, pas tout à fait prêt à être utilisé, les protocoles d'accord spécifiques devant encore être signés entre Frontex et les États membres concernés. Chaque État participant déploiera donc ses propres moyens », IP/07/702, du 24 mai 2007, sp. 2.

la compétence de l'agence Frontex. Ce projet étant par ailleurs conçu comme « le précurseur d'un véritable corps européen de garde-côtes »¹.

Le rapport annuel 2008 de l'Agence Frontex confirme l'intensification et la structuration de l'activité opérationnelle de l'Agence. Désormais, près de la moitié des ressources humaines de Frontex sont affectées à la division « Opérations »².

Au fond, le bilan positif de l'action engagée sous l'égide de l'Agence Frontex, tant en ce qui concerne la gestion des flux³ que l'expérience commune acquise par les autorités nationales, explique l'acceptation et l'engagement des Etats membres dans la coopération opérationnelle, fut-elle organisée et coordonnée par une agence communautaire. En fin de compte, l'institutionnalisation de l'Agence et l'acceptation des Etats membres de s'en remettre à son analyse, son expertise et son approbation pour le lancement d'opérations conjointes authentifient le processus d'intégration de la politique de gestion des frontières extérieures. Si ce mouvement situe la Communauté sur le terrain opérationnel et livre une lecture inédite de l'organisation des compétences en matière d'exécution, il ne constitue en réalité qu'une étape du processus d'intégration opérationnelle.

SECTION 2. LA COMMUNAUTARISATION DE L'EXÉCUTION OPÉRATIONNELLE

La nécessité de renforcer la sécurité de la frontière extérieure de l'Union européenne impose de dépasser le stade de la coordination. Ainsi, le droit communautaire a progressivement développé des règles ayant pour effet de procéder à une véritable communautarisation de l'exécution opérationnelle. Ce mouvement comprend une détermination de plus en plus précise des actions que les autorités nationales doivent respecter ou mettre en œuvre dans l'exécution opérationnelle des règles communautaires. Il est accompagné par un rôle accru joué par la Commission européenne, soit en sa qualité d'organe décisionnel, pour le déclenchement des actions, soit en sa qualité d'institution de contrôle, notamment pour ce qui concerne la mise en œuvre et l'application du droit communautaire. Ce phénomène, nouveau en droit communautaire, est illustré par la création d'équipes d'intervention rapides aux

1 Communication de la Commission au Conseil « Renforcer la gestion de la frontière maritime méridionale de l'Union européenne », COM(2006)733 final du 30.11.2006, sp. 7.

2 Rapport général de FRONTEX pour l'année 2008, sp. 28. Rapport disponible sur le site internet de l'Agence.

3 « La diminution du nombre de ressortissants de pays tiers qui ont été interceptés/arrêtés au cours des opérations conjointes doit être vue comme un résultat obtenu grâce à l'application d'une tactique opérationnelle (lancement d'interventions en dehors du territoire des Etats membres et même sur le territoire de pays tiers coopérants) », Rapport général 2007 de FRONTEX, sp. 18.

frontières extérieures de l'Union européenne (Sous-section 1) et par une proposition de la Commission visant à créer un mécanisme communautaire de contrôle de l'acquis de Schengen (Sous-section 2).

Sous-section 1. LES ÉQUIPES D'INTERVENTION RAPIDES

En 2002, la Commission européenne soulevait l'idée de créer un Corps européen de gardes-frontières. Composé d'agents détachés des États membres et agissant par équipes comprenant diverses nationalités, ce corps devait avoir pour tâche d'assurer des missions de surveillance aux frontières extérieures¹. Formulée prématurément, cette proposition n'a reçu aucun écho politique de la part du Conseil² ou du Conseil européen, ce dernier préférant minimiser les ambitions et encourager l'institutionnalisation de la coordination opérationnelle au travers de l'Instance commune des praticiens aux frontières extérieures et par la suite de l'Agence Frontex³. La pression s'exerçant sur les frontières extérieures de l'Union européenne commandait toutefois de faire suite à cette proposition⁴ avant que les événements frappant les enclaves de Ceuta et Melilla à l'automne 2005 précipitent l'action législative⁵ pour aboutir à la création des équipes

1 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 22.

2 La prudence du plan pour la gestion des frontières extérieures du Conseil était de ce point de vue révélatrice « D'après l'expérience acquise à l'occasion de cette mise en œuvre progressive, d'autres mesures institutionnelles pourraient être envisagées, le cas échéant, après une étude approfondie de la question de la base juridique et après identification des instruments qui seraient nécessaires. A titre d'exemple, on peut penser à l'éventuelle décision de créer un Corps européen des garde-frontières, composé d'équipes communes, qui aurait pour rôle d'appuyer les services nationaux des États membres, sans toutefois les remplacer », Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *Doc. 10019/02* du 14 juin 2002, sp. 27.

3 A ce sujet voir notamment LABAYLE H. « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », C.D.E. 2004, pp. 591-661, sp. 654-655. En revanche, le rapport final du groupe de travail X de la convention pour l'avenir de l'Europe recommandait d'étendre les bases juridiques du nouveau traité afin de prévoir la création dans le long terme d'une « unité commune de garde-frontières européens qui opèrent conjointement avec les services nationaux de contrôle des frontières », Rapport final du Groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice », *Doc. CONV.426/02* du 2 décembre 2002, sp. 17.

4 « [Le Conseil européen] invite le Conseil à mettre en place des équipes d'experts nationaux capables de fournir rapidement une assistance technique et opérationnelle aux États membres qui en font la demande, après qu'une analyse des risques aura été dûment effectuée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, les experts devant agir dans le cadre de ladite agence », Le programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 6.

5 « Compte tenu des situations critiques auxquelles plusieurs États membres sont confrontés en cas d'afflux massif d'immigrants clandestins par voie maritime, il est jugé nécessaire de renforcer encore la solidarité dans ce domaine entre les États membres et la Communauté par la création d'équipes d'intervention rapide aux frontières, qui pourraient assister directement et efficacement les corps de gardes-frontières nationaux des États membres dans de telles situations, notamment pour la mise en œuvre correcte du

d'intervention rapides en juillet 2007¹. Substitut au corps européen des gardes-frontières, la création des équipes d'intervention rapide constitue une étape supplémentaire, si ce n'est nécessaire², de la communautarisation de la gestion des frontières extérieures. Qu'il s'agisse des conditions de mise en œuvre de l'assistance portée par les équipes d'intervention rapide (I) ou encore des prérogatives reconnues aux agents invités dans le cadre de ces opérations (II), le règlement n° 863/2007 témoigne d'une intervention majeure de la Communauté dans la gestion opérationnelle de la frontière extérieure.

I. DÉPLOIEMENT DES ÉQUIPES D'INTERVENTION RAPIDE

Les équipes d'intervention rapide sont composées d'experts d'Etats membres chargés d'assister temporairement les gardes-frontières d'un autre Etat membre. Etablie sur le principe de la solidarité entre Etats membres dans leur mission de contrôle aux frontières extérieures, la mise en œuvre des équipes d'intervention rapide répond d'une procédure largement intégrée dont le pivot central est l'Agence Frontex³. Ainsi, le règlement n° 863/2007 définit les conditions dans lesquelles l'assistance des équipes d'intervention rapide est déclenchée (A) et confie à l'Agence Frontex l'organisation et la gestion des interventions (B).

A. Le déclenchement de l'assistance

Le mécanisme d'intervention rapide complète les dispositifs existants que sont les opérations conjointes et projets-pilotes. Cependant, et à la différence de ces derniers, qui reposent sur une programmation préalable en vue de répondre à des situations

code frontières Schengen », Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant un mécanisme de création d'équipes communes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme, COM(2006) 401 final du 19.07.2006, sp. 2.

- 1 Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen 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, JO L 199/30 du 31.07.2007.
- 2 Comme le souligne la Commission, « Compte tenu du fait que le contrôle des personnes aux frontières extérieures est régi par le droit communautaire et que la coopération opérationnelle entre les Etats membres aux frontières extérieures est coordonnée par une agence communautaire, la situation juridique actuelle des agents invités, qui est régie par le droit national des Etats membres, ne peut plus être considérée comme suffisante pour atteindre les résultats souhaités », Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant un mécanisme de création d'équipes communes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme, COM(2006) 401 final du 19.07.2006, sp. 7.
- 3 Le caractère central de l'Agence FRONTEX dans le dispositif est clairement attesté par le chapitre II du règlement (CE) n° 863/2007 qui comporte l'ensemble des modifications à introduire dans le règlement (CE) n° 2007/2004 portant création de l'Agence FRONTEX.

spécifiques¹, le mécanisme d'intervention rapide est institué en vue de répondre à des situations de crise. Plus précisément, le déploiement des équipes d'intervention rapide intervient lorsqu'un Etat membre est « confronté à une situation le soumettant à des pressions urgentes et exceptionnelles, spécialement en cas d'arrivée en certains points des frontières extérieures d'un grand nombre de ressortissants de pays tiers tentant d'entrer clandestinement sur le territoire de l'État membre »². Si les événements de Ceuta et Melilla intervenus à l'automne 2005 illustrent les conditions dans lesquelles un Etat membre aurait pu demander l'assistance des équipes d'intervention rapide, la pression migratoire s'exerçant sur les côtes siciliennes ou canariennes peuvent en cas « d'afflux massif » mobiliser un tel dispositif.

Dans ce cas de figure, l'Etat membre concerné demande à l'Agence Frontex de déployer pour une durée limitée une ou plusieurs équipes d'intervention rapide. La décision de déployer des équipes d'intervention rapide relève de la compétence du directeur exécutif de l'Agence Frontex³. Cette procédure qui doit intervenir dans les 5 jours « ouvrables » de la demande atteste d'un important phénomène de communautarisation. Les Etats membres sont tenus informés de la décision du directeur exécutif au travers du Conseil d'administration de l'Agence Frontex⁴.

Définissant les conditions du déclenchement de l'assistance fournie par les équipes d'intervention rapide⁵, le règlement détermine également les conditions de mise en œuvre opérationnelle de l'assistance.

1 « Les équipes conjointes d'assistance FRONTEX constituent essentiellement un système de mise en commun d'agents des corps de gardes-frontières nationaux des États membres en vue de leur participation à des opérations conjointes régulières, organisées par l'Agence. Ces opérations conjointes sont spécifiquement conçues pour faire face à des situations ou des problèmes particuliers, par exemple d'importantes manifestations internationales ayant lieu sur le territoire des États membres ou le contrôle de certaines portions de frontières extérieures difficiles, et ont pour objectif à la fois d'améliorer le niveau de contrôle et de surveillance aux frontières concernées et de fournir une formation sur le terrain aux agents participants. Les opérations conjointes et les projets pilotes sont programmés un an à l'avance et ne sont donc pas adaptées pour répondre à des situations de crise », Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant un mécanisme de création d'équipes communes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme, COM(2006) 201 final du 19.07.2006, sp. 3.

2 Article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 863/2007.

3 Le règlement (CE) n° 863/2007 ajoute un point à l'article 2, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 2007/2004. Désormais, l'Agence FRONTEX a pour tâche « de déployer des équipes d'intervention rapide aux frontières dans un État membre, conformément au règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme pour la mise en place d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) du Conseil n° 2007/2004 pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et les compétences des agents invités ».

4 En application de l'article 21 du règlement (CE) n° 2007/2004, le Conseil d'administration de l'Agence FRONTEX est composé d'un représentant par Etat membre et de deux représentants de la Commission.

5 La procédure de décision de déploiement des équipes figure à l'article 8 *quinquies* du règlement (CE) n° 2007/2004 modifié par le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen 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, JO L 199/30 du 31.07.2007.

B. Le déroulement de l'assistance

L'organisation de l'intervention des équipes est largement centralisée dans la mesure où l'Agence Frontex assure la mise en œuvre et le contrôle des opérations.

Le règlement n° 863/2007, portant modification du règlement créant l'Agence Frontex, prévoit que le directeur exécutif de cette dernière convient avec l'Etat membre demandeur « d'un plan opérationnel fixant de manière précise les conditions du déploiement des équipes »¹. Cette concertation entre l'Etat membre demandeur et le directeur exécutif de Frontex doit permettre une optimisation du déploiement de l'équipe d'intervention rapide. Si l'Etat membre dispose d'une connaissance précise des lieux d'intervention, l'Agence Frontex peut rapidement déterminer le nombre d'agents invités à mobiliser dans la réserve d'intervention² ainsi que les équipements techniques disponibles à déployer. Au fond, et au-delà de la rapidité de mise en œuvre de l'opération, le mécanisme constitue une véritable mise en œuvre du principe de solidarité.

Lors des interventions, les agents invités reçoivent leurs instructions de l'Etat membre hôte conformément au plan opérationnel convenu³. Le règlement n° 863/2007

1 L'article 12 du règlement (CE) n° 863/2007 introduit un nouvel article 8 *sexies* au règlement (CE) n° 2007/2004 relatif au plan opérationnel. Cet article indique :

1. Le directeur exécutif et l'Etat membre demandeur conviennent d'un plan opérationnel fixant de manière précise les conditions du déploiement des équipes. Le plan opérationnel comporte les éléments suivants :

- a) la description de la situation avec le *modus operandi* et les objectifs du déploiement, y compris l'objectif opérationnel ;
- b) la durée prévisible du déploiement des équipes ;
- c) la zone géographique de responsabilité, dans l'Etat membre demandeur, des lieux où seront déployées les équipes ;
- d) la description des tâches et instructions spéciales, y compris celles portant sur les bases de données que les membres des équipes sont autorisés à consulter et sur les armes de services, les munitions et les équipements qu'ils sont autorisés à utiliser dans l'Etat membre hôte ;
- e) la composition des équipes ;
- f) le nom et le grade des agents du corps national de gardes-frontières de l'Etat membre hôte responsables de la coopération avec les équipes, notamment ceux qui exercent le commandement des équipes durant le déploiement, et la place des équipes dans la chaîne de commandement ;
- g) l'équipement technique à déployer en même temps que les équipes, conformément à l'article 8.

2. Toute modification ou adaptation du plan opérationnel est soumise à l'accord conjoint du directeur exécutif et de l'Etat membre demandeur. Une copie du plan opérationnel modifié ou adapté est immédiatement envoyée par l'Agence aux Etats membres participants.

2 En application du nouvel article 8 ter du règlement (CE) n° 2007/2004 « (...) les Etats membres communiquent immédiatement, sur demande de l'Agence, le nombre, les noms et les profils des gardes-frontières figurant dans leur réserve nationale et qu'ils sont en mesure de mettre à disposition dans un délai de cinq jours en tant que membre d'une équipe. A la demande de l'Agence, les Etats membres dépêchent les gardes-frontières, sauf s'ils sont confrontés à une situation exceptionnelle affectant sérieusement l'exécution des tâches nationales », Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen 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, JO L 199/30 du 31.07.2007.

3 Article 5, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 863/2007.

précise toutefois que l'officier de coordination désigné par l'Agence¹ communique à l'Etat membre hôte sa position concernant les instructions et que ce dernier doit prendre cette position en considération². En d'autres termes, l'Agence Frontex exerce un contrôle sur la mise en œuvre opérationnelle des opérations d'assistance.

Décision de déclencher l'assistance des équipes d'intervention rapide, délimitation du plan opérationnel, appréciation portant sur les instructions destinées aux agents invités et support financier³, le règlement n° 863/2007 situe l'Agence Frontex au cœur du mécanisme d'intervention rapide et crée une étape supplémentaire dans la communautarisation de l'exécution opérationnelle de la politique de gestion des frontières extérieures.

La centralisation de la mise en œuvre du mécanisme d'intervention rapide est accompagnée d'un élargissement important des prérogatives exercées par les agents invités sur le territoire d'un autre Etat membre.

1 Article 8 *octies* du règlement (CE) n° 2007/2008 « 1. Le directeur exécutif désigne un ou plusieurs experts de l'Agence, qui agissent comme officiers de coordination. Le directeur exécutif informe l'Etat membre hôte de cette désignation.

2. L'officier de coordination intervient au nom de l'Agence pour tous les aspects du déploiement des équipes.

En particulier, l'officier de coordination :

- a) agit comme interface entre l'Agence et l'Etat membre hôte ;
- b) agit comme interface entre l'Agence et les membres des équipes et apporte son assistance, au nom de l'Agence, pour toutes les questions liées aux conditions du déploiement des équipes ;
- c) contrôle la mise en œuvre correcte du plan opérationnel ;
- d) rend compte à l'Agence de tous les aspects du déploiement des équipes.

3. Conformément à l'article 25, paragraphe 3, point f), le directeur exécutif de l'Agence peut autoriser l'officier de coordination à contribuer au règlement des différends relatifs à l'exécution du plan opérationnel et au déploiement des équipes.

4. Dans l'exécution de ses tâches, l'officier de coordination ne reçoit d'instructions que de l'Agence ».

2 Article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 863/2007.

3 Article 12 du règlement (CE) n° 863/2007 introduisant un article 8 *nonies* dans le règlement (CE) n° 2007/2004 :

« 1. L'Agence couvre totalement les coûts suivants exposés par les Etats membres lorsqu'ils mettent leurs gardes-frontières à disposition aux fins mentionnées aux articles 8 *bis* et 8 *quater* :

- a) les frais de déplacement de l'Etat membre d'origine vers l'Etat membre hôte et de l'Etat membre hôte vers l'Etat membre d'origine ;
- b) les coûts liés aux vaccinations ;
- c) les coûts liés aux assurances spéciales requises ;
- d) les coûts liés aux soins de santé ;
- e) les indemnités de séjour journalières, y compris les frais de logement ;
- f) les coûts liés à l'équipement technique de l'Agence.

2. Le conseil d'administration arrête les règles spécifiques pour le paiement de l'indemnité de séjour journalière aux membres des équipes ».

II. PRÉROGATIVES DES AGENTS INVITÉS

Au regard des situations urgentes auxquelles les Etats membres peuvent être confrontés, le constat est clair, « les possibilités actuelles de fournir une assistance dans le cadre de la vérification sur les personnes aux frontières extérieures et la surveillance des frontières extérieures à l'échelon européen ne sont pas considérées comme suffisantes »¹. En conséquence, le règlement n° 863/2007 transfigure le domaine en ouvrant le champ d'intervention des agents invités à la vérification et à la surveillance des frontières (A) et en élargissant de manière importante leurs prérogatives (B).

A. Vérification et surveillance des frontières

La communication de la Commission proposant d'instituer un corps européen de gardes-frontières envisageait la mise en œuvre du dispositif par étape en commençant par l'exercice de missions de surveillance². Le règlement n° 863/2007 dépasse largement cet objectif étant donné que les agents invités des équipes d'intervention rapide « sont en mesure d'accomplir toutes les tâches et d'exercer toutes les compétences en vue de la vérification aux frontières ou de la surveillance des frontières conformément au règlement (CE) n° 562/2006 et qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs du présent règlement »³. En d'autres termes, les agents invités exercent sur la frontière extérieure d'un autre Etat membre les mêmes actions que celles normalement assumées par les autorités nationales responsables du contrôle aux frontières. Ici, l'urgence de la situation impose de dépasser l'acception classique selon laquelle « le contrôle et la surveillance des frontières relèvent de la compétence des autorités douanières nationales »⁴ pour considérer plus largement que « le contrôle des frontières extérieures incombe aux Etats membres »⁵. Il s'agit donc bien de considérer que la frontière extérieure de l'Union européenne est commune aux Etats membres et que les vérifications et contrôles peuvent être exercés par les autorités nationales en tous points, sous réserve de les exercer sur instruction et en présence des gardes-frontières de l'Etat membre hôte⁶.

1 Point 5 du préambule du règlement (CE) n° 863/2007.

2 « La Commission préconise que les services nationaux des Etats membres puissent recevoir l'appui d'un Corps européen de garde frontières. En un premier temps il pourrait exercer de réelles *missions de surveillance* aux frontières extérieures par des équipes mixtes composées de diverses nationalités, en commençant peut-être par les frontières maritimes », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 22.

3 Article 6, paragraphe 1^{er}, du règlement (CE) n° 863/2007.

4 « Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 6.

5 Point 4 du préambule du règlement (CE) n° 863/2007.

6 Article 6, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 863/2007.

Après avoir adopté les règles applicables au franchissement, aux contrôles et aux vérifications des frontières extérieures des Etats membres¹, le règlement n° 863/2007 poursuit l'œuvre de communautarisation en permettant aux agents nationaux d'exercer sur la frontière extérieure d'un autre Etat membre les prérogatives normalement assumées par les autorités nationales dudit Etat membre. En revanche, les décisions de refus d'entrée sur le territoire ne sont prises que par les autorités de l'Etat membre hôte². Hormis ce dernier bastion de souveraineté, le texte témoigne d'une intégration poussée du droit communautaire et de la volonté des Etats membres de garantir dans des situations d'urgence la perméabilité de la frontière extérieure commune. Il démontre également le degré de confiance mutuelle acquis entre les Etats membres que les dispositions relatives aux prérogatives accordées aux agents invités mettent en valeur.

B. Exercice de prérogatives de puissance publique

La principale difficulté affectant la mise en œuvre d'un corps européen de gardes-frontières relevait de l'attribution aux agents du Corps de prérogatives de puissance publique notamment pour des raisons constitutionnelles³. Visiblement, les blocages ont été dépassés dans la mesure où le nouvel article 10, paragraphe 6, du règlement n° 2007/2004 indique que « les agents invités sont autorisés à employer la force, (...) dans l'accomplissement de leurs tâches et l'exercice de leurs compétences ». Si ce pouvoir doit être exercé avec le consentement de l'Etat membre d'origine et de l'Etat membre hôte de l'opération et dans le respect de la législation nationale de ce dernier, l'utilisation de la force est présentée comme un principe, ce qui constitue une nouveauté de taille. Certes, elle dépend encore des ordres juridiques nationaux⁴ mais le règlement inverse la logique en inscrivant cette possibilité dans une approche « proactive ».

1 Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105/1 du 13.04.2006.

2 Article 6, paragraphe 10, du règlement (CE) n° 863/2007.

3 « La principale difficulté à surmonter pour créer un Corps européen de garde frontières semble liée à l'octroi de prérogatives de puissance publique à des agents du Corps européen qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat membre où ils sont affectés. Il s'agit d'une question fondamentale pour des raisons constitutionnelles », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne », COM(2002) 233 final du 07.05.2002, sp. 23.

4 Concernant la France, il n'est toutefois pas certain que cette solution prévale. En effet, le Conseil constitutionnel avait considéré que l'article 41 de la convention de Schengen, relatif au « droit de poursuite », ne constituait pas un « transfert de souveraineté » justement en raison de l'absence de tout droit d'interpellation accordé aux agents poursuivant de l'autre Etat membre, Décision du Conseil constitutionnel n° 91-924 DC du 25 juillet 1991, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1991, pp. 91-101, sp. 98.

Le port des armes de service par les agents invités répond d'une logique plus poussée encore. En effet, son interdiction n'est possible que pour autant que la législation de l'Etat membre hôte « applique les mêmes interdictions à ses propres gardes-frontières ». Le règlement faisant ici une application du principe d'égalité de traitement.

Enfin, le règlement indique que les agents invités peuvent être autorisés à consulter les bases de données nationales et européennes nécessaires pour les activités de vérification et de surveillance¹. Sur ce point, le règlement n° 863/2007 procède à une avancée significative. En effet, la possibilité pour une autorité étrangère de consulter les bases de données nationales révèle une approche particulièrement aboutie de la logique de contrôle des frontières. A titre de comparaison, les agents exerçant dans les centres de coopération policière et douanière n'ont pas la possibilité de consulter directement les bases de données nationales².

En définitive, le règlement dépasse largement les perspectives formulées en son temps par la Commission relative à la création d'un corps européen de gardes frontières, en particulier au regard des prérogatives de puissance publique reconnues aux agents invités ou encore de la responsabilité civile et pénale de l'Etat membre hôte³. De sorte que la question qui se pose aujourd'hui est davantage celle de savoir combien de temps mettront tous les Etats membres pour accepter d'accorder aux agents invités l'intégralité des prérogatives de puissance publique prévues par le règlement. Ce n'est qu'à l'issue de cette démarche qu'une étape supplémentaire pourra être franchie. Il s'agira alors de s'interroger sur la compétence des agents invités pour adopter une décision de refus d'entrée sur le territoire d'un Etat membre afin d'aboutir à l'établissement d'un système européen de gardes frontières⁴.

1 Article 10, paragraphe 8, du règlement (CE) n° 2007/2004 modifié par le règlement (CE) n° 863/2007 « Aux fins du présent règlement, l'Etat membre hôte peut autoriser les agents invités à consulter ses bases de données nationales et européennes, nécessaires pour les activités de vérification et de surveillance aux frontières. L'agent invité ne consulte que les données nécessaires pour l'accomplissement de ses tâches et l'exercice de ses compétences. Avant le déploiement d'agents invités, l'Etat membre hôte indique à l'Agence les bases de données nationales et européennes qui peuvent être consultées. L'Agence met ces informations à la disposition de tous les Etats membres participant au déploiement ».

2 L'article 8 du traité de Blois conclu entre la République française et le Royaume d'Espagne et relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière indique « Les agents en fonction dans les centres de coopération policière et douanière travaillent en équipe et s'échangent les informations qu'ils recueillent. Ils peuvent répondre aux demandes d'informations des services compétents des deux Parties », JORF n° 223 du 26.09.2003, pp. 16430-16434.

3 Voir notamment les articles 10 et 11 du règlement (CE) n° 863/2007 qui posent comme principe que l'Etat membre hôte est réputé responsable de tout dommage causé par les membres des équipes et que les membres des équipes sont traités de la même façon que les agents de l'Etat membre hôte en ce qui concerne les infractions pénales dont ils pourraient être victimes ou qu'ils pourraient commettre.

4 A ce titre, il est significatif de noter que le Pacte européen sur l'immigration et l'asile évoque désormais la possibilité de créer « un système européen de gardes frontières », Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 9.

En tout état de cause, ce mouvement témoigne d'une transfiguration inédite de l'action communautaire. La centralisation de l'action opérationnelle dans le chef de l'Agence Frontex et la délimitation des prérogatives des agents participants aux équipes d'intervention rapide marquent l'immixtion progressive et constante du droit communautaire dans l'exécution opérationnelle des règles législatives. Dès lors, la compétence ne s'analyse plus selon une répartition horizontale, mettant en confrontation la Communauté et les Etats membres dans l'action normative, mais oppose désormais les deux acteurs dans une relation verticale d'exécution des règles communes. Alors que la construction communautaire a traditionnellement, et quasi exclusivement, confié l'exécution des règles aux Etats membres, la gestion des frontières extérieures projette la Communauté dans un schéma inédit dans la mesure où l'exécution opérationnelle de la règle communautaire est déterminée par le droit communautaire lui-même et coordonnée par une agence communautaire. De ce point de vue, ce versant de la politique migratoire procède à une communautarisation de l'exécution opérationnelle des règles relatives au franchissement des frontières extérieures de l'Union.

La communautarisation de l'évaluation de l'application des règles communautaire ne constitue dès lors qu'une suite logique de ce mouvement.

SOUS-SECTION 2. L'ÉVALUATION DE L'APPLICATION DE L'ACQUIS DE SCHENGEN

La thématique de l'évaluation de l'application de l'acquis de Schengen est un véritable révélateur des modifications qui marquent la politique de gestion des frontières. Si le dispositif normatif couvre les aspects législatifs, il comprend également des règles opérationnelles. Or, l'évaluation de l'application de ces dernières ne peut reposer sur les méthodes classiques relevant du contrôle de la légalité des règles nationales avec le droit communautaire. La nécessité de s'assurer de l'application correcte des règles opérationnelles par les autorités nationales impose de développer des méthodes d'évaluation spécifiques. La coopération de Schengen avait développé des mécanismes d'évaluation notamment au travers d'inspections sur place portant sur la mise en œuvre de l'acquis, pour les Etats souhaitant participer à la coopération, et l'application de l'acquis, pour les Etats participants à la coopération. Initialement assurée par une commission permanente, l'évaluation a été transférée, après communautarisation de l'acquis de Schengen, à un groupe de travail du Conseil¹. Cependant, ce dispositif n'est plus satisfaisant, en particulier pour les règles relatives à l'application de l'acquis

1 Voir notamment, CORRADO L. « Negotiating the EU external Border », in BALZACQ. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 183-203, sp. 195-198.

de Schengen¹. D'une part, il est incomplet. D'autre part, il ne correspond pas au cadre juridique communautaire dans lequel la Commission, et non les Etats membres, est la gardienne de l'application correcte des règles relevant du premier pilier. En réalité, le mécanisme d'évaluation de l'acquis de Schengen doit être réformé et mis en cohérence. La Commission a donc présenté une proposition de règlement pour améliorer les méthodes d'évaluation (I) et déterminer les actions à mettre en œuvre en cas de mauvaise application du droit communautaire (II)². Cette modification est significative des évolutions de la politique de gestion des frontières qui attribue un rôle prédominant à la Commission dans l'évaluation des actions opérationnelle et adapte les mécanismes aux exigences du droit communautaire.

I. L'AMÉLIORATION DES MÉTHODES D'ÉVALUATION

La proposition de la Commission souligne le caractère imparfait du mécanisme d'évaluation mis en œuvre dans le cadre de la coopération de Schengen et propose d'en améliorer plusieurs aspects. Cela concerne tout d'abord le rôle de la Commission qui doit être chargée de la mise en œuvre du mécanisme d'évaluation. Ce dernier est toutefois placé sous la coordination d'un groupe composé de représentants des Etats membres et présidé par un représentant de la Commission appelé « groupe de coordination ». Cela concerne ensuite la mise en place d'un programme d'évaluation (A) et l'adoption de méthodes d'évaluation plus pertinentes (B).

A. La programmation de l'évaluation

Pour s'assurer que les règles communautaires soient correctement appliquées par tous les Etats membres participants à l'acquis de Schengen, la proposition prévoit l'adoption par la Commission en collaboration avec le « groupe de coordination » d'un programme d'évaluation quinquennal. Ce programme a pour objectif de soumettre chaque Etat membre à au moins une évaluation au cours de cette période. La proposition indique que l'ordre des Etats membres devant être évalués est établi sur base d'une analyse des risques, des pressions migratoires, du temps écoulé depuis

1 En effet, et concernant les règles relatives à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen par les Etats membres souhaitant participer à l'acquis de Schengen, la règle demeure celle de la décision adoptée par le Conseil, conformément aux dispositions des traités d'adhésion. Comme l'indique la Commission, « la procédure de prise de décision pour la levée des contrôles aux frontières intérieures et la pleine application de l'acquis de Schengen a, pour les élargissements de 2004 et de 2007, été fixée dans les traités d'adhésion et, partant, dans le droit primaire. Les actes d'adhésion prévoyaient une décision du Conseil après consultation du Parlement européen, la Commission ne disposant d'aucun droit d'initiative », Proposition de règlement du Conseil portant création d'un mécanisme d'évaluation destiné à contrôler l'application de l'acquis de Schengen, COM(2009) 102 final du 04.03.2009, sp. 3.

2 Proposition de règlement du Conseil portant création d'un mécanisme d'évaluation destiné à contrôler l'application de l'acquis de Schengen, COM(2009) 102 final du 04.03.2009.

l'évaluation précédente et de l'équilibre à assurer entre les différentes parties de l'acquis de Schengen. *A priori*, les Etats membres disposant d'une frontière maritime ou terrestre avec les pays tiers devraient faire l'objet d'une inscription prioritaire dans la programmation. Seulement, le critère de l'évaluation préalable rend cette perspective incertaine. En effet, les nouveaux Etats membres ont été soumis à de fortes exigences et à une évaluation constante pour pouvoir intégrer l'acquis de Schengen. A l'inverse, d'autres Etats membres peuvent ne pas avoir été évalués depuis un certain temps mais ne pas rencontrer de pression migratoire particulière rendant l'évaluation moins décisive. Au fond, la détermination de l'ordre des Etats membres dans la programmation pluriannuelle apparaît difficile à prévoir.

Cela étant, cette situation ne constitue pas un obstacle au développement de l'évaluation d'Etats membres ne rentrant pas dans les critères prioritaires de la programmation pluriannuelle. Cette dernière est en effet complétée par une programmation annuelle qui élargit le champ de l'évaluation sur la base d'une analyse des risques présentée par l'Agence Frontex tenant compte de la pression migratoire. Dans ce contexte, l'évaluation ne concerne pas l'application de Schengen par un Etat membre donné mais dans une région comprenant plusieurs Etats membres. La programmation annuelle peut également concerner l'application de certaines parties spécifiques de Schengen sur le territoire de plusieurs Etats membres.

En résumé, le dispositif est déterminé de manière telle que les zones présentant des risques puissent faire l'objet d'évaluations régulières et répétées. La garantie de la bonne application de l'acquis de Schengen, et partant de la sécurité sur l'espace commun, commande cette option.

B. Les méthodes d'évaluation

L'envoi d'un questionnaire aux autorités nationales constitue la première étape de l'évaluation¹. Elle peut être complétée, après analyse du questionnaire, par des inspections sur place. Celles-ci sont décidées par la Commission et réalisées par des équipes d'experts nationaux désignés par la Commission en fonction de leur compétence et des équilibres géographiques. La coordination des inspections sur place est assurée par un fonctionnaire de la Commission.

Si la coopération de Schengen prévoyait déjà cette méthode d'évaluation, elle présentait une lacune importante, celle de ne pas prévoir l'organisation d'inspections inopinées. La proposition de la Commission prévoit de mettre un terme à cette situation. Ainsi, aux côtés des inspections sur place annoncées deux mois avant l'envoi de l'équipe d'experts, doivent figurer les inspections inopinées dont l'annonce intervient

1 Article 11 de la proposition de la Commission « 1. Les questionnaires couvrent la législation pertinente, les moyens organisationnels et techniques prévus pour la mise en œuvre de l'acquis de Schengen, ainsi que les données statistiques afférentes à chaque domaine soumis à évaluation.
2. Les États membres envoient à la Commission leurs réponses au questionnaire dans un délai de six semaines à compter de la communication de celui-ci ».

vingt-quatre heures avant l'arrivée de l'équipe d'inspection¹. Cette méthode a pour objectif de soumettre les Etats membres à la pression de l'évaluation et de garantir une application effective et permanente de l'acquis de Schengen aux frontières.

La proposition de la Commission établit, en revanche, une distinction importante en ce qui concerne les inspections sur place réalisées en vue de vérifier l'absence de contrôles aux frontières intérieures. Dans ce cas de figure, les équipes chargées de l'inspection sont « exclusivement composées de fonctionnaires communautaires »². Au-delà de la justification peu convaincante de la Commission³, la composition de l'équipe évacue tout risque de « fuite » dans la programmation de ces inspections et impose une pression supplémentaire sur les Etats membres. Signe que pour la Commission européenne, la levée des contrôles aux frontières intérieures constitue un objectif prioritaire.

La proposition de règlement situe la Commission au centre du mécanisme qu'il s'agisse de la programmation, du déclenchement ou encore de la coordination de l'évaluation sur place. Si la création d'un « groupe de coordination » et le maintien du rôle décisif des experts nationaux dans le processus d'évaluation est de nature à minimiser cette situation, le rôle prépondérant de l'exécutif communautaire a suscité des réserves de la part des Etats membres⁴. La mise en cohérence de l'évaluation avec le cadre juridique communautaire est toutefois à ce prix. Peut être alors est-ce la raison pour laquelle les mécanismes correctifs ou les sanctions applicables en cas de mauvaise évaluation suivent une procédure progressive.

II. LA DÉTERMINATION DES ACTIONS CORRECTIVES

L'objectif du mécanisme étant d'évaluer la bonne application par les Etats membres de l'acquis de Schengen, le dispositif prévoit les mesures correctives à adopter en cas d'évaluation négative. Cependant, la sensibilité du domaine relevant de la sécurité intérieure impose de développer une approche prudente. Ainsi, le mécanisme d'évaluation comprend une importante phase de suivi permettant aux Etats membres

1 La programmation des inspections sur place inopinées figure dans le programme d'évaluation annuel mais est tenue confidentielle. Voir sur ce point l'article 7, paragraphe 3, de la proposition de la Commission.

2 Article 12 de la proposition de règlement.

3 Point 9 du préambule de la proposition : « Le mécanisme d'évaluation devrait également porter sur la législation relative à la suppression des contrôles aux frontières intérieures et aux vérifications effectuées sur le territoire national. Étant donné la nature spécifique de ces dispositions, qui ne portent pas atteinte à la sécurité intérieure des États membres, les inspections sur place correspondantes devraient être exclusivement confiées à la Commission ».

4 « (...) certains ont émis des réserves à l'égard du rôle institutionnel que pourrait jouer la Commission dans le mécanisme d'évaluation de Schengen », Proposition de règlement du Conseil portant création d'un mécanisme d'évaluation destiné à contrôler l'application de l'acquis de Schengen, COM(2009) 102 final du 04.03.2009, sp. 7.

d'adapter leurs règles et pratiques (A). Ce dispositif préventif n'écarte toutefois pas l'hypothèse de sanctions juridiques ou politiques (B).

A. L'évaluation et le suivi

Chaque évaluation donne lieu à un rapport¹ qui analyse tout aspect qualitatif, quantitatif, opérationnel, administratif et organisationnel relatif à l'application de l'acquis de Schengen. Les conclusions du rapport peuvent être de trois ordres, à savoir « conforme », « conforme, mais améliorations nécessaires » ou encore « non conforme, avec irrégularités graves ». La proposition de la Commission prévoit que le rapport contient en outre des recommandations quant aux mesures correctives à prendre et aux délais dans lesquels elles doivent être mises en œuvre.

Suite aux conclusions et recommandations, l'Etat membre qui doit améliorer l'application de l'acquis de Schengen à ses frontières soumet à la Commission des observations sur le rapport d'évaluation et lui présente « un plan d'action expliquant comment il entend remédier à toute insuffisance constatée » lors de l'évaluation. Il s'agit d'une phase transitoire permettant aux Etats membres en concertation avec la Commission de remédier aux imperfections constatées. La proposition de la Commission ajoute qu'au cours de la phase devant aboutir à la bonne application de l'acquis de Schengen, l'Etat membre rend compte, à intervalles réguliers, des progrès réalisés dans la mise en œuvre du plan d'action. Cette obligation n'exclut pas la possibilité pour la Commission de programmer des inspections sur place annoncées ou inopinées pour vérifier la bonne mise en œuvre du plan.

La sensibilité des questions relatives à la gestion des frontières, tant au plan politique qu'au niveau de la mise en œuvre opérationnelle des règles communautaires, impose d'élaborer des actions correctives alternatives n'engageant pas automatiquement de sanction juridique pour manquement aux obligations communautaire. Ainsi, la Commission propose la mise en place d'une action concertée et progressive entre les Etats membres et l'exécutif communautaire dont l'objectif premier est de remédier aux carences constatées. Le développement d'un mécanisme « souple » de correction n'empêche pas le déclenchement de procédures juridictionnelles ou politiques visant à sanctionner les comportements fautifs.

1 Conformément à l'article 13 de la proposition de règlement, le rapport est établi par la Commission, lorsque l'évaluation repose sur le questionnaire ou une inspection sur place, ou l'équipe chargée de l'évaluation, lorsque l'évaluation repose sur une inspection sur place annoncée. Dans ce dernier cas de figure, le fonctionnaire de la Commission ayant coordonné l'inspection sur place assume la responsabilité globale du rapport.

B. Les sanctions

Les sanctions relatives à la mauvaise application de l'acquis de Schengen sont de deux ordres et ont des effets différents. Le premier est classiquement juridique et repose sur la possibilité qui est toujours accordée à la Commission d'engager un recours en manquement devant la Cour de justice, y compris au cours de la phase de mise en œuvre du plan d'action. Cette solution ne doit pas étonner dans la mesure où l'objectif de la proposition est justement de réintégrer le mécanisme d'évaluation de Schengen dans le cadre communautaire. Ainsi, la surveillance de la bonne application de l'acquis de Schengen par la Commission implique que cette dernière recouvre son pouvoir d'action juridictionnelle et puisse introduire toute action en manquement jugée nécessaire¹.

La seconde voie empruntée par la proposition de la Commission est d'ordre politique. Ainsi, lorsque l'évaluation met en évidence une irrégularité grave ayant un impact significatif sur le niveau global de sécurité d'un ou de plusieurs Etats membres, la Commission doit en informer le Conseil le plus rapidement possible. Il s'agit ici d'une sorte de constatation en manquement par les pairs et de dimension politique. L'importance du manquement et de ses effets sur la sécurité intérieure transfère la gestion du problème au plus haut niveau. La Commission s'efface derrière les Etats membres qui doivent alors gérer la situation dans sa dimension politique, quitte à renvoyer par la suite à la Commission le soin d'engager une action juridique. C'est le signe qu'en matière de sécurité intérieure, les prérogatives étatiques doivent être préservées et que la gestion politique s'impose face au règlement juridique des situations.

En résumé, la proposition de la Commission reflète les évolutions de la politique de gestion des frontières. Au plan institutionnel, tout d'abord, dans la mesure où la Commission européenne recouvre son rôle de gardienne des traités. Au regard de l'intégration de la politique, ensuite, étant donné que l'exécutif communautaire, en collaboration avec des experts nationaux, est chargé de mettre en œuvre et de coordonner les inspections sur place. De ce point de vue, rares sont les politiques communautaires qui peuvent revendiquer un degré d'intégration aussi poussé, notamment lorsque les inspections ont pour objet d'évaluer l'application correcte de règles communautaires à caractère purement opérationnel. Enfin, le concours de l'Agence Frontex, dans le cadre de l'évaluation des risques, et les rapports présentés au Parlement européen, relatifs aux évaluations conduites et en cours², témoignent là encore d'une communautarisation profonde de la politique.

1 Selon l'article 13, paragraphe 7, de la proposition de la Commission « les paragraphes 1 à 6 sont sans préjudice des compétences conférées à la Commission en vertu de l'article 226 du traité instituant la Communauté européenne ».

2 Voir article 16 de la proposition de la Commission.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'exécution opérationnelle de la politique de gestion des frontières a connu de profonds bouleversements à partir du début des années 2000. Confié aux autorités nationales compétentes, mais s'exerçant pour le compte de l'ensemble des Etats membres¹, le contrôle opérationnel de la frontière extérieure du territoire communautaire a progressivement été saisi par le droit communautaire. Tout d'abord, au travers d'une rationalisation et d'une coordination des actions. Ainsi, l'Agence Frontex a eu pour principale mission de clarifier et d'organiser les multiples actions engagées par les Etats membres. De la transformation des centres *ad hoc* en bureaux spécialisés, mis sous sa tutelle, à l'absorption des missions d'analyse et de formation en passant par la coordination des actions opérationnelles, l'Agence Frontex a largement rationalisé le domaine. Cette première phase étant mise en œuvre, l'empreinte du droit communautaire sur le contrôle opérationnel des frontières extérieures s'est accentuée. D'une part, par la création d'équipes d'intervention rapide coordonnées par l'Agence Frontex et dotées de prérogatives importantes en matière de surveillance et de contrôle des frontières. D'autre part, par la communautarisation programmée² et proposée³ du mécanisme d'évaluation de l'application de l'acquis de Schengen. Sur ce point, la montée en puissance de la Commission dans l'organisation de l'évaluation opérationnelle au travers des inspections sur place témoigne d'une appropriation par la Communauté et, partant, d'une communautarisation totale de la politique de gestion des frontières de l'Union européenne. Car à bien y regarder, le droit communautaire détermine désormais les règles applicables à l'entrée sur le territoire communautaire mais également la manière et les conditions dans lesquelles ces règles doivent être effectivement appliquées par les autorités nationales. De ce point de vue, le « système intégré de gestion des frontières extérieures » connaît effectivement un établissement progressif⁴.

1 « Le Conseil européen rappelle que le contrôle des frontières extérieures incombe à chaque Etat membre pour la part de frontière qui est la sienne. Ce contrôle qui donne accès à un espace commun de libre circulation est exercé, dans un esprit de co-responsabilité, pour le compte de l'ensemble des Etats membres », Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 9.

2 Le Conseil européen « invite la Commission à présenter, dès que les contrôles aux frontières intérieures auront été supprimés, une proposition visant à compléter le mécanisme d'évaluation de Schengen existant par un mécanisme de contrôle associant pleinement les experts des États membres et prévoyant notamment des inspections inopinées », Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 du 03.03.2005, sp. 6.

3 Proposition de règlement du Conseil portant création d'un mécanisme d'évaluation destiné à contrôler l'application de l'acquis de Schengen, COM(2009) 102 final du 04.03.2009.

4 Comme l'article 77, paragraphe 1^{er}, point c) du TFUE le prévoit : « L'Union développe une politique visant : (...) à mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures ».

Conclusion du Titre 2

Le développement de l'action communautaire dans le domaine opérationnel de la politique migratoire résulte de deux facteurs principaux. Le premier relève de l'existence de règles communes adoptées préalablement dans le cadre de la coopération de Schengen. La communautarisation de ce dispositif, comprenant des règles législatives et opérationnelles, a doté la Communauté d'un ensemble de règles dont le développement a ensuite été assuré sur le fondement du titre IV du traité CE. Au fond, les Etats membres avaient déjà largement coopéré dans les domaines couverts par la coopération de Schengen et l'approfondissement de la coopération, y compris au niveau opérationnel, n'a finalement constitué que le prolongement de l'existant. Le second facteur est d'ordre conjoncturel et politique. L'irruption de la menace terroriste à partir de l'automne 2001 a joué un rôle important dans la sécurisation du territoire communautaire et la focalisation de l'action sur le renforcement des contrôles à l'entrée. Qu'il s'agisse des conclusions du Conseil européen de Laeken en décembre 2001, qui font de la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne un élément de la lutte contre le terrorisme¹, ou encore du développement de systèmes informatisés portant sur l'entrée ou la délivrance des visas², le phénomène terroriste a constitué un puissant accélérateur en direction d'une coopération opérationnelle plus forte. Dans ce contexte, un second facteur a joué à plein, celui de l'élargissement de l'Union européenne et du transfert de la responsabilité du contrôle des frontières de l'Union européenne vers les nouveaux Etats membres³. La transposition des règles a constitué une étape nécessaire,

1 « Une meilleure gestion du contrôle aux frontières extérieures de l'Union contribuera à lutter contre le terrorisme, les filières d'immigration illégale et la traite des êtres humains ».

2 Voir notamment, BROUWER E. « Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 566 p., sp. 105.

3 « In the beginning, things were rather balanced and just : each state would bear the burden of its border. With the opening of internal borders, more and more countries were relieved from control tasks on the land borders and the remaining ones bore an increasingly unequal share. In the early Schengen days of 1995, the heavy weights France and Germany still managed about 98 %. By 2003, their share had shrunk to 42 % and with the gradual accession of Eastern neighbours, it was further reduced to 20 % (and with the likely accession of Switzerland this will decrease to 0 % !). Together with Norway, Finland and Greece, the main burden is shifting to the shoulders of the newcomers such as the Baltic countries, Poland, Slovakia, Hungary and Slovenia, and the later also to Bulgaria and Hungary », HOBGING P. « Integrated Borders Management at EU Level » in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security

à laquelle les Etats membres candidats ont été fortement invités à satisfaire¹, mais insuffisante. Aussi, le renforcement des contrôles aux frontières extérieures s'est enrichi d'une approche opérationnelle « de terrain » comprenant le déploiement d'opérations conjointes, de projets pilotes ou encore d'équipes d'intervention rapide dont la coordination s'est progressivement institutionnalisée au travers de l'Agence Frontex, ou de la Commission. En fin de compte, l'existence de règles préalablement adoptées et la pression du résultat dans un domaine sensible ont permis le développement d'une action opérationnelle inédite de la Communauté dans le domaine de la politique migratoire, ouvrant désormais la perspective à l'établissement d'un système européen de gardes-frontières².

Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 155-181, sp. 162.

1 Voir en particulier, CORRADO L. « Negotiating the EU external Border », in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 183-203.

2 Pacte européen sur l'immigration et l'asile, *Doc. 13440/08* du 24 septembre 2008, sp. 9.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

L'action communautaire dans le domaine de la politique migratoire met en relief, dix ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, un déséquilibre entre les politiques mises en œuvre. La politique relative à la lutte contre l'immigration clandestine et irrégulière, en ce compris la politique des visas, a connu un approfondissement important ayant eu pour effet de transférer à la Communauté des pans entiers de compétences, voire de consacrer des compétences exclusives de la Communauté. La politique d'asile a permis de poser les bases d'un régime d'asile européen commun dont l'approfondissement, et peut être l'achèvement, doit être acquis à l'horizon 2012. Enfin, la politique d'immigration légale n'a que partiellement été saisie par les textes communautaires et demeure encore largement régie par les droits nationaux. Ce résultat trouve des explications dans les objectifs poursuivis. La priorité accordée à la politique de lutte contre l'immigration clandestine et, plus précisément, à la gestion des frontières extérieures découle à la fois de l'existence préalable de règles communes adoptées dans le cadre de la Convention de Schengen et de l'impératif de sécuriser la frontière extérieure dans la perspective d'un élargissement sans précédent ayant pour effet de transférer la majeure partie du contrôle de l'entrée sur le territoire communautaire aux nouveaux Etats membres. Dans ce contexte, l'action s'est notamment concentrée sur le renforcement de l'application opérationnelle des règles communautaires et a imposé le développement de mécanismes et structures intervenant directement dans la coordination, l'exécution et le contrôle de l'action opérationnelle. La politique d'asile a poursuivi un objectif différent. Appuyée sur la Convention de Genève de 1951, elle avait pour but de préserver la tradition d'accueil des Etats membres vis-à-vis des personnes fuyant les persécutions. Cependant, le

texte de référence ne bénéficiait pas d'une interprétation identique dans tous les Etats membres et les pratiques nationales présentaient parfois de profondes divergences. L'harmonisation des règles nationales apparaissait dès lors plus difficile en même temps qu'elle a été marquée par la réticence des Etats membres à aligner leurs dispositifs sur des normes communes ayant des répercussions financières importantes sur les systèmes nationaux. L'action communautaire en matière d'immigration légale ne poursuivait pas d'objectifs précis. Initialement perçue dans sa dimension « intégration », elle a essentiellement contribué à inscrire dans les règles communautaires ce qui existait déjà dans les Etats membres, comme en matière de regroupement familial et de résidence de longue durée. Ensuite, et dès lors qu'il s'est agi d'adopter des dispositions relatives à l'admission des ressortissants de pays tiers, les propositions de la Commission se sont heurtées à l'opposition des Etats membres. Au fond, aucun texte préalable n'avait été adopté dans le domaine et les différences et divergences entre les Etats membres demeuraient trop profondes pour envisager une harmonisation. Aussi, l'approche commune s'est réalisée par « petits bouts » dans des domaines pouvant recueillir un accord général des Etats membres.

L'explication de ce déséquilibre entre les politiques ne doit toutefois pas masquer un élément déterminant de l'action communautaire dans le domaine de la gestion des frontières extérieures. En effet, la nécessité d'assurer l'application effective des règles communes de franchissement et de contrôle des frontières extérieures a conduit la Communauté à situer son action dans le domaine opérationnel et à renverser la logique classique de l'administration indirecte du droit communautaire par les Etats membres. Ici, et désormais, la mise en œuvre opérationnelle de la politique est fortement intégrée puisque coordonnée par l'Agence Frontex et exécutée par des équipes mixtes dont l'existence légale et les pouvoirs relèvent d'un acte de droit communautaire. En d'autres termes, la gestion des frontières extérieures évacue le schéma selon lequel la Communauté adopte des mesures législatives qui sont ensuite mises en œuvre et exécutées par les Etats membres et fait apparaître un système intégré dans lequel la Communauté intervient dans le domaine relevant classiquement de la compétence des Etats membres.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En permettant l'intervention de la Communauté et de l'Union européenne dans le domaine de la politique migratoire, le traité d'Amsterdam a constitué une véritable « révolution ». Seulement, au moment de l'entrée en vigueur du traité, la « révolution » était incertaine. D'une part, et hormis la question du franchissement des frontières extérieures, le traité d'Amsterdam définissait peu d'orientations politiques et se limitait à l'énumération de domaines de compétence dans lesquels la Communauté et l'Union étaient habilitées à intervenir. D'autre part, le cadre institutionnel situait les Etats membres au cœur du processus décisionnel et leur accordait la maîtrise du domaine. Ainsi, à l'entrée en vigueur du traité au mois de mai 1999, la possibilité d'assister à l'élaboration d'une véritable politique migratoire de l'Union européenne n'était pas acquise. Certes, le Conseil européen de Tampere allait rapidement poser les orientations d'une politique en matière migratoire. Seulement, la réalisation de cette dernière dépendait de la volonté des Etats membres. Entre dispositions du traité et discours politique, le champ des possibles était ouvert et couvrait les hypothèses de la coordination, de l'harmonisation ou de l'intégration des politiques nationales. Or, et compte tenu de la réticence des Etats membres à accepter une dépossession de leurs prérogatives régaliennes, que l'aménagement institutionnel du traité faisait ressortir, la perspective d'une action communautaire minimale, voire minimaliste, constituait une hypothèse sérieuse. Aussi, l'établissement d'une politique migratoire de l'Union européenne semblait se résumer à une addition des législations nationales dans des instruments communautaires laissant place à une simple coordination des politiques nationales.

Dix ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, cette perspective doit être reconsidérée. En effet, les règles adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE sont nombreuses et témoignent de l'émergence d'une politique migratoire de l'Union européenne. Si à l'instar de toute politique en construction elle présente des imperfections, elle est surtout marquée par une caractéristique forte, son déséquilibre. En effet, la politique migratoire de l'Union européenne ne présente pas le même degré d'intensité selon les domaines concernés et constitue de ce point de vue le reflet des priorités que les Etats membres ont cherché à atteindre dans le cadre communautaire. Ainsi, les domaines ayant un lien étroit avec la sécurité intérieure, tels que la gestion des frontières, la politique des visas ou encore l'immigration irrégulière, ont fait l'objet d'une attention prioritaire de la part des Etats membres, reléguant au second plan le traitement des questions relevant de l'asile et de l'immigration légale.

En pratique, les domaines de la gestion des frontières extérieures, de la politique des visas et dans une moindre mesure de l'éloignement des ressortissants de pays tiers ont fait l'objet d'une forte communautarisation créant un important phénomène d'intégration des politiques nationales dans la politique européenne. Ici, l'action de la Communauté a consisté à approfondir les règles adoptées dans le cadre de la coopération de Schengen en vue de réaliser une communautarisation progressive de l'exécution opérationnelle des règles communautaires. Ce phénomène est remarquable dans la mesure où il procède à une remise en cause du principe d'administration indirecte du droit communautaire dans la mesure où la Communauté européenne, et désormais l'Union européenne, intervient sur le terrain de l'exécution opérationnelle des règles communes. Ainsi, dans le domaine de la gestion des frontières extérieures, l'exécution opérationnelle des règles par les autorités nationales est encadrée par des dispositifs et mécanismes communs ou coordonnée par une Agence européenne.

Dans le domaine de la politique d'asile et de la lutte contre l'immigration irrégulière l'action communautaire a principalement visé l'harmonisation des politiques nationales. Si les Etats membres ont manifesté, sans véritable surprise, une volonté commune d'approfondir l'acquis de Schengen en matière de lutte contre l'immigration irrégulière, l'harmonisation des politiques d'asile constitue de son côté un élément important et novateur de l'action communautaire. Certes, la première phase de mise en œuvre de la politique n'a pas toujours atteint les résultats escomptés, mais les effets de la législation communautaire en termes d'harmonisation sont réels. Ainsi, et au-delà des imperfections et de la faiblesse de certains dispositifs, la communautarisation de définitions, concepts et procédures a contribué au rapprochement des politiques et règles nationales.

En revanche, l'intervention de la Communauté sur le terrain de l'immigration légale a été minimale de sorte qu'elle a principalement contribué à une coordination des politiques nationales. Ici, les Etats membres n'ont pas manifesté une volonté d'action commune et ont conservé la maîtrise de leur politique nationale. Aussi, les règles adoptées sont peu contraignantes, laissent d'importantes marges de manœuvre aux

Etats membres et échappent pour les matières relevant de l'immigration économique à toute intervention globale de la Communauté au profit d'interventions sectorielles.

Ce déséquilibre volontaire de la politique migratoire a en revanche produit des effets importants au niveau de l'action extérieure. Si le souci d'assurer la sécurité sur le territoire commun, et le dispositif juridique mis en œuvre à cette fin, ont été accompagnés de la conclusion d'accords de réadmission ou de facilitation et d'exemption de visa de court séjour, le prolongement externe de la politique d'immigration légale n'a pas connu la même fortune. En effet, la faiblesse du dispositif juridique, principalement constitué de règles sectorielles, a constitué un obstacle au prolongement externe de ce versant de la politique, notamment en application de la théorie des compétences implicites. En conséquence, cette situation a imposé de fortes contraintes sur « l'approche globale », initiée à partir de 2005, qui n'a pu se développer que sur la base d'instruments juridiquement non contraignants dans le cadre de « partenariats » avec les pays tiers. En fin de compte, la politique extérieure est demeurée largement sous le contrôle des Etats membres.

Ainsi construite, la politique migratoire de l'Union européenne présente un fort déséquilibre qui correspond au projet politique souhaité par les Etats membres. Ce projet repose sur deux objectifs. Le premier répond à la volonté d'adopter prioritairement des règles opérationnelles dans les domaines relevant du versant sécuritaire de la politique, c'est-à-dire la gestion des frontières extérieures, la politique des visas et la lutte contre l'immigration irrégulière. Ainsi, l'action de la Communauté a tout d'abord consisté à développer et approfondir les aspects législatifs des domaines concernés pour pouvoir adopter, dans un second temps, des règles relatives à la mise en œuvre opérationnelle des règles législatives. Cela entraîné un phénomène inédit de communautarisation de l'exécution opérationnelle de la politique migratoire. Le second objectif correspond à la nécessité de maîtriser le développement de la politique migratoire de l'Union européenne afin de préserver les politiques nationales. Aidés par les aménagements institutionnels du traité, les Etats membres ont donc contrôlé l'harmonisation de la politique d'asile et limité à sa plus faible expression l'action dans le domaine de l'immigration légale. Ces objectifs ayant été atteints, c'est sans difficultés que les Etats membres ont accepté de rétablir, au fur et à mesure, le cadre institutionnel « orthodoxe ». Le traité de Lisbonne finalise ce mouvement en levant les derniers obstacles que le traité d'Amsterdam avait organisé et en soumettant désormais la politique migratoire à la « méthode communautaire ».

Si les Etats membres sont finalement parvenus à atteindre leurs objectifs et à maîtriser le développement de la politique migratoire de l'Union européenne, il n'est pas tout à fait certain que cette situation perdure. Certes, ils vont continuer à orienter la politique et son approfondissement, sur la base de l'article 68 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de documents programmatiques comme le Pacte européen sur l'immigration et l'asile et le programme de Stockholm. Il n'est cependant pas acquis que les Etats membres puissent durablement conserver la

maîtrise de la politique. D'une part, parce que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne va contribuer à considérablement transformer les cadres d'action. D'autre part, parce que les questions qui n'ont pas été abordées en commun devront l'être à moyen ou long terme, sous peine de mettre en péril l'efficacité et la crédibilité de la politique migratoire de l'Union européenne.

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne promet de modifier l'environnement institutionnel et matériel de la politique migratoire. Cela va tout d'abord concerner la place et le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui du reste pourrait constituer un véritable bouleversement. Le rétablissement de la procédure préjudicielle normale constitue un premier élément qui aura, à coup sûr, un impact déterminant sur la mise en œuvre de la politique dans les Etats membres. La rédaction ambiguë, voire imprécise, des dispositions du droit de l'Union européenne dans le domaine de l'immigration et de l'asile appellera évidemment l'intervention de son interprète authentique. Si la saisine de la Cour de justice demeure encore raisonnable, il est fort à parier que la fréquence des renvois préjudiciels augmente de manière significative. D'une part, c'est justement en raison de la crainte d'un engorgement du contentieux devant la Cour de justice que le traité d'Amsterdam avait limité les modalités de saisine par la voie préjudicielle. Or, rien n'indique que la situation après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne soit différente de celle qui a prévalu en 1999. D'autre part, les élargissements de 2004 et 2007 contribuent à augmenter de manière importante le nombre de juges nationaux susceptibles d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation des règlements et directives. S'il advenait malgré tout que le contentieux ne connaisse pas une expansion correspondante à ces deux phénomènes d'ouverture et d'élargissement, il faudra alors s'interroger sur l'honnêteté des arguments formulés par les négociateurs du traité d'Amsterdam. Quoi qu'il en soit, l'intervention croissante du juge de Luxembourg doit constituer une pièce maîtresse dans la définition et la structuration de la politique migratoire de l'Union européenne. Cela doit notamment être le cas au regard de la protection des droits fondamentaux. Il s'agit ici du second élément à prendre en considération. En premier lieu, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne confère force juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux. Cette dernière ne constitue plus un texte d'inspiration servant à l'interprétation du juge mais un dispositif juridique dont il doit assurer le respect dans le champ d'application des traités. Cela propulse le juge communautaire dans un domaine qui ne lui était initialement pas acquis, celui de la protection des droits fondamentaux. S'il a démontré jusqu'à présent qu'il était prêt à relever le défi, les attentes sur ce terrain sont nombreuses et il ne fait aucun doute que l'action du juge sera scrupuleusement analysée. A titre d'exemple, l'interprétation de l'article 18 de la Charte qui indique que « le droit d'asile est garanti » risque d'ouvrir la voie à de larges débats quant au contenu du droit reconnu par cette disposition et son régime juridique, à savoir si elle peut être d'effet direct ou pas. Les enjeux relatifs à la reconnaissance d'un « droit d'asile » au niveau de l'Union européenne sont immenses et devront nécessairement être tranchés. En second lieu, le traité de Lisbonne ouvre la voie à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme. Or, la perspective de l'adhésion

ne résout pas toutes les difficultés. Certains esprits pessimistes y voient au contraire une source de complication dans la mesure où l'adhésion implique l'intervention de deux juridictions suprêmes dans un même domaine d'action. Si cette situation pose la question de l'articulation entre les instruments de protection et les jurisprudences européennes, elle soulève également l'interrogation sur la hiérarchisation entre les Cours. En réalité, le risque d'une compétition ou d'une concurrence entre les Cours devra être limité voire évité, au profit d'une coopération qui s'impose comme une nécessité. A défaut, le système nouvellement institué deviendra plus complexe encore que son prédécesseur et risquera de mettre en cause la cohérence et la crédibilité, voire l'effectivité, de la protection des droits fondamentaux en Europe. En fin de compte, le traité de Lisbonne resitue le juge au centre de la politique et de sa mise en œuvre. Il réduit par conséquent la place des Etats membres qui disposeront de moyens limités face à son indépendance.

La seconde modification introduite par le traité de Lisbonne concerne l'extension de la codécision à l'ensemble de la politique migratoire. Cette situation soulève en réalité la question du rôle du Parlement européen dans la mise en œuvre de la politique migratoire. Peu intervenu en qualité de colégislateur, il est difficile d'apporter une appréciation étayée sur son impact dans le processus législatif. Malgré tout, et sur la base de l'expérience acquise, plusieurs hypothèses peuvent être avancées. Tout d'abord, le Parlement européen est souvent envisagé, en contrepoids du Conseil, comme le garant du respect des droits fondamentaux. Son action sur ce fondement dans le recours en annulation introduit contre la directive relative au droit au regroupement familial constitue un exemple. Cependant, il faut se garder de toute conclusion générale à cet égard. En effet, l'action contentieuse introduite par l'institution parlementaire était susceptible de poursuivre tout autant des violations des droits fondamentaux que la revendication d'un pouvoir d'action institutionnelle dans un domaine où elle était simplement titulaire d'un pouvoir de consultation. En d'autres termes, la motivation du recours en annulation a pu reposer sur des considérations institutionnelles davantage que matérielles. Cette première remarque peut par ailleurs être soutenue par l'action du Parlement européen au moment de la négociation et de l'adoption de la « directive retour » pour laquelle il disposait d'un pouvoir de codécision. Ici, le Parlement ne s'est pas opposé à l'adoption d'une directive contenant des dispositions dont la compatibilité avec les droits fondamentaux pouvait légitimement être remise en cause. En fin de compte, accorder à l'institution parlementaire le statut de garant des droits fondamentaux ne correspond pas forcément à la réalité. En effet, les membres de Parlement européen sont issus d'élections nationales et défendent, dans les Etats membres, leurs gouvernements. Par conséquent, ils ne s'opposent pas systématiquement aux textes présentés par le Conseil, lui-même composé des représentants des gouvernements des Etats membres. Ainsi, il faut savoir raison garder dans un domaine aussi sensible que la politique migratoire et ne pas attribuer hâtivement au Parlement un « costume » de défenseur des droits, qu'il se plaît à revendiquer dans le discours et ne souhaite pas toujours endosser en réalité pour des raisons politiques. La seconde hypothèse concerne le poids du Parlement européen dans l'adoption des textes. Au-delà de

son action sur le fond des textes, exercée par le biais du pouvoir d'amendements, il faut garder à l'esprit qu'il constitue un nouvel acteur dans le processus de décision. Autrement dit, il peut tout autant favoriser le compromis que s'opposer à l'adoption du texte. De ce point de vue, l'arrivée du Parlement européen dans le processus décisionnel peut alors constituer un facteur bloquant. Ce dernier peut s'exercer non seulement lors de la négociation de règlements et de directives mais également dans le cadre de la conclusion d'accords avec les pays tiers dans la mesure où le Parlement détient désormais un pouvoir d'approbation préalable en application de l'article 218 du traité de Lisbonne. Enfin, l'intervention du Parlement européen sur le fondement de la codécision peut contribuer à améliorer la qualité des textes. C'est en tous les cas ce qui ressort de la « directive retour ». Outre le caractère sensible du texte, sa qualité rédactionnelle, qui tranche avec les directives adoptées préalablement, peut être attribuée à l'intervention de l'institution parlementaire. Si cela contribue à améliorer la lisibilité d'un droit souvent frappé d'imprécision, cela augmente corrélativement la sécurité juridique des destinataires. Les futurs développements de la politique migratoire permettront de mieux analyser le rôle du Parlement européen dans le processus de décision et de confirmer ou d'infirmer les hypothèses avancées ci-dessus.

La modification du rôle de la Cour de justice et la généralisation de la procédure de codécision constituent deux nouveaux paramètres qui doivent désormais guider l'analyse du développement de la politique migratoire de l'Union européenne. Ils constituent des transformations importantes qui ont pour effet de limiter la mainmise des États membres sur la mise en œuvre de la politique. Au-delà des aspects institutionnels, la politique migratoire de l'Union européenne est désormais confrontée à un autre défi, celui de son adaptation à un environnement en mutation constante qui impose de réglementer des pans entiers de la politique que les États membres ont jusqu'à présent refusé d'aborder en commun. Si cela concerne au premier chef la question de l'immigration de travail, l'intégration des ressortissants de pays tiers et la régularisation des personnes en situation irrégulière sont deux aspects déterminants qu'une politique véritablement commune ne peut ignorer.

L'adoption de règles communes dans le domaine de l'immigration de travail s'impose pour trois raisons principales. La première concerne les perspectives démographiques. À l'horizon 2050, et en l'absence d'immigration, l'Union européenne devrait enregistrer une perte de 66 millions de travailleurs. Dans ce contexte, l'ouverture des canaux d'immigration légale constitue une solution permettant de limiter les effets économiques et sociaux, potentiellement catastrophiques, du vieillissement de la population européenne. La seconde raison, intimement liée à la première, est qu'en l'absence de politique commune l'Union européenne n'est pas et ne sera pas en capacité d'attirer les migrants dont elle a besoin sur son territoire. Cela implique de dépasser l'approche sectorielle et minimale actuelle et définir des règles communes relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des membres de leur famille en vue de l'exercice d'une activité économique. En pratique, un travailleur souhaitant immigrer avec sa famille dans l'Union européenne est

confronté à 27 législations différentes quand les Etats-Unis, le Canada ou l'Australie proposent un système unique de règles. La troisième raison concerne l'urgence d'établir une véritable politique extérieure de l'immigration de travail à destination de nos plus proches voisins. En effet, alors que l'Union européenne devra faire face, plus ou moins rapidement, à un effondrement de sa démographie, les pays de la rive Sud de la Méditerranée doivent quant à eux juguler les effets d'une situation inverse. Confrontés à une démographie croissante, ces pays tiers ne sont pas toujours en capacité d'offrir des emplois à leurs ressortissants, et, quand ils le sont, les emplois offerts ne correspondent pas toujours aux qualifications acquises. En conséquence, les ressortissants de pays tiers sont tentés de chercher une activité économique en dehors de leur pays d'origine. L'ensemble de ces raisons plaide, d'une part, pour la définition de règles communes relatives aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des travailleurs ressortissants de pays tiers dans l'espace commun et l'établissement, d'autre part, de partenariats spécifiques avec les voisins immédiats de l'Union européenne pour que la gestion des flux migratoire profite aux migrants, aux pays d'origine et aux Etats membres d'accueil. La définition de règles et de procédures d'admission et de séjour des ressortissants de pays tiers doit donc être perçue comme une partie intégrante de la politique migratoire de l'Union européenne et conçue dans le cadre de cette dernière. Elle doit à long terme poser la question de la validité du système ainsi proposé et interroger sur la possibilité de prévoir et d'établir un régime nouveau reposant sur la règle de la liberté de circulation.

L'intégration des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres constitue un second défi qui n'a jusqu'à présent pas été pris en compte à sa juste valeur. Il a tout d'abord été abordé de manière indirecte, limitative et désordonnée. Ainsi, les directives adoptées dans le domaine de l'asile et de l'immigration consacrent des dispositions relatives à l'accès au marché de l'emploi et à l'égalité de traitement. Seulement, les règles adoptées consacrent des mécanismes différents et laissent aux Etats membres d'importantes marges de discrétion dans leur mise en œuvre. Ensuite, si le sujet de l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les sociétés d'accueil s'est progressivement imposé comme un thème à prendre en considération, son développement n'a été assuré qu'au travers d'instruments juridiquement non contraignants. L'intensification des flux migratoires en direction de l'Union européenne et entre les Etats membres de l'Union européenne posera inévitablement la question de l'intégration des ressortissants de pays tiers. Or, ce domaine est un chantier tout aussi difficile, sinon plus difficile, que celui portant sur la régulation des flux migratoires dans la mesure où il mobilise des compétences importantes ayant des incidences sociales capitales. Quoi qu'il en soit, la question de l'intégration est capitale car elle constitue un enjeu fondamental pour les populations migrantes et de l'Etat d'accueil, la stabilité et la sécurité des sociétés d'accueil et partant le maintien de la démocratie. La limitation introduite par l'article 79.4 du traité de Lisbonne dans ce domaine est regrettable. Elle ne doit en aucun cas évacuer le débat et l'action qui font partie intégrante d'une véritable politique commune d'immigration et d'asile dans l'Union européenne.

Enfin, une politique commune peut-elle durablement ignorer ou faire l'impasse sur la question de la régularisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière ? Une politique peut-elle vraiment être commune lorsque les Etats membres conservent un pouvoir totalement discrétionnaire dans ce domaine ? La réponse est négative. En conséquence, le débat relatif aux régularisations doit quitter le terrain du discours politique pour gagner celui du droit. Si le traité de Lisbonne contient une base juridique pour agir dans ce domaine, il ne semble pas que, pour l'heure, les Etats membres soient disposés à franchir le pas d'une réglementation commune portant sur des critères et conditions de régularisation. L'approfondissement de l'action commune dans le domaine de la politique migratoire ne pourra durablement ignorer ce versant et imposera, vraisemblablement à long terme, l'action juridique. Ce jour là, la politique aura atteint sa pleine maturité car l'exercice de la compétence dans le domaine de la régularisation aura pour effet de « boucler la boucle ». De la gestion des frontières extérieures aux règles d'admission, en passant par la protection internationale, le droit de l'Union européenne aura alors conquis le dernier bastion des souverainetés nationales.

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la politique migratoire de l'Union européenne entre dans une nouvelle phase qui correspond à l'approfondissement de l'existant et à la nécessité de mettre un terme à ses déséquilibres. Si cette phase doit désormais prendre en considération les éléments énoncés ci-dessus, elle doit impérativement être accompagnée d'une réflexion de fond portant sur le respect des droits fondamentaux. Cette problématique n'a pas été correctement abordée jusqu'à présent, en raison de la prééminence des objectifs liés à la sécurité des frontières et du report de cette responsabilité sur les Etats membres dans le cadre de la mise en œuvre des règles communautaires. Or, la politique européenne pose déjà un ensemble de questions sur ce plan sans que des réponses claires y soient toujours apportées. Quelle est la position de l'Union européenne et de ses Etats membres vis-à-vis des migrants interceptés dans les eaux internationales et dont la protection doit être assurée ? Comment réagir face aux carences de certains Etats membres qui ne respectent pas la dignité des demandeurs d'asile ? L'Union européenne peut-elle continuer à négocier des accords de réadmission avec des pays tiers ou des régimes politiques qui ne présentent pas toutes les garanties en matière de protection des droits fondamentaux des migrants ? Le développement de la politique européenne situe désormais l'Union aux avants postes de la problématique. Elle ne pourra durablement pas se cacher derrière les Etats membres et va devoir aborder la thématique dans toute sa dimension, c'est-à-dire dans l'élaboration et l'application des règles. Cette réflexion et l'action qui doit nécessairement l'accompagner sont décisives, car la crédibilité de la politique migratoire de l'Union européenne se joue ici.

En permettant l'émergence d'une politique migratoire de l'Union européenne, le traité d'Amsterdam a ouvert un chantier inédit dans l'histoire de la construction européenne, celui de la création et de l'établissement d'une politique publique sans

équivalent dans les sociétés humaines contemporaines. Cette politique, dont l'Union européenne acquiert progressivement la responsabilité, doit assurer une régulation des flux migratoires tout en garantissant la protection des droits fondamentaux du migrant. Cela implique de définir un projet politique et des moyens d'actions qui couvrent l'intégralité du phénomène migratoire et de ses effets. L'enjeu est de taille mais il est une condition de la sauvegarde des équilibres politiques, économiques, sociaux et humains de l'Union européenne et des pays tiers.



BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX – MANUELS

- BERTRAND G. « La prise de décision dans l'Union européenne », La Documentation Française, Collection Réflexe Europe, Paris, 1998, 155 p.
- BLUMANN C. et DUBOIS L. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Manuel, LITEC-LexisNexis, Paris, 2007, 3^{ème} édition, 653 p.
- BRAIBANT G. « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Editions du Seuil, 2001, 330 p.
- CARTIER J.-L. « Code de la Convention européenne des droits de l'homme », Juriscode, LexisNexis-Litec, Paris, 2005, 429 p.
- CHOPIN T. et FOUCHER M. « L'état de l'Union 2009. Rapport Schuman sur l'Europe », Centre for European Studies & Fondation Robert SCHUMAN, Editions Lignes de Repères, Paris, 2009, 267 p.
- CLOOS J., REINESCH G., VIGNES D. et WEYLAND J. « Le traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires », BRUYLANT, Bruxelles 1994, 814 p.
- CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D. (Sous la direction de) « Traité institue la CEE. Commentaire article par article », ECONOMICA, Paris, 1992, 1648 p.
- CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D. « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », Economica, Paris, 1995, 1000 p.
- CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. et SIMON D. (sous la direction de) « Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaires article par article », ECONOMICA, Paris, 2007, 1024 p.

- CORNU G. « Vocabulaire juridique », P.U.F., Paris, 2000, 925 p.
- DEGRYSE C. « Dictionnaire de l'Union européenne », De Boeck Université, Paris, Bruxelles, 1998, 2^{ème} édition, 798 p.
- DE RUYT J. « L'Acte unique européen », Etudes européennes, Collection dirigée par l'Institut d'Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989, 389 p.
- DONY M. et BRIBOSIA E. « Commentaire de la Constitution de l'Union européenne », Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2005, 451 p.
- DOUTRIAUX Y. et LEQUESNE C. « Les institutions de l'Union européenne », 4^{ème} édition, La Documentation Française, Collection Réflexe Europe, Paris, 2001, 179 p.
- FAVRET J.-M. « Droit et pratique de l'Union européenne », Gualino Editeur, Paris, 2005, 5^{ème} édition, 678 p.
- HASSENTEUFEL P. « Sociologie de l'action politique : l'action publique », Armand COLIN, Paris 2008, 294 p.
- ISAAC G. et BLANQUET M. « Droit communautaire général », Armand Colin, 8^{ème} édition, 2001, 395 p.
- JACQUE J.-P. « Droit institutionnel de l'Union européenne », Dalloz, Paris, 2001, 663 p.
- LEGER P. (sous la dir. de) « Commentaires article par article des traités UE et CE », Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Genève - Munich, Dalloz, Paris, BRUYLANT, Bruxelles, 2000, 2060 p.
- LEJEUNE Y. (Etude coordonnée par) « Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions », Université Catholique de Louvain, Collection de l'Institut d'Etudes Européennes, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 512 p.
- LOUIS J.-V. et DONY M. (sous la direction de) « Relations extérieures », Commentaires J. MEGRET, n° 12, Editions de l'Université de Bruxelles, Etudes européennes, Bruxelles, 2005, 643 p.
- MANIN P. « L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux », PEDONE, Paris 2005, 575 p.
- PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « La Constitution européenne. Textes et commentaires », La Documentation Française, Paris, 2005, 510 p.
- PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D. « Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE) », La documentation française, Paris, 2008, 523 p.
- RENUCCI J.-F. « Traité de droit européen des droits de l'homme », L.G.D.J., Paris, 2007, 1135 p.
- RIDEAU J. « Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes », L.G.D.J., Paris, 2006, 5^{ème} édition, 1281 p.
- RODIERE P. « Droit social de l'Union européenne », L.G.D.J., Paris, 2008, 698 p.
- SAURON J.-L. « Cours d'institutions européennes. Le puzzle européen », Gualino éditeur, Paris, 2000, 400 p.
- SAURON J.-L. « Comprendre le Traité de Lisbonne », Gualino Editeur, Paris 2008, 351 p.
- SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Collection droit fondamental, Paris, 1997, 3^{ème} édition, 779 p.

- SIMON D. « Le système juridique communautaire », P.U.F., Paris, 2001, 3^{ème} mise à jour, 779 p.
- SNYDER F. « Droit de la politique agricole commune », ECONOMICA, Paris, 1987, 241 p.
- SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », PUF, Coll. Droit Fondamental, Paris, 2005, 715 p.
- SUDRE F. « Droit européen et international des droits de l'homme », P.U.F., Coll. Droit Fondamental, Paris, 2008, 9^{ème} édition, 843 p.
- WALLACE H. & WALLACE W. « Policy Making in the European Union », Oxford University Press, Fourth Edition, 610 p.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS – THÈSES – TRAVAUX COLLECTIFS

- APAP J. (edited by) « Freedom of Movement of Persons. A Practitioners's Handbook », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - New York, 2002, 507 p.
- BADIE B., BRAUMAN R., DECAUX E., DEVIN G. et WIHTOL DE WENDEN C. « Pour un autre regard sur les migrations. Construire une gouvernance mondiale », Coll. Sur le Vif, La découverte, Paris, 2008, 126 p.
- BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p.
- BAROU J. « Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration », Presses Universitaires de Grenoble, 2001, 175 p.
- BAUBÖCK R., ERSBØLL E., GROENENDIJK K. & WALDRAUCH H. (Eds.) « Acquisition and Loss of Nationality », IMISCOE Research, Amsterdam University Press 2006, Volume I, 499 p., pp. 385-410
- BENOIT L. « Les piliers intergouvernementaux dans la construction européenne. L'antagonisme des démarches de coopération et de communautarisation », Thèse, Tours, 2000, 758 p.
- BERGER N. « La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, 269 p.
- BERNARD P. « Immigration : le défi mondial », Gallimard, Paris 2002, 346 p.
- BERTHELET P. « Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne », P.I.E.-Peter Lang, Bruxelles, 2003, 324 p.
- BEURDELEY L., DE LA BROSSE R., MARON F. (sous la direction de) « L'Union européenne et ses espaces de proximité », BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 372 p.
- BIEBER R. & MONAR J. « Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar », European Interuniversity Press, Brussels, 1995, 437 p.
- BLANQUET M. « L'article 5 du traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté » L.G.D.J. 1994, 502 p.
- BOCCARDI I. « Europe and Refugees. Towards an EU Asylum Policy », European Monographs, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - New York, 2002, 233 p.

- BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p.
- BONNEFOI S. « Europe et sécurité intérieure. TREVI – Union européenne – Schengen », DELMAS, Paris, 1995, 180 p.
- BOUDOT G. « La libre circulation des personnes et les droits fondamentaux dans l'Union européenne », Thèse, Pau 2000, 878 p.
- BOUTEILLET-PAQUET D. « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, Paris, 2001, 396 p.
- BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p.
- BOSKOVITS K. « Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives de la Communauté européenne et ses Etats membres », ANT. N. SAKKOULAS/BRUYLANT, ATHENES-BRUXELLES 1999, 876 p.
- BOT S. « Le mandat d'arrêt européen », Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Larcier, Bruxelles, 2009, 724 p.
- BRAUM S. et WEYEMBERGH A. (Edité par) « Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2009, 348 p.
- BRIBOSIA E. et REA A. (sous la direction de) « Les nouvelles migrations. Un enjeu européen », Editions Complexes, Bruxelles, 2002, 285 p.
- BRIBOSIA E., DARDENNE E., MAGNETTE P., WEYEMBERGH A. (sous la dir. de) « Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites », BRUYLANT, Bruxelles, 1999, 256 p.
- BROUWER E. « Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 566 p.
- BUNYAN T. (ed.) « Key texts on justice and home affairs in the European Union, Volume 1 (1973-1993) From Trevi to Maastricht », Statewatch, 1997
- BYRNE R., NOLL G. & VEDSTED-HANSEN J. « New Asylum Countries ? Migration Control and Refugee protection in an Enlarged European Union », Kluwer Law International, The Hague - London - New York, 2002, 463 p.
- CARLIER J.-Y. et VANHEULE D., HULLMANN K., PENA GALIANO C. « Qu'est ce qu'un réfugié ? », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 859 p.
- CARLIER J.-Y. « La condition des personnes dans l'Union européenne », Précis de la Faculté de Droit de l'université de catholique de Louvain, Larcier, Bruxelles, 2007, 485 p.
- CARLIER J. Y. et DE SCHUTTER O. (sous la dir. de) « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 312 p.
- CARLIER J.-Y. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p.
- CARLIER J.-Y. et GUILD E. « L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E. », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 322 p.

- CARLIER J.-Y. « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », Académie de Droit International de La Haye, Tome 332 (2007), Tiré à part du *Recueil des cours*, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden/Boston, 2008, 354 p.
- CARPANO E. « Etat de droit et droits européens », L'Harmattan, Collection « Logiques juridiques », Paris, 2005, 662 p.
- CHEVALLIER-GOVERS C. « De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne » Thèse, Paris-II 1998
- CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R. & MAC DONALD E. (edited by) « International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges », T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p.
- CHRISTOPHE-TCHAKALOFF M.-F. (sous la direction de) « Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté : Essai de clarification », BRUYLANT, Bruxelles, 1999, 332 p.
- COLEMAN N. « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 395 p.
- CONDINANZI M., LANG A. & NASCIMBENE B. « Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons », MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden-Boston, 2008, 265 p.
- CONSTANTINESCO V. « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes », LG.D.J., Paris, 1974, 492 p.
- COUDRAY L. « La protection des données personnelles dans l'Union européenne », Thèse, Paris II, 2005, 732 p.
- COURNIL C. « Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales », L'Harmattan, collection Logiques Juridiques, Paris 2005, 740 p.
- DEN BOER M. (Edited by) « The Implementation of Schengen : First the Widening, Now the Deepening », I.E.A.P., Maastricht, 1997, 172 p.
- DEN BOER M. « Schengen's Final Days ? The incorporation of Schengen into the New TEU, External Borders and Information Systems », I.E.A.P., Maastricht, 1998, 174 p.
- DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile, 440 p.
- DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration / The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. « L'espace pénal européen : enjeux et perspectives », Institut d'Etudes Européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, 305 p.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. « Quelles réformes pour l'espace pénal européen ? », Institut d'Etudes Européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, 172 p.
- DE LOBKOWICZ W. « L'Europe de la Sécurité intérieure. Une élaboration par étapes », La Documentation française, notes et études documentaires, n° 5144-45, décembre 2001, 246 p.

- DI MANNO T. et ELIE M.-P. (Sous la direction de) « L'étranger : Sujet du droit et sujet de droits », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 318 p.
- DOLLAT P. « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 560 p.
- DUEZ D. « L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique », Institut d'études européennes, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2008, 280 p.
- FRANCK C. et DUCHENNE G. « L'Action extérieure de l'Union européenne. Rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 385 p.
- GAUTIER M. « L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 705 p.
- GROENENDIJK K., GUILD E. & MINDERHOUD P. « In Search of Europe's Borders », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/New York, 2003, 294 p.
- GUILD E. « Immigration Law in the European Community », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Volume 2, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2001, 370 p.
- GUILD E. & MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Volume 1, KLUWER LAW INTERNATIONAL, La Haye/Boston, 2001.
- GUILD E. & HARLOW C. (edited by) « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Oxford and Portland, 2001, 325 p.
- GUILD E. « The Legal Elements of European Identity. EU Citizenship and Migration Law », KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2004, 265 p.
- GUILD E. & MINDERHOUD P. (edited by) « Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2006, 424 p.
- HAILBRONNER K. « Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/Boston, 2000, 568 p.
- HENDERSON K. « The Area of Freedom Security and Justice in the Enlarged Europe », Palgrave Macmillan, Hampshire-New-York, 2005, 174 p.
- HERAN F. « Le Temps des immigrés. Essai sur le destin de la population française », La République des Idées, Editions du Seuil, Paris, 2007, 111 p.
- HREBLAY R. « Les accords de Schengen », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 194 p.
- JULIEN-LAFFERIERE F. « Droit des étrangers », P.U.F., collection droit fondamental, 2000, 550 p.
- JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p.
- JORDA J. « Le pouvoir exécutif de l'Union européenne », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001, 687 p.
- LAMBERT P. et PETTITI C. (éd.) « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Droit et Justice, BRUYLANT-NEMESIS, Bruxelles, 2003, 149 p.

- LAVENEX S & UCARER E.M. (edited by) « Migration and Externalities of European Integration », LEXINGTON BOOKS, Laham-Boulder-New York-Oxford, 2002, 232 p.
- LENAERTS K. « Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen », BRUYLANT, Bruxelles, 1988, 817 p.
- MELIS B. « Negotiating Europe's Immigration Frontiers », Kluwer Law International, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, 2001, 251 p.
- MICHEL V. « Recherche sur les compétences de la Communauté européenne », Thèse, Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2000, 783 p
- MONAR J. & MORGAN R. « The Third Pillar of the European Union. Cooperation in the field of justice and home affairs », College of Europe, European Interuniversity Press, Brussels, 1994, 245 p.
- MONJAL P.-Y. et NEFRAMI E. (Sous la direction de) « Le commun dans l'Union européenne », BRUYLANT, 2009, 236 p.
- NASCIMBENE B. (ed.) « L'éloignement et la détention des étrangers dans les Etats membres de l'Union européenne », GUILLERE Editore, Milan, 2001, 602 p.
- NERAUDAU E. « Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 791 p.
- PAPAGIANNI G. « Institutional and Policy Dynamics of the EU Migration Law », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 392 p.
- PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p.
- POELEMANS M. « La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne », BRUYLANT-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2004, 754 p.
- SABATIER M. « La coopération policière européenne », L'Harmattan, Paris, 2001, 510 p.
- SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V. (Sous la direction de) « Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative », Dalloz, Paris, 2009, 157 p.
- TANDONNET M. « Migrations. La nouvelle vague », L'Harmattan, Paris, 2003, 232 p.
- TANDONNET M. « La grand bazar ou l'Europe face à l'immigration », L'Harmattan, Paris, 2001, 260 p.
- TAULEGNE B. « Le Conseil européen », P.U.F., Paris 1993, 504 p.
- TCHEN V. et RENAULT-MALIGNAC « Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France », Juriscode, Litec - LexisNexis, Paris, Edition 2006, sp. 144
- URBANO DE SOUZA C. et DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p.
- SABATIER M. « La coopération policière européenne », L'Harmattan, Paris, 2001, 512 p.
- VALBOM I. « Frontières et libre circulation des personnes dans l'Union européenne », Thèse, Pau, 2007, 659 p.
- WALKER N. « Europe's Area of Freedom, Security and Justice », Oxford University Press, 2004, 289 p.

- WEIL P. « La France et ses étrangers. L'Aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours », Calmann-Lévy, Paris, 1991, 403 p.
- WEIL P. « La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations », Seuil, Paris, Coll. La République des Idées, 2005, 109 p.
- WEISS F. & WOOLDRIDGE F. « Free Movement of Persons within the European Community », European Monographs, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague - London - New York, 2002, 249 p.
- WEYEMBERGH A. « L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2004, 404 p.
- WIHTOL DE WENDEN C. « Faut-il ouvrir les frontières ? », Presses de Science Po, Paris, 1999, 113 p.

ARTICLES – COMMUNICATIONS – CHRONIQUES

- ACOSTA D. « The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law : is the European Parliament Becoming Bad and Ugly ? », EJML 2009, pp. 19-39
- ADAM A. « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération », R.T.D.E. 2006, pp. 411-437
- AKANDJI-KOMBE J.-F. « Accords de Schengen », Répertoire communautaire Dalloz
- AKANDJI-KOMBE J.-F. « Etrangers », Encyclopédie Dalloz Communautaire
- ALIBONI R. « The Geopolitical Implications of the European Neighbourhood Policy », European Foreign Affairs Review, Vol. 10, Issue 1, Spring 2005, pp. 1-16
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J. « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'association ? », Europe, Octobre 1998, pp. 3-7
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J. « La Cour de Strasbourg gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne ? », R.F.D.A., mai-juin 2006, pp. 566-576
- APAP J., DE BRUYCKER P., SCHMITTER C., DE SEZE S., RAY C. « Rapport de synthèse sur la comparaison des régularisations d'étrangers illégaux dans l'Union européenne » *in* DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2000, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile, 440 p., pp. 23-82
- AUBIN E. « Le système d'information Schengen, les visas de long séjour et le droit d'asile », LPA, 4 janvier 2000, n° 2, pp. 13 et s.
- AUBIN E. « Le juge administratif français face à l'application de la Convention de Schengen dans les dispositions sur le droit d'asile. Bilan juridictionnel de l'application en France des accords de Schengen » R.D.P. 2000, pp. 829-862
- AUVREY-FINCK J. « PESC », Juris-Classeur Europe, Fasc. 2600

- BALDACCINI A. « Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security : Framing Suspects with Biometric Documents and Databases », E.J.M.L. 2008, pp. 31-49
- BALDACCINI A. « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », EJML, 2009, pp. 1-17
- BARBOU DES PLACES S. « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », EUI, Working Paper LAW n° 2004/6, 30 p.
- BARBOU DES PLACES S. & OGER H. « Making the European Migration Regime : Decoding Member States' Legal Strategies », E.J.M.L., 2005, pp. 353-379
- BARAV A. « Le juge et le justiciable » *in* Scritti in onore di GUISEPPE FEDERICO MANCINI, Giuffrè, 1998, vol. II, 1033 p., pp. 1-74
- BARAV A. « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire » *in* « L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS », Dalloz, Paris, 1991, pp. 1-20
- BARRETT G. « Family matters : European Community law and third-country family members », C.M.L.R., vol. 40, n° 2, April 2003, pp. 369-421
- BARROT J. « Quel modèle de politique migratoire et d'asile pour l'Union européenne » *in* CHOPIN T. et FOUCHER M. « L'état de l'Union 2009. Rapport Schuman sur l'Europe », Centre for European Studies & Fondation Robert SCHUMAN, Editions Lignes de Repères, Paris, 2009, 267 p., pp. 113-118
- BATTJES H. & SPIJKERBOER T. « The Systematic Nature of the Common European Asylum System » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 263-277
- BENEDEK M. « From Neighbour to Member or Associate ? The Future of the European Union's Neighbourhood Policy », The Journal of European Affairs, vol. 1, n° 2, November 2003, pp. 19-24
- BENOIT L. « La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier : un nouveau volet des relations extérieures de l'Union », R.D.U.E. 2/2002, pp. 283-313
- BENZIMRA-HAZAN J. *in* Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, JDI, 2002, pp. 243-318, pp. 316-318
- BERNARD E. « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », Europe, Mai 2008, pp. 5-8
- BERRAMDANE A. « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne », R.D.U.E. 2006, pp. 243-272
- BERTHELET P. « Immigration et frontières extérieures, priorités... et défis pour la présidence française de l'Union européenne », R.M.C.U.E. 2008, pp. 499-506
- BEURDELEY L. « L'Union européenne et ses périphéries : entre intégration et nouvelle politique de voisinage », R.M.C.U.E., n° 492, octobre-novembre 2005, pp. 567-582
- BIEBER R. et HAAG M. « Parlement européen », Juris-Classeur Europe, Fasc. 211
- BILLET C. « Cohérence et différenciation(s) dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », R.M.C.U.E. 2008, pp. 680-684
- BIRKER M. « Première condamnation de la procédure française d'asile à la frontière », E.D.L., 2007, n° 23, pp. 26-27

- BLAKE N. « The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union » *in* GUILD E. & HARLOW C. (edited by) « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Oxford and Portland, 2001, 325 p., pp. 95-120
- BLANC H. « Schengen : le chemin de la libre circulation en Europe », R.M.C. 2001, pp. 722-726
- BLUMANN C. « Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen », R.T.D.E. 1988, pp. 23-59
- BLUMANN C. « Le Parlement européen et la comitologie : une complication pour la conférence intergouvernementale de 1996 », R.T.D.E. 1996, pp. 1-24
- BLUMANN C. « Aspects institutionnels », R.T.D.E. 1997, pp. 721-749
- BLUMANN C. « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne » *in* Mélanges Philippe ARDANT « Droit et politique à la croisée des cultures », L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 61-76
- BLUMANN C. « Une brèche dans la Communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau traité CE » *in* « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Dalloz, Paris, 2002, pp. 13-25
- BOELAERT-SUOMINEN S. « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », C.M.L.R., 2005, vol. 42, pp. 1011-1052
- BOELES P. « Introduction : Freedom, Security and Justice for All » *in* GUILD E. HARLOW C. « Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC law », Hart Publishing, Oxford - Portland 2001, 325 p., pp. 1-12
- BONICHOT J.-C. « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes », R.U.D.H. 1991, pp. 317-324
- BOTELLA A.-S. « La responsabilité du juge national », R.T.D.E. 2004, pp. 283-315
- BOUTEILLET-PAQUET D. « Protection subsidiaire : progrès ou recul du droit d'asile en Europe ? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne » *in* BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., sp. pp. 153-210
- BOUTEILLET-PAQUET D. « Evaluation de la proposition de directive européenne sur la notion de réfugié et la protection subsidiaire du point de vue de l'expérience des Etats membres » *in* BOUTEILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 79-94
- BOUTEILLET-PAQUET D. « EU regional protection programs : Enhancing protection in the region or barring access to the EU territory ? », Amnesty Internal, EU Office, September 2005, 3 p.
- BRANDL U. « Distribution of Asylum Seekers in Europe ? Dublin II Regulation determining the responsibility for examining an asylum Application » *in* DIAS URBANO DE SOUZA C. et DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 33-69
- BRIBOSIA E. « Le protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne » *in* LEJEUNE Y. (Etude coordonnée par) « Le traité d'Amster-

- dam. Espoirs et déceptions », Université Catholique de Louvain, Collection de l'Institut d'Etudes Européennes, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 498 p., pp. 189-194
- BRIBOSIA H. « Liberté, sécurité et justice : l'imbroglio d'un nouvel espace », R.M.C.U.E. 1/1998, pp. 27-54
- BRIBOSIA H. « La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres », *in* DONY M. et BRIBOSIA E. « Commentaire de la Constitution de l'Union européenne », Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2005, 451 p., sp. 47-82
- BRINKMANN G. « Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers » *in* GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law », Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, 325 p., pp. 241-266
- BRINKMANN G. « The Immigration and Asylum Agenda », E.L.J. 2004, pp. 182-199
- BRINKMANN G. « The Transposition of the Family Reunification Directive in Germany » *in* « Migratierecht en Rechtssociologie/ Migration Law and sociology of law », Collected essays in honour of Kees Groenendijk, Centrum voor Migratierecht en Instituut voor Rechtsociologie, 2008, 623 p., pp. 35-41.
- BRODIER H. « Premier visa pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'arrêt de la CJCE validant la directive relative au droit au regroupement familial (À propos de l'arrêt du 27 juin 2006, Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne) », EDL, 2006, n° 21, pp. 9-15
- BROUWER E. « Data Surveillance and Border Control in the EU : Balancing Efficiency and Legal Protection » *in* BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 137-154
- BROUWER E. « The Other Side of the Moon. The Schengen Information System and Human Rights : A Task for National Courts », CEPS Working Document n° 288, April 2008, 20 p.
- BULTRINI A. « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », R.T.D.H. 2002, pp. 5-43
- BURGORGUE-LARSEN L. « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », A.J.D.A. 2006, Actualité jurisprudentielle, pp. 2285-2288
- BURY C. « Politique étrangère et de sécurité commune », Répertoire Communautaire Dalloz
- BUZELAY A. « Enjeux économiques et stratégiques de l'immigration en Europe », R.M.C.U.E. 2008, pp. 657-663
- BYRNE R. « Remedies of Limited Effect : Appeals under the forthcoming Directive on EU Minimum Standards on Procedures », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 71-86
- CARLIER J.-Y. « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination » *in* Liber Amicorum Jacques PUTZEYS, Etudes de droit des transports, BRUYLANT, Bruxelles, 1996, pp. 15-35

- CARLIER J.-Y. « Pour la suppression des visas : du pas suspendu du gitan au temps des cigognes, de la libre circulation à la circulation libre », UCL/IEE, Documents, n° 5, 1997, 8 p.
- CARLIER J.-Y. « Rapport général » in CARLIER J.-Y. et VANHEULE D., HULLMANN K., PENA GALIANO C. « Qu'est ce qu'un réfugié ? », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 859 p., pp. 729-766
- CARLIER J.-Y. « La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte » in CARLIER J. Y. et DE SCHUTTER O. (sous la dir. de) « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, pp. 179-200
- CARLIER J.-Y. « Le développement d'une politique commune en matière d'asile » in URBANO DE SOUZA C. et DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 1-14
- CARLIER J.-Y. « Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger, la directive « qualification » in JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 289-322
- CARLIER J.-Y. « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », E.D.L., mai 2008, n° 26, pp. 13-19
- CARLIER J.-Y. et VAN SIMAEYS B. « Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice » in LEJEUNE Y. « (Etudes coordonnées par) « Le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 512 p., pp. 227-285
- CHALTIEL F. « L'ordre public devant la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de l'arrêt Olazabal du 26 novembre 2002 », R.M.C.U.E., n° 465, février 2003, pp. 120-123
- CHENEVIERE C. « L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris », C.D.E. 2004, pp. 567-589
- CHETAÏL V. « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis de Schengen », Europe, Août-Septembre 2006, pp. 4-8
- CHOLEWINSKI R. « Borders and Discrimination in the European Union », ILPA London & MPG Brussels, 2002, 76 p
- CHOLEWINSKI R. « No Right of Entry : the Legal Regime on Crossing the EU External Border » in GROENENDIJK K., GUILD E. & MINDERHOUD P. « In Search of Europe's Borders », KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/New York, 2003, 294 p., pp. 105-130
- CHOLEWINSKI R. « European Union Policy on Irregular Migrants : Human Rights Lost ? » in BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 159-192
- CHOLEWINSKI R. « Preventing Irregular Migration » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 95-119
- CHOLEWINSKI R. « International Labour and Human Rights Law and the Right of Irregular Migrants. Protection Gaps and Supplementary Approaches » in « Migratierecht en

- Rechtssociologie/ Migration Law and sociology of law », Collected essays in honour of Kees Groenendijk, Centrum voor Migratierecht en Instituut voor Rechtssociology, 2008, 623 p., pp. 399-408
- COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F. « A propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume Uni* (18 février 1999) », R.T.D.E. 1999, pp. 637-657
- COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F. « De l'office de la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : L'arrêt *Matthews* contre Royaume-Uni du 18 février 1999 », R.U.D.H. 1999, pp. 253-262
- CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. « Compétences communautaires », Répertoire Communautaire Dalloz
- CONSTANTINESCO V. « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam » in « Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives. Colloque, Universités de Paris I - Paris II - Bordeaux IV. Paris, 27 et 28 février 1998 », PEDONE, Paris 1999, 172 p., pp. 33-46
- CONSTANTINESCO V. « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [Grande Chambre], *Bosphorus airlines*, du 30 juin 2005) », C.D.E., 2006, pp. 363-378
- CORRADO L. « Negotiating the EU external Border », in BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 183-203
- COSTA-LASCOUX J. « De Schengen à Maastricht : libertés et contrôles dans l'Europe des citoyens » in *Mélanges offert à Georges LEVASSEUR*, LITEC, Paris 1992, pp. 129-138
- COSTELLO C. « The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ? », E.J.M.L., 2005, Vol. 7, n° 1, pp. 35-69
- COSTELLO C. « Metock : Free Movement and « Normal Family Life » in the Union », C.M.L.R. 2009, pp. 587-662
- COUSSIRAT-COUSTIERE V. « Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne et la convention européenne des droits de l'homme » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 791 p., pp. 207-230
- DASHWOOD A. « External relations provisions of the Amsterdam Treaty », C.M.L.R., vol. 35, n° 5, October 1998, pp. 1019-1045
- DE BELLESCIZE R. « La communautarisation rampante du droit pénal. A propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007 », *Revue Droit Pénal*, Janvier 2008, étude 2
- DE BRUYCKER P. « Vers un statut des ressortissants de pays tiers dans le traité d'Amsterdam : libre circulation ou discrimination ? » in BRIBOSIA E., DARDENNE E., MAGNETTE P., WEYEMBERGH A. (sous la dir. de) « Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites », BRUYLANT, Bruxelles, 1999, 256 p., pp. 227-248
- DE BRUYCKER P. « Vers une politique européenne d'immigration économique ? » in BRIBOSIA E. et REA A. (sous la direction de) « Les nouvelles migrations. Un enjeu européen », Editions Complexe, Bruxelles, 2002, 285 p., 157-182

- DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'immigration » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 472 p., pp. 1-95
- DE BRUYCKER P. « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 » *in* CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 417-424
- DE BRUYCKER P. « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile », *in* JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., 45-75
- DE BRUYCKER P. « Legislative Harmonization in European Immigration Policy » *in* CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R. & MAC DONALD E. (Edited by) « International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges », IOM-T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p., pp. 329-347
- DE BRUYCKER P. « Le traité de Lisbonne et les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », R.A.E., n° 2, 2007-2008, pp. 223-241.
- DE CAPITANI E. « Le Parlement européen et les Parlements nationaux face à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », RFAP, 2009, n° 129, pp. 35-43
- DE LA RICA J.-P. Commentaire de l'article 286 du traité CE *in* CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., SIMON D. (Sous la direction de) « Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaire article par article », ECONOMICA, Paris, 2007, 1024 p., pp. 821-824
- DE LOBKOWICZ W. « Quelle libre circulation des personnes en 1993 ? », R.M.C., n° 334, février 1990, pp. 93-102
- DEL SARTO R. A. & SCHUMACHER T. « From EMP to ENP : What's at Stake with the European Neighbourhood Policy towards the Southern Mediterranean ? », *European Foreign Affairs Review*, Vol. 10, Issue 1, Spring 2005, pp. 17-38
- DE SCHUTTER O. « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam » *in* LEJEUNE Y. (Etude coordonnée par) « Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions », Université Catholique de Louvain, Collection de l'Institut d'Etudes Européennes, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 498 p., pp. 153-187
- DENOEL X. « Les accords de réadmission du Benelux à Schengen et au-delà », R.T.D.E. 1993, pp. 635-653
- DENYSYUK V. « Politique de voisinage de l'Union européenne, quelques transformations sur le régime commercial régional en Europe », R.M.C.U.E. n° 485, février 2005, pp. 101-114
- DES NIERVENS P. « Les relations extérieures », R.T.D.E. 1997, pp. 801-812
- DESOLRE G., Observations sous l'arrêt de la Cour de justice, 9 juillet 1987, C.D.E. 1990, pp. 453-464
- DOLLAT P. « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », R.F.D.A. 2009, pp. 689-704

- DOUGLAS-SCOTT S. « A Tale of two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis », C.M.L.R. 2006, pp. 629-655
- DRYWOOD E. « Giving with one hand, taking with the other : fundamental rights, children and the family reunification decision », E.L.R. 2007, pp. 396-407
- EDSTRÖM Ö. « The Reception Conditions of Asylum Seekers : a Comment » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 149-155
- EL KAIM G. « Quelques remarques du point de vue du négociateur » *in* JULIEN-LAFFE-RIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 85-91
- ELSEN C. « Les structures administratives de Schengen » *in* PAULY A. (édité par) « Les accords de Schengen : abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques ? », I.E.A.P., 1993, pp. 19-26
- FLAMAND C. « La directive retour et la protection des droits fondamentaux », RDE, 2008, n° 148, pp. 177-192
- FLECHEUX G. et GAY MONTALVO E. « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne » *in* Mélanges en hommage à Louis Edmond PETITI, BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 791 p., pp. 381-394
- FLORE D. « Une justice pénale européenne après Amsterdam », J.T.D.E., n° 60, juin 1999, pp. 121-129
- FORSTER A. & WALLACE W. « Common Foreign and Security Policy » *in* WALLACE H. & WALLACE W. « Policy Making in the European Union », Oxford University Press, Fourth Edition, 610 p., pp. 461-491
- GASPARINI E. « L'étranger et le droit : essai de mise en perspective historique » *in* DI MANNO T. et ELIE M.-P. (Sous la direction de) « L'étranger : Sujet du droit et sujet de droits », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 318 p., pp. 17-24,
- GAUDIN H. « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux », R.A.E.-L.E.A 2006/1, pp. 83-92
- GAUTIER M. « Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle » *in* Etudes en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 69-82
- GAUTIER M. « Premiers pas hésitants dans l'élaboration d'une politique commune en matière d'immigration légale », JCP, Administration et Collectivités territoriales, n° 4, 19 janvier 2004, pp. 70-71
- GAUTIER M. « Etendue de la compétence de la Communauté pour exiger des Etats membres qu'ils instituent des sanctions pénales », JCP-Edition Générale, n° 50, 12 décembre 2007, II. 10207
- GAUTIER M. « Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit » *in* SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V. (Sous la direction de) « Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative », Dalloz, Paris, 2009, 157 p., pp. 39-51
- GAUTIER Y. « Accords de Schengen », Juris-classeur Europe, Fasc. 140

- GAUTIER Y., commentaire du titre VI du traité sur l'Union européenne *in* CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D., « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », *Economica*, Paris, 1995, 1000 p., pp. 813-859
- GAUTIER Y. « La compétence communautaire exclusive » *in* *Mélanges en hommage à Guy ISAAC*, Presses de l'Université de Sciences Sociales, Toulouse, 2004, 983 p., volume 1, pp. 165-190
- GIALDINO C. C. « Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam », *R.M.C.U.E. n° 2/1998*, pp. 89-124
- GIRERD P. « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », *R.T.D.E.* 1999, pp. 239-260
- GOODWIN-GILL G. S. « The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam » *in* GUILD E. & HARLOW C. (edited by) « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Oxford and Portland, 2001, 325 p., pp. 141-163
- GORI G. et KAUFF-GAZIN F. « L'arrêt Matthews : une protection globale des droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire ? », *Europe*, janvier 2000, pp. 4-8
- GORTAZAR C. « Abolishing Border Controls : Individual Rights and Common Control of EU External Borders » *in* GUILD E. & HARLOW C. (edited by) « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Oxford and Portland, 2001, 325 p., pp. 121-140
- GORTAZAR C. « Asylum Procedures » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 87-106
- GROENENDIJK K. « The directive on mutual recognition of expulsion decisions : symbolic or unbalanced politics ? » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 447-463
- GROENENDIJK K. « Legal Concepts of Integration in EU Migration Law », *E.J.M.L.* 2004, pp. 111-126
- GROENENDIJK K. « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration Law » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174
- GROENENDIJK K. « Citizens and Third Country Nationals : differential Treatment or Discrimination ? » *in* CARLIER J.-Y et GUILD E. « L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E. », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, 322 p., pp. 79-101
- GROENENDIJK K. « The Legal integration of potential citizens : Denizens in the EU in the final years before the implementation of the 2003 Directive on long-term resident third country nationals » *in* BAUBÖCK R., ERSBØLL E., GROENENDIJK K. & WALDRAUCH H. (Eds.) « Acquisition and Loss of Nationality », IMISCOE Research, Amsterdam University Press 2006, Volume I, 499 p., pp. 385-410
- GROENENDIJK K. « Family Reunification as a Right under Community Law », *E.J.M.L.*, 2006, pp. 215-230
- GUEYDAN C. « Cooperation between member States of the European Community in the fight against terrorism » *in* HIGGINS R. and FLORY M. « Terrorism and International Law », LSE/Routledge 1997, 396 p.

- GUILD E. « Jurisprudence of the European Court of Human Rights : Lessons for the EU Asylum Policy » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 329-342
- GUILD E. & PEERS S. « Deference or Defiance ? The Court of Justice's Jurisdiction over Immigration and Asylum » *in* GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam », HART Publishing, Portland, 2001, 325 p., pp. 267-289
- GUILD E. « The Border Abroad – Visas and Border Controls » *in* GROENENDIJK K., GUILD E., MINDERHOUD P. (edited by) « In Search of Europe's Borders », Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, volume 5, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague/London/New York, 2003, 294 p., pp. 87-104
- GUIRAUDON V. « The European and domestic dynamics of immigration law and politics and their effects on prospective and settled migrants » *in* « Migratierecht en Rechts-sociologie/ Migration Law and sociology of law », Collected essays in honour of Kees Groenendijk, Ceentrum voor Migratierecht en Instituut voor Rechts-sociology, 2008, 623 p., pp. 87-92.
- HAILBRONNER K. « Visa regulations and third-country nationals in EC law », C.M.L.R., vol. 31, n° 5, 1994, pp. 969-995
- HAILBRONNER K. « European immigration and asylum law under the Amsterdam treaty », C.M.L.R. vol. 35, n° 5, October 1998, pp. 1047-1067
- HAILBRONNER K. « One Single Procedure » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 107-112
- HAILBRONNER K. « Union Citizenship and Access to Social Benefits », C.M.L.R., vol. 42, n° 5, October 2005, pp. 1245-1267
- HAILBRONNER K. « The Directive on Minimum Standards on Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status » *in* JULIEN-LAFERRIERE F, LABAYLE H. et EDS-TRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 279-288
- HAILBRONNER K. « Proposition de Règlement portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile », Briefing note, Parlement européen, Direction générale Politiques Internes de l'Union, Département Thématique C, Droit des Citoyens et Affaires Constitutionnelles, PE. 410.691, 8 p.
- HAILBRONNER K. & THIERY C. « Schengen II and Dublin : Responsibility for asylum applications in Europe », C.M.L.R., 1997, Vol. 34, n° 4, pp. 957-989
- HALLESKOV L. « The Long-Term Residents Directive : A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality ? », E.J.M.L., 2005, vol. 7, pp. 181-201
- HANDOLL J. « Reception conditions of Asylum Seekers » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 113-148
- HARRIS N. « Les mouvements de personnes, entre économie et politique » *in* PECOUD A et DE GUCHTENEIRE P. (Sous la direction de) « Migrations sans frontières. Essais sur la libre circulation des personnes », Editions de l'UNESCO, Paris, 2009, 383 p., pp. 55-78

- HAYES B. « Killing me softly ? » Improving access to durable solutions : doublespeak and the dismantling of refugee protection in the EU », *Statwatch Analysis*
- HIJMANS H. « The European Data Protection Supervisor : the Institutions of the EC controlled by an Independent Authority », *C.M.L.R.*, 2006, pp. 1313-1342
- HOBGING P. « Integrated Borders Management at EU Level » *in* BALZACQ T. & CARRERA S. (edited by) « Security Versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future », CEPS, ASHGATE, 2006, 313 p., pp. 155-181
- HOBGING P. & KOSLOWSKI R. « 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 », Briefing Paper, European Parliament Civil Liberties, Justice and Home Affairs, February 2009, PE 410.681.
- HUBEAU F. « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz Communautaire*
- HURWITZ A. « Commentaires sur la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre Etats membres », *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 71-86
- JACQUE J.-P. « Le Conseil européen », *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 221
- JACQUE J.-P. « L'acte unique européen », *R.T.D.E.* 1986, pp. 575-612
- JACQUE J.-P. « Affaires intérieures et justice. Quelques réflexions », *R.M.C.U.E.* n° 3/1995, pp. 279-286
- JACQUE J.-P. « Le tribunal de première instance et la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union », *E.D.L.* n° 8, mai 2002, pp. 3-7
- JACQUE J.-P. « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures » *in* DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. « L'espace pénal européen : enjeux et perspectives », Institut d'Etudes Européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, 305 p., pp. 249-258
- JACQUE J.-P. « L'éternel retour. Réflexion sur la comitologie » *in* *Mélanges en hommage à Jean-Victor LOUIS*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles », 2003, Volume I, 659 p., pp. 211-224
- JACQUE J.-P. « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *R.T.D.E.* 2008, pp. 439-483
- JACQUE J.-P. « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne » *in* « Libertés, justice, tolérances », *Mélanges en hommage au Doyen COHEN-JONATHAN*, BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 1784 p., pp. 1007-1028
- JULIEN-LAFERRIERE F. « Le statut des personnes protégées » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 195-219
- JULIEN-LAFERRIERE F. et JOUANT N. « L'éloignement des ressortissants de pays tiers » *in* JULIEN-LAFERRIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 203-251
- JULIEN-LAFERRIERE F. « Rapport sur la transposition de la directive sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement » *in* CARLIER J.-Y. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 210-214

- JULIEN-LAFERRIERE F. « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », R.T.D.H. 2009, pp. 261-277
- KALVERBOER M.E., ZIJLSTRA A. E. & KNORTH E.J. « The Development Consequences for Asylum-Seeking Children living with the Prospect for five Years or more of Enforced Return to their Home Country », E.J.M.L. 2009, pp. 41-67
- KAUFF-GAZIN F. « L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », L.P.A., 2005, n° 234, pp. 9-21
- KAUFF-GAZIN F. « De la particularité du domaine JAI ou quand les raisons politiques prennent le pas sur les principes juridiques », Europe, mars 2005, comm. 68
- KAUFF-GAZIN F. « Exercice du droit au regroupement familial », Europe, Août-Septembre 2006, pp. 13-14
- KAUFF-GAZIN F. « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », Europe, Février 2009, pp. 3-6
- KJAER K. U. « How Many Borders in the EU ? » *in* GROENENDIJK K., GUILD E. & MINDERHOUD P. (Eds.) « In Search of Europe's Borders », Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, 294 p., pp. 169-189
- KLOTH K. « The Dublin Convention on Asylum – An Introduction » *in* MARINHO C. (edited by) « The Dublin Convention on Asylum. Its Essence, Implementation and Prospects » I.E.A.P. 2000, pp. 7-16
- KORTENBERG H. « La négociation du Traité. Une vue cavalière », R.T.D.E. 1997, pp. 709-719
- KOVAR R. « Compétences », Juris-Classeur Europe, Fasc. 420
- KRENC F. « La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention européenne des droits de l'homme », R.T.D.H. 2004, pp. 111-140
- KUIJPER P. J. « Some Legal Problems associated with the Communitarization of the Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen Acquis », C.M.L.R., Vol. 37, n° 2, April 2000, pp. 345-366
- KUIJPER P.-J. « The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution : Institutional Aspects », C.M.L.R. 2004, pp. 609-626
- LABAYLE H. « Coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », Encyclopédie Dalloz Communautaire
- LABAYLE H. « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », R.F.D.A. 1993, pp. 511-540
- LABAYLE H. « La libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam », A.J.D.A. 1997, pp. 923-935
- LABAYLE H. « L'Europe, la frontière et le droit » *in* LAFOURCADE M. (textes réunis par) « La Frontières des origines à nos jours », Actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, tenues à Bayonne, les 15, 16 et 17 mai 1997, PUB, pp. 501-510, sp. 508
- LABAYLE H. « La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », R.T.D.E. 1997, pp. 1-35
- LABAYLE H. « Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ? », R.F.D.A. 1997, pp. 242-269

- LABAYLE H. « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 1997, pp. 811-879
- LABAYLE H. « Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées (1^{ère} partie : les principes) », Europe, mars 1998, pp. 4-7
- LABAYLE H. « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de Justice : le cas de l'espace de liberté, de sécurité et de justice » in DONY M. et BRIBOSIA E. (sous la direction de) « L'avenir du système juridictionnel de l'UE après le traité de Nice », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2002
- LABAYLE H. « L'Union européenne et les droits fondamentaux. Un véritable espace de liberté ? » in « Au carrefour des droits », Mélanges en l'honneur du Louis BOULOIS, Dalloz, Paris, 2002, 901 p., pp. 581-593
- LABAYLE H., BOUTEILLET-PAQUET D., WEYEMBERG A., « La lutte contre l'immigration illégale » in DE BRUYCKER P. (sous la dir. de) « The Emergence of a European Immigration Policy / L'émergence d'une politique européenne d'immigration », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 371-442
- LABAYLE H. « Instruments et procédures de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques » in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. « Quelles réformes pour l'espace pénal européen ? », Institut d'Etudes Européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, 172 p., pp. 41-58
- LABAYLE H. « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne », CDE 2004, pp. 591-661
- LABAYLE H. « L'Union européenne et l'immigration : une véritable politique commune ? », in « Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits », Mélanges en l'honneur de Frank MODERNE, Dalloz, Paris 2004, 1264 p., pp. 1217-1233
- LABAYLE H. « La politique extérieure de l'Union européenne en matière de Justice et d'affaires intérieures : chimères ou réalité ? » in « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004, 823 p., pp. 681-699
- LABAYLE H. « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne » in JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Collection de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 11-43
- LABAYLE H. « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », R.T.D.E. 2006, pp. 1-46
- LABAYLE H. « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », CDE 2006, pp. 279-328
- LABAYLE H. « L'étranger dans l'Union européenne » in « Le droit à la mesure de l'Homme », Mélanges en l'honneur de Philippe LEGER, PEDONE, Paris 2006, 523 p., pp. 423-434
- LABAYLE H. « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », R.F.D.A., 2007, pp. 101-133
- LABAYLE H. et SUDRE F. « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif. Actualité jurisprudentielle », R.F.D.A. 2002, pp. 1103-1109
- LAGARDE P. « Nationalité », Répertoire international Dalloz

- LAMBERT P. « Propos introductifs » *in* LAMBERT P. et PETTITI C. (éd.) « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Droit et Justice, BRUYLANT-NEMESIS, Bruxelles, 2003, 149 p., pp. 13-16
- LANNON E. « Le Traité d'adhésion d'Athènes. Les négociations, les conditions de l'admission et les principales adaptations des traités résultant de l'élargissement de l'UE à vingt-cinq Etats membres », C.D.E. 2004, pp. 25-94
- LARAT F. « L'espace de liberté, de sécurité et de justice : défis et enjeux d'un projet aux implications multiples », R.F.A.P. 2009, pp. 9-14
- LAVENEX S. « Justice and Home Affairs and the EU's New Neighbours : Governance Beyond Membership ? » *in* HENDERSON K. « The Area of Freedom Security and Justice in the Enlarged Europe », Palgrave Macmillan, Hampshire-New-York, 2005, 174 p., pp. 89-109
- LECOURT R. « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts des 1963 et 1964 ? » *in* « L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS », Dalloz, Paris, 1991, pp. 349-361
- LENAERTS K. « Commentaire de l'article 152 » *in* CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D. (Sous la direction de) « Traité institue la CEE. Commentaire article par article », ECONOMICA, Paris, 1992, 1648 p., pp. 901-904
- LENAERTS L. « La genèse de Schengen » *in* FONTANAUD D. « Les Accords de Schengen », Problèmes Politiques et Sociaux, La Documentation Française, n° 763-764, 15 mars 1996
- LENAERTS K. et VAN YPERSELE P. « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », C.D.E. 1994, pp. 3-85
- LEPESANT G. « L'Union européenne et son voisinage : vers un nouveau contrat », Politique étrangère, n° 4/2004, pp. 765-780
- LEPOIVRE M. « Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996 », C.D.E. 1995, pp. 323-349
- LESOBRE O. « Diversité et enchevêtrement des bases juridiques des accords passés par la Communauté » *in* CHRISTOPHE-TCHAKALOFF M.-F. (sous la direction de) « Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté : Essai de clarification », BRUYLANT, Bruxelles, 1999, 332 p., sp. 37-61
- LEVRAT N. « Le pari fédéraliste du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Etude du système de partage des compétences » *in* MAGNETTE P. « La Grande Europe », Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2004, 403 p., pp. 21-40.
- LISSOUK F.-F. « Le contrôle juridictionnel des refus de visas : tendances permanentes et évolutions récentes », L.P.A., 19 juin 2003, n° 122, pp. 4-14.
- LO MONACO A. « Les instruments juridiques de coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures », R.T.D.E. 1997, pp. 11-21
- LOUIS J.-V. « La compétence de la CE de conclure des Accords internationaux » *in* LOUIS J.-V. et DONY M. (sous la direction de) « Relations extérieures », Commentaires J. MEGRET, n° 12, Editions de l'Université de Bruxelles, Etudes européennes, Bruxelles, 2005, 643 p., pp. 57-75
- LOUIS J.-V. « Parallélisme des compétences et compétences explicites » *in* FRANCK C. et DUCHENNE G. « L'Action extérieure de l'Union européenne. Rôle global, dimen-

- sions matérielles, aspects juridiques, valeurs », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 385 p., pp. 255-281
- MAC CREIGHT M. V. « Smuggling of Migrants, Trafficking in Human Beings and Irregular Migration on a Comparative Perspective », E.L.J. 2006, pp. 106-129
- MAGRANER A. « Coexistence du Système d'Information de Schengen (SIS) et du Système d'information Européen (SIE) » *in* PAULY A. (Sous la direction de) « De Schengen à Maastricht : voie royale et course d'obstacles », I.E.A.P., 1996, 285 p., pp. 81-95
- MAHJOUB A. « La politique européenne de voisinage : un dépassement du partenariat euro-méditerranéen », Politique Étrangère, IFRI, n° 3-2005, pp. 535-544
- MAIANI F. « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne. Situation présente et perspectives de développement », R.T.D.E. 2002, pp. 283-309
- MAIANI F. & VEVSTAD V. « Reflection Note on the Evaluation of the Dublin System and on Dublin III Proposal », European Parliament, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, March 2009, PE 410.690, 10 p.
- MARINHO C. & HEINONEN M. « Dublin after Schengen : Allocating Responsibility for Examining Asylum Applications in Practice », *Jelescope*, 1998, n° 3, pp. 2-13
- MARTIN D. « La Cour de justice et le droit au regroupement familial : trop ou trop peu ? », R.T.D.H. 2008, pp. 595-609
- MARTINET P. « Commentaires de l'article 67 » *in* LEGER P. (sous la dir. de) « Commentaires article par article des traités UE et CE », Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Genève - Munich, Dalloz, Paris, BRUYLANT, Bruxelles, 2000, 2060 p., pp. 589-593
- MARTUCCI F. « La directive « retour » : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », R.T.D.E. 2009, pp. 47-67
- MARZANO L. « La protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme aux demandeurs d'asile et aux réfugiés », R.U.D.H., 29 novembre 2002, Vol. 15 n° 5-6, pp. 176-189
- MASSON B. « L'harmonisation des conditions du regroupement familial : la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (Note sous CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen *c/* Conseil de l'Union européenne) », R.T.D.E. 2006, pp. 673-685
- MASSON P. Les Accords de Schengen : du mythe aux réalités », Les Cahiers de la Sécurité Intérieure, n° 19, 1^{er} trimestre 1995, pp. 105-114
- MATTEI J.-B. « La pratique décisionnelle de la Communauté européenne au quotidien », R.A.E. n° 1/1993, pp. 49-52
- MEHDI R. « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu... », R.T.D.E. 2003, pp. 23-50
- MELONI A. « The Development of a Common Visa Policy under the Treaty of Amsterdam », C.M.L.R., 2005, n° 42, pp. 1357-1381
- MERINO M. « La réforme du contentieux des étrangers. Aspects positifs et négatifs d'une réforme contestée », Droit Administratif n° 2, Février 2008, étude 3
- MESTRE C. « Conseil des ministres », Répertoire communautaire Dalloz
- MICHALOWSKI I. & WALTER A. « Family Reunification between EC Law and National Integration Policy » *in* « Migratierecht en Rechtssociologie/ Migration Law and socio-

- logy of law », Collected essays in honour of Kees Groenendijk, Centrum voor Migratierecht en Instituut voor Rechtssoevereignty, 2008, 623 p., pp. 103-120.
- MICHEL V. « 2004 : le défi de la répartition des compétences », C.D.E. 2003, n° 1-2, pp. 17-86
- MICHEL V. « Droit pénal communautaire : le dragon aux pieds d'argile terrassé ? », L.P.A., 20 avril 2006, pp. 4-12
- MICHEL V. « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, Octobre 2006, pp. 4-8
- MICHEL V. et KAUFF-GAZIN F., *Europe*, Avril 2009, Comm. 155
- MOLCHANOV M. A. « Ukraine and the European Union : a Perennial Neighbour ? », *Journal of European Integration / Revue d'Intégration européenne*, vol. 26, n° 4, December 2004, pp. 451-473
- MONAR J. « The Evolving Role of the Union Institutions in the Framework of the Third Pillar » in MONAR J. & MORGAN R. « The Third Pillar of the European Union. Cooperation in the field of justice and home affairs », College of Europe, European Interuniversity Press, Brussels, 1994, 245 p., pp. 69-83
- MONAR J. « La mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : un défi pour l'Union européenne et pour les Etats membres », R.F.A.P. 2009, n° 129, pp. 15-34
- MONTAUD I. « La communautarisation du second et du troisième piliers du traité sur l'Union européenne, dans la perspective de la réforme institutionnelle de la CIG de 1996 », R.M.C. n° 408, mai 1997, pp. 335-348
- MONTREUIL J. « La coopération policière européenne » in *Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR « Droit pénal – Droit européen »* Gazette du Palais/Litec 1992, pp. 51-81
- MOULIER BOUTANG Y. « L'avenir des migrations vers l'Europe : changer de système migratoire et de paradigme » in BRIBOSIA E. et REA A. « Les nouvelles migrations européennes », Editions Complexe, Paris 2002, 285 p. pp. 75-91
- MOUTON J. D. « Ressortissants communautaires », *Encyclopédie Dalloz Communautaire*
- MYERS P. The Commission's Approach to the Third Pillar : political and organizational Elements » in BIEBER R. & MONAR J. « Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar », European Interuniversity Press, Brussels, 1995, 437 p., pp. 277-300
- NEFRAMI E. « Cour de justice, 7 février 2006, Avis 1/03 », R.A.E.-L.E.A. 2006/1 pp. 113-125
- NEMYRIA G. « L'Ukraine et l'Europe : l'histoire reprend », *Esprit*, février 2005, pp. 52-64
- NICOL QC A. « The Common Travel Area » in GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Volume 1, KLUWER LAW INTERNATIONAL, La Haye/Boston, 2001, pp. 83-89.
- NOLL G. « Visions of the Exceptional : Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones », *E.J.M.L.*, Vol. 5, Issue 3, 2003, pp. 303-341
- NOLL G. & VAN SELM J. « Rediscovering Resettlement », *Migration Policy Institute, Insight*, December 2003, n° 3, 30 p.
- NOLL G. « International Protection Obligations and the Definition of Subsidiary Protection in the EU Qualification Directive » in DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUY-

- CKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 183-194
- OAKESHOTT N. « The Developments in British Asylum Law in 2003 » *in* CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law : Current Debates. Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 658-674
- OBOKATA T. « EU Action against Trafficking of Human Beings : Past, Present and the Future » *in* GUILD E. & MINDERHOUD P. (edited by) « Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2006, 424 p., pp. 387-406
- O'NIONS H. « No Right to Liberty : The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience », *EJML*, 2008, pp. 149-185
- OOSTEROM-STAPLES H. « Regulating Labour Migration. The EU Saga on Third Country Nationals Seeking Access to the European Labour Market » *in* « Migratierecht en Rechtssociologie/ Migration Law and sociology of law », Collected essays in honour of Kees Groenendijk, Ceentrum voor Migratierecht en Instituut voor Rechtssociology, 2008, 623 p., pp. 121-130.
- PARDO S. & ZEMER L. « Towards a New Euro-Mediterranean Neighbourhood Space », *European Foreign Affairs Review*, Vol. 10, Issue 1, Spring 2005, pp. 39-77
- PASCOUAU Y « France. Rapport sur la transposition de la directive visant à compléter l'article 26 de la convention de Schengen » *in* CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates / Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 447-462
- PASCOUAU Y. « L'encadrement de la qualification des actes fondés sur l'acquis de Schengen » *in* Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN « Promenades au sein du droit européen », BRUYLANT, Bruxelles, 2008, 1030 p., pp. 307-325
- PASCOUAU Y. « Integration measures in France : an evolving process between integration and migration issues » *in* ERSBØLL E., KOSTAKOPOULOU D. & VAN OERS R. « Language and Integration Tests for Newcomers and Future Citizens ? », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010, p. 153-183
- PEAUCELLE J.-C. « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives », *R.F.D.A.*, juillet-août 1990, pp. 516-524
- PEERS S. « Building Fortress Europe : the Development of EU Migration Law », *C.M.L.R.*, 1998, pp. 1235-1272
- PEERS S. « Irregular Immigration and External Relations » *in* BOGUZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK (Eds.) « Irregular Migration and Human Rights : Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 193-219
- PEERS S. « Family Reunion and Community Law » *in* WALKER N. « Europe's Area of Freedom, Security and Justice », Oxford University Press, 2004, 289 p., pp. 143-197
- PEERS S. « The Future of the EU Judicial System and the EC Immigration and Asylum Law », *E.J.M.L.* 2005, pp. 263-274

- PEERS S. « Key Legislative Developments on Migration in the European Union », E.J.M.L., Volume 8, n° 3-4, 2006, pp. 321-356
- PEERS S. « Key Legislative Developments on Migration in the European Union : SIS II », E.J.M.L., 2008, pp. 77-104
- PEERS S. « Biometrics and visa applications », Briefing Paper, European Parliament, Directorate-General Internal Policies, Policy Department C, Citizens Rights and Constitutional Affairs, IP/C/LIBE/FWC/2005-xx, 8 p.
- PENNINX R., SPENCER D. & VAN HEAR N. « Migration and Integration in Europe : the State of Research », Centre on Migration, Policy and Society, Report, University of Oxford, 2008, 18 p.
- PESCATORE P. « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux. Enquête sur un problème virtuel », R.M.C.U.E., n° 466, mars 2003, pp. 151-159
- PETITE M. « Le traité d'Amsterdam : ambition et réalisme », R.M.C.U.E. n° 3/1997, pp. 17-52
- PETITE M. « Avis de temps calme sur l'article 189 A paragraphe 1 : point d'équilibre entre le droit d'initiative de la Commission et le pouvoir décisionnel du Conseil », R.M.C.U.E. 3/1998, pp. 197-206
- PEYROU-PISTOULEY S. « L'affaire *Marper c/ Royaume-Uni*, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne », R.F.D.A. 2009, pp. 741-757
- PIÇARRA N. « La mise en œuvre du protocole d'intégration l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne : règles et procédures » in DEN BOER M. « Schengen's Final Days ? The incorporation of Schengen into the New TEU, External Borders and Information Systems », I.E.A.P., Maastricht, 1998, 174 p., pp. 25-58
- PIÇARRA N. « Le développement d'une politique commune en matière d'asile » in URBANO DE SOUZA C. et DE BRUYCKER P. « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 15-21
- PIPKORN J. « Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte unique européen », Collected Courses of the Academy of European Law, European University Institute, Florence 1990 – vol. I-1, pp. 189-236
- PIPKORN J. « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », R.T.D.H. 1993, pp. 221-241
- PISSALOUX J.-L. et MINOT L. « De la nécessité d'aménager la règle du caractère non suspensif des recours devant le juge administratif français », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 222, pp. 34 et s.
- POLLET K. « Constructing a Common European Asylum System : An Analysis of the Commission Proposals on Minimum Standards on Asylum Procedures and Reception of Applicants for Asylum in the Member States », R.A.E.-L.E.A 2001-2005 n° 5, pp. 513-532
- PONZANO P. « Le processus de décision dans l'Union européenne », R.D.U.E. n° 1/2002, pp. 35-52
- RHATTAT R. « La dimension sécuritaire de la politique européenne de voisinage dans l'aire méditerranéenne » in BEURDELEY L., DE LA BROSSE R., MARON F. (sous la

- direction de) « L'Union européenne et ses espaces de proximité », BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 372 p., pp. 239-249.
- RAUX J. « Les compétences expressives de caractère général », *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 2204
- REDPATH J. « Biometrics and International Migration » *in* CHOLEWINSKI R., PERRU-CHOUD R. & MAC DONALD E. (Edited by) « International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges », IOM-T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p., pp. 427-445
- RIDEAU J. « Recours en annulation. Conditions de recevabilité », Fasc. 330, *Juris-Classeur Europe Traité*, 2008
- RIGAUX A. « Présentation générale » *in* CONSTANTINESCO V., JACQUE J.-P., KOVAR R., SIMON D. « Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article », *Economica*, Paris, 1995, 1000 p., pp. 1-50
- RITLENG D. « Le renvoi préjudiciel communautaire, modèle pour une réforme du système de protection de la CEDH ? », *E.D.L.*, n° 7, janvier 2002, pp. 3-7
- RODIER C. « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE – Synthèse et recommandation pour le Parlement européen », *Parlement européen, Direction générale pour les politiques externes de l'Union, Direction B, Département thématique*, doc PE374.366, 26 p.
- RODRIGUEZ S. « Quelques réflexions juridiques à propos de la démission de la Commission européenne. La responsabilité des institutions communautaires comme « manifestation ultime de la démocratie » », *R.M.C.* n° 430, juillet-août 1999, pp. 472-483
- ROIG A. « L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique », *R.M.C.U.E.*, n° 482, octobre-novembre 2004, pp. 590-596
- ROURE M. « Asile et immigration en Europe », *Fondation Jean JAURES*, note n° 21, 9 avril 2009, 8 p.
- SAURON J.-L. « Le traité d'Amsterdam : une réforme inachevée ? », *Dalloz*, 1998, pp. 69-78
- SCHAFFRIN D. « Which Standard for Family Reunification of Third-Country Nationals in the European Union ? » *in* CARLIER J.-Y. & DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 90-143
- SCHIEFFER M. « The Readmission of Third Country Nationals within Bilateral and Multilateral Framework » *in* DEN BOER M. (Edited by) « The Implementation of Schengen : First the Widening, Now the Deepening », I.E.A.P., Maastricht, 1997, 172 p., pp. 97-108
- SCHMITTER C., JULIEN-LAFERRIERE F., CARLIER J.-Y. « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour » *in* DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration / The Emergence of a European Immigration Policy », BRUYLANT, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 97-169
- SIMON D. « De l'Acte Unique au Marché Unique », *J.D.I.* 1989, pp. 265-304
- SIMON D. « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime moi non plus » ? », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, pp. 31-49
- SIMON D. « Les jeudis noirs de la Commission », *Europe*, février 1999, p. 3
- SKORDAS A. « Human Rights and Effective Migration Policies : an Uneasy Co-existence. The Conka judgement of the European Court of Human Rights » *in* DIAS URBANO DE

- SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 297-327
- SKOURIS V. « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels » *in* Liber Amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 798 p., pp. 59-78
- SLAMA S. « L'unité du droit des étrangers depuis la IIème République ou l'éternel recommencement ? » *in* SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V. (Sous la direction de) « Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative », Dalloz, Paris, 2009, 157 p., pp. 7-24
- SOULIER G. « Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaires en matière pénale », R.S.C. 1998, pp. 237-254
- SPIELMANN D. « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », R.T.D.H. 1996, pp. 685-711
- SPIJKERBOER T. « Full Circle ? The Personal Scope of International Protection in the Geneva Convention and the Draft Directive on Qualification » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 167-181
- SUDRE F. « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », J.C.P. n° 1-2, 1998, pp. 9-16
- SUDRE F. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », JCP-éd. Générale, n° 3, 16 janvier 2002, pp. 128-132
- SUDRE F. « La « conventionalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux », J.C.P. édition générale, n° 39, 28 septembre 2005, II 10128, pp. 1760-1764
- TENEBAUM J. « Vers une protection coordonnée des personnes déplacées au sein de l'Union européenne », *Europe*, janvier 1999, pp. 5-7
- THOMAS R. « Biometrics, International Migrants and Human Rights », E.J.M.L. vol. 7, 2005, pp. 377-411
- TIZZANO A. « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *Pouvoirs*, n° 48, 1989, pp. 81-95
- TOTH A.-G. « The European Union and Human Rights : the Way forward », C.M.L.R., Vol. 34, 1997, n° 3, pp. 491-529
- TOTH J. « Enlargement of the EU and Title IV » *in* PEERS S. & ROGERS N. (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, 1025 p., pp. 139-165
- TRAUNER F. & KRUSE I. « EC Visa Facilitation and Readmission Agreement : A New Standard EU Foreign Policy Tool ? », EJML 2008, pp. 411-438
- TRAVAGLIA B. « La non-conformité à l'égard de certains droits fondamentaux de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial des ressortissants de pays tiers. Quelques considérations sur un arrêt de la Cour de justice », R.M.C.U.E., 2008, pp. 325-334
- TULKENS F. « L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme », RUDH, 2000, pp. 50-57

- UNHCR (Submitted by) « Towards a Common European Asylum System » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 227-295
- URBANO DE SOUZA C. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux » *in* JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 127-139
- VAN DER JEUGHT S. et KOLOWCA I. « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *J.D.E.*, juin 2008, n° 150, pp. 175-176
- VAN DER KLAUW J. « Towards a Common Asylum Procedure » *in* GUILD E. & HARLOW C. « Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC law », Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, 325 p., pp. 165-193
- VAN DER KLAUW J. « Irregular Migration and Asylum Seeking : Forced Marriage or Reason for Divorce ? » *in* BOGUSZ B., CHOLEWINSKI R., CYGAN A. & SZYSZCZAK E. « Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 115-135
- VAN OMMESLAGUE P. et PIESSEVAUX V., « Marché intérieur », Encyclopédie Dalloz-Droit Communautaire
- VAN SELM J. « Immigration and Asylum or Foreign Policy : The EU's Approach to Migrants and Their Country of Origin » *in* LAVENEX S & UCARER E.M. (edited by) « Migration and Externalities of European Integration », LEXINGTON BOOKS, Laham-Boulder-New York-Oxford, 2002, 232 p., pp. 143-160
- VAN SELM J. « Immigration and Regional Security » *in* GUILD E. & VAN SELM J. « International Migration and Security », Routledge, London - New York, 2005, 280 p., pp. 11-27
- VAN SELM J. « European Refugee policy : is there such a thing ? », UNHCR Working Paper n° 115, may 2005, 26 p.
- VAN RAEPENBUSH S. « La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne : l'émergence juridique de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2007, pp. 573-621
- VAN VOOREN B. « EU-EC External Competences after the Small Arms Judgement », *E.F.A.R.* 2009, pp. 7-24
- VESTED-HANSEN J. « Abolition of Border Controls within the Nordic Region and Security of Residence in Denmark » *in* GUILD E. and MINDERHOUD P. (Eds.) « Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe », Kluwer Law International, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, 2001, pp. 91-102
- VESTED-HANSEN J. « Assessment of the Proposal for an EC Directive on the Notion of Refugee and Subsidiary Protection from the Perspective of International Law » *in* BOUTILLET-PAQUET D. (sous la direction de) « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la convention de Genève ? », BRUYLANT, Bruxelles, 2002, 883 p., pp. 57-78
- VEVSTAD V. « Comments : Four Major observations » *in* JULIEN-LAFFERIERE F, LABAYLE H. et EDSTRÖM Ö. (sous la direction de) « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 323-328

- VIGNES D. « Plaidoyer pour le IIIème pilier », R.M.C. 1996, n° 397, pp. 273-281
- VINCENZI S. « Reception conditions for Asylum Seekers : Comments » *in* DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'asile », BRUYLANT, Bruxelles, 2004, 344 p., pp. 157-166
- VON BOGDANDY & VON BERNSTORFF J. « The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Rights Architecture : the Legal Framework and some unsettled Issues in a new Field of Administrative Law », C.M.L.R. 2009, pp. 1035-1068
- VOHRA S. « Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers » *in* CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R. & MAC DONALD E. (edited by) « International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges », T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p., pp. 49-69
- WACHSMANN P. « Les droits de l'homme », R.T.D.E. 1997, pp. 883-902
- Waelbroeck M. et Speltdoorn O. « Annulation (Recours en) », Répertoire communautaire Dalloz
- Wallace W. « Looking after the Neighbourhood : Responsibilities for the EU-25 », Groupement d'études et de recherche Notre Europe, Policy Papers n° 4, juillet 2003, 30 p.
- WATHELET M. « La Cour de justice : acteur et objet des réformes du traité d'Amsterdam » *in* LEJEUNE Y. (Etudes coordonnées par) « Le traité d'Amsterdam », BRUYLANT, Bruxelles, 1998, 512 p., pp. 127-144
- YAKEMTCHOUK R. « L'Union européenne et Kaliningrad », R.M.C.U.E., mars 2003, pp. 160-166
- ZALETEL P. « Competing for Highly Skilled Migrants : Implications for the EU Common Approach on Temporary Economic Migration », E.L.J. 2006, pp. 613-635
- ZANGHI C. « Premières observations sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » *in* Mélanges offerts à Silvio MARCUS HELMONS, BRUYLANT, Bruxelles 2003, 397 p. pp. 375-393

MÉLANGES

- Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, Paris, 1991
- Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR « Droit pénal – Droit européen » Gazette du Palais/Litec, Paris, 1992
- Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT, Dalloz, Paris, 1996
- Liber Amicorum Jacques PUTZEYS, BRUYLANT, Bruxelles, 1996
- Mélanges en hommage à Louis Edmond PETITI, BRUYLANT, Bruxelles, 1998
- Scritti in onore di GIUSEPPE FEDERICO MANCINI, Giuffrè, 1998, vol. II,
- Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN, BRUYLANT, Bruxelles, 1998
- Mélanges Philippe ARDANT, L.G.D.J., Paris, 1999
- Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, BRUYLANT, Bruxelles, 1999
- Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Dalloz, Paris, 2002

- Mélanges en l'honneur du Louis BOULOUIS, Dalloz, Paris, 2002
- Mélanges en hommage à Jean-Victor LOUIS, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003
- Mélanges offerts à Silvio MARCUS HELMONS, BRUYLANT, Bruxelles 2003
- Mélanges en hommage à Guy ISAAC, Presses de l'Université de Sciences Sociales, Toulouse, 2004
- Mélanges en l'honneur de Frank MODERNE, Dalloz, Paris 2004
- Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, PEDONE, Paris, 2004
- Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, BRUYLANT, Bruxelles, 2004
- Mélanges en l'honneur de Philippe LEGER, PEDONE, Paris 2006
- Billets d'humeurs en l'honneur de Danièle LOCHAK, L.G.D.J., Paris, 2007
- Liber Amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF, BRUYLANT, Bruxelles, 2007
- Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN, BRUYLANT, Bruxelles, 2008
- Mélanges en l'honneur de Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, Paris, 2008
- Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS, Dalloz, Paris, 2009

RAPPORTS – ÉTUDES – AVIS

- Agence fédérale belge pour l'accueil des demandeurs d'asile, « L'accueil des demandeurs d'asile en Belgique : état du droit et de la pratique. Etude juridique comparative au regard de la directive du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres », Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile, Service juridique, avril 2004, 149 p.
- Agence FRONTEx, Rapport general 2005, 6 p.
- Agence FRONTEx, Rapport annuel 2006, 33 p.
- Agence FRONTEx, Rapport general 2007, 71 p.
- Agence FRONTEx, Rapport general, 2008, 46 p.
- Amnesty International « Returning « irregular » migrants : the human rights perspective. Amnesty International's comments on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, COM(2005) 391 final », May 2006, 11 p.
- Amnesty International, EU Office « Union européenne. La protection des réfugiés menacée. Bilan du programme de Tampere sur le droit d'asile. Juin 1999 – Mai 2004 », SF 04 R 39, juillet 2004, 19 p.
- Amnesty International « UK / EU / UNHCR. Unlawful and Unworkable – Amnesty International's Views on proposals for extra-territorial processing of asylum claims », IOR 61/004/2003, 38 p.
- Banque Mondiale / Commission européenne « Préparer l'avenir. Une perspective à long terme de la mobilité des personnes et des emplois pour le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord », Banque Mondiale, Washington, 2009, 132 p.

- CHOPIN T. et FOUCHER M. « L'état de l'Union 2009. Rapport Schuman sur l'Europe », Centre for European Studies & Fondation Robert SCHUMAN, Editions Lignes de Repères, Paris, 2009, 267 p.
- Commission européenne, Document de travail de la Commission « Une coopération accrue en matière de gestion des flux migratoires avec les pays tiers », SEC(2003) 815 du 09.07.2003.
- Commission européenne, Document de travail des services de la Commission JAI-B-1(2004)1372 du 18.02.2004
- Commission européenne « Biometrics at the Frontiers : Assessing the Impact on Society. For the European Parliament Committee on Citizens' Freedom and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE) », Technical Report Series, European Commission, Joint Research Centre (DG JRC), Institute for Prospective Technological Studies, 2005, EUR 21585 EN, 166 p.
- Commission européenne, Rapport de la Commission européenne au Conseil concernant la réciprocité à l'égard de certains pays tiers en matière d'exemption de visa conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 851/2005 du Conseil du 2 juin 2005 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, COM(2006) 3 final du 10.01.2006
- Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant le maintien de situations de non-réciprocité par certains pays tiers en matière d'exemption de visa conformément à l'article 1er paragraphe 5 du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation tel que modifié par le règlement (CE) n° 851/2005 en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, COM(2006) 568 final du 03.10.2006
- Commission européenne, Troisième rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le maintien de l'obligation de visa par certains pays tiers en violation du principe de réciprocité conformément à l'article 1er, paragraphe 5, du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, tel que modifié par le règlement (CE) n° 851/2005 en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, COM(2007) 533 final du 13.09.2007
- Commission européenne, Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le maintien de l'obligation de visa par certains pays tiers en violation du principe de réciprocité présenté conformément à l'article 1er, paragraphe 5, du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, tel que modifié par le règlement (CE) n° 851/2005 en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, COM(2008) 486 final du 23.07.2008
- Commission européenne « L'implication de la politique européenne de voisinage dans le cadre des contrôles aux frontières (Accords de réadmission, politique des visas, droits de l'homme) », Briefing Paper, Parlement européen, Direction générale Politiques internes

- de l'Union, Département thématique C, Droits de citoyens et Affaires Constitutionnelles, PE 393.284, Mars 2008, 66 p.
- Commission européenne, Document de travail de la Commission – Premier rapport annuel sur les activités de l'unité centrale d'Eurodac, SEC(2004) 557 du 05.05.2004
- Commission européenne, Document de travail de la Commission – Deuxième rapport annuel sur les activités de l'unité centrale d'Eurodac, SEC(2005) 839 du 20.06.2005
- Commission européenne, Document de travail de la Commission – Troisième rapport annuel sur les activités de l'unité centrale d'Eurodac, SEC(2006) 1170 du 15.09.2006
- Commission européenne, Commission staff working document accompanying the report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC(2007) 742 final du 06.06.2007
- Commission européenne, Document de travail de la Commission – Quatrième rapport annuel sur les activités de l'unité centrale d'Eurodac, SEC(2007) 1184 du 11.09.2007
- Commission européenne, Rapport annuel au Conseil et au Parlement européen sur les activités de l'unité centrale d'Eurodac en 2007, COM(2009) 13 final du 26.01.2009
- Commission européenne, Rapport annuel au Conseil et au Parlement européen sur les activités de l'unité centrale d'Eurodac, COM(2009) 494 final du 25.09.2009
- Conseil de l'Union européenne, Note d'information du Secrétariat général diffusée sous l'autorité de M. OREJA « Conférence intergouvernementale – Un espace de liberté de sécurité et de justice », SEC(96) 2004 du 29.10.1996
- Conseil de l'Union européenne, Rapport du groupe de réflexion présidé par Carlos WESTENDORP, « Conférence intergouvernementale de 1996. Rapport du groupe de réflexion et autres références documentaires », Bruxelles, décembre 1995, Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, OPOCE, Luxembourg, 1996
- Conseil de l'Union européenne « Conférence intergouvernementale en vue de la révision des traités. Semestre de la présidence irlandaise (juillet-décembre 1996). Recueil de textes », Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, OPOCE, Luxembourg 1997, 140 p.
- Conseil de l'Union européenne, « Le fonctionnement du Conseil dans la perspective de l'Union élargie », rapport dit « TRUMPF/PIRIS », 1999, 55 p.
- Conseil de l'Union européenne, Service juridique du Conseil, « Initiatives par les Etats membres – Lignes directrices du Service Juridique du Conseil », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat Général, Septembre 2000, 43 p.
- Conseil de l'Union européenne « Guide du Conseil – Manuel de la présidence », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, OPOCE, Luxembourg, 2001, 154 p.
- Conseil de l'Union européenne, Catalogue Schengen « Contrôles aux frontières extérieures, éloignement et réadmission : recommandations et meilleures pratiques », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, DG H, Février 2002, 56 p.
- Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général « UE-Catalogue Schengen. Système d'Information Schengen ; Sirene : recommandations et meilleures pratiques », Volume 2, Décembre 2002, 40 p. ;
- Conseil de l'Union européenne « Catalogue Schengen. Délivrance des visas : recommandations et meilleures pratiques », Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général, DG H, Volume 3, mars 2003, 28 p.

- Conseil de l'Union européenne, Secrétariat général « UE-Catalogue Schengen. Coopération policière : recommandations et meilleures pratiques », Volume 4, Juin 2003, 34 p.
- Contrôleur européen de la protection des données, Avis du 23 mars 2005 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour, JO C 181/13 du 23.07.2005
- Contrôleur européen de la protection des données, Avis du 19 octobre 2005 sur trois propositions concernant le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO C 91/38 du 19.04.2006
- Contrôleur européen de la protection des données, Avis du 20 janvier 2006 sur la proposition de décision du Conseil concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités des Etats membres compétentes en matière de sécurité intérieure et par Europol aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, JO C 97/6 du 25.04.2006
- Contrôleur européen de la protection des données, Avis du 27 octobre 2006 concernant la proposition de règlement modifiant les instructions consulaires communes adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction d'éléments d'identification biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, JO C 321/38 du 29.12.2006
- Contrôleur européen de la protection des données, Avis du 18 février 2009 sur la proposition de règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO C 229/1 du 23.09.2009
- Contrôleur européen de la protection des données, Avis du 18 février 2009 sur la proposition de règlement concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (CE) n° [...] (établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride) [COM(2008) 825], JO C 229/6 du 23.09.2009
- Convention sur l'avenir de l'Europe, Note introductive de la présidence du 11 novembre 1996, CONF/3976/96
- Convention sur l'avenir de l'Europe, Proposition de M. Antonio VITORINO, Commissaire, Membre de la Convention « Vers un traité unique pour la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ? », WG X, WD 14
- Cour de justice, Rapport annuel de La Cour de justice, 2007
- COURTOIS J. P., Rapport sur la proposition de règlement du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchise des frontières par les personnes, n° 170, Sénat, 2 février 2005
- DE LARY H. « Les fondements juridiques et les modalités pratiques du contrôle des mouvements migratoires dans le cadre de la C.E.E. après le 1^{er} janvier 1993 », OCDE/GD (93) 19, 23 p.

- DE LA MALENE C. « Bilan des travaux de la Conférence intergouvernementale après le Conseil européen de Dublin », Délégation du Sénat pour l'Union européenne, Rapport d'information n° 222, 1996/1997
- ECRE « Comments from the European Council and Refugee and Exiles on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, (COM(2005) 391 final), CO2/5/2006/ExtPC, May 2006, 19 p.
- ECRE Information Note on the Council Directive 2003/86/CE of 22 September 2003 on the right to family reunification, November 2003, IN3/10/2003/ext/MP, 9 p.
- ECRE « The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection », October 2008, 258 p.
- ECRE « Broken Promises – Forgotten Principles. An ECRE Evaluation of the Development of EU Minimum Standards for Refugee Protection. Tampere 1999 – Brussels 2004 », 2004, 40 p.
- ECRE « Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe : Dublin Reconsidered », March 2008, 34 p.
- GROENENDIJK K., GUILD E., BARZILAY R. « Le statut juridique des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dans un Etat membre de l'Union européenne », Commission européenne, Direction générale de la justice et des affaires intérieures, OPOCE, Luxembourg, 2001, 125 p.
- House of Lords, « Schengen Information System II (SIS II) », European Union Committee, Report with Evidence, HL Paper 49, 2 mars 2007, 141 p.
- House of Lords « Handling EU asylum claims : new approaches examined », European Union Committee, Report with evidence, 30 April 2004, HL paper 74, 71 p.
- House of Lords « Fighting illegal immigration : should carriers carry the burden ? », European Union Committee, Report with Evidence, 5th Report of Session 2003-04, HL Paper 29, 29 p.
- House of Lords « Illegal Migrants : proposals for a common EU returns policy », European Union Committee, Report with Evidence, 32nd Report of Session 2005-06, HL Paper 166, 230 p.
- Human Rights Watch « The Netherlands : Discrimination in the Name of Integration. Migrant's Rights under the Integration Abroad Act », May 2008, Number 1, 46 p.
- LABAYLE H. et PASCOUAY Y. « Directive 2003/86/CE on the Right to Family Reunification-Synthesis Report », 2007, 182 p. (Commission européenne)
- LASSEN N. M. & EGESBERG L., VAN SELM J. & TSOLAKIS E., DOOMERNIK J. « The transfer of protection status in the EU, against the background of the common European asylum system and the goal of a uniform status, valid throughout the Union, for those granted asylum », European Commission, 197 p., 2004,
- LEGOMSKY S. H. « Legal and Protection Policy Research Series. Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries : the Meaning of Effective Protection », UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/01, February 2003, 103 p.
- HAZAN A., Rapport sur le rapport du Conseil sur les priorités et objectifs de l'UE pour les relations extérieures relatives à la justice et aux affaires intérieures, 21 novembre 2001, A5-0414/2001

- MARIANI T., Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, Assemblée nationale, rapport n° 1238, 19 novembre 2003, 85 p.
- MARIANI T. « Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration », Assemblée nationale, Rapport n° 3042, 12 avril 2006, 171 p.
- MARIANI T., Rapport d'information sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne, Rapport n° 3502, 6 décembre 2006, Assemblée nationale, 150 p.
- MARIANI T., Rapport d'information « Politique européenne des visas : vers des consulats européens ? », Assemblée nationale, Rapport n° 3764, 21 février 2007, 65 p.
- MARIANI T. « Rapport d'information sur le politique européenne d'asile », Assemblée nationale, n° 817, douzième législature, 141 p
- MARIANI T., Rapport sur la création d'une l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres, n° 1477, 3 mars 2004, 28 p.
- NOLL G., FAGERLUND J. & LIEBAUT F. « Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims outside the EU against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of the Common Asylum Procedure », European Community, 2002
- ONU, « Replacement Migration : Is it a Solution to Declining and Ageing Populations ? », Population Division, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Secretariat, 2000, ESA/P/WP. 160
- Parlement européen, Rapport du Parlement européen sur le traité d'Amsterdam, Commission institutionnelle, co-rapporteurs MENDEZ DE VIGO I. & TSATSOS D., A4 - 0347/97
- Parlement européen, Rapport sur la proposition de décision du Conseil adaptant les dispositions relatives à la Cour de justice dans les domaines couverts par le titre IV de la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne, SZAJER J. A6-0082/2007
- PNUD « Rapport mondial sur le développement humain 2009. Lever les barrières : mobilité et développement humains », PNUD, New-York, 2009, 237 p.
- SCHNEIDER A. Rapport autorisant la ratification du traité relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, Assemblée nationale, Rapport n° 77, 17 juillet 2007, 20 p.
- Science Po, « La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents », Centre européen de Sciences Po, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, 392 p.
- TAVERNIER Y. « Les services des visas, parents pauvres des Affaires étrangères », Assemblée nationale, Rapport d'information n° 1803, 1999, 227 p., sp. 57
- TAVERNIER Y. « L'ambassadeur, entre tradition et modernité », Assemblée nationale, Rapport d'information n° 3620, 2002, 159 p.
- OTHILY G. et BUFFET F.-N., Rapport de la Commission d'enquête sur l'immigration clandestine, n° 300, Sénat, 7 avril 2006, Tome II : Annexes, 616 p.

RÉSUMÉ / *ABSTRACT*

Résumé : Le traité d'Amsterdam communautarise les matières relevant des visas, de l'asile et de l'immigration. Le traité attribue donc compétence à la Communauté européenne pour adopter des règles qui prennent la forme d'une politique commune de l'immigration. Seulement, le basculement de matières régaliennes dans l'orbite communautaire a été difficile. Les Etats membres, pour conserver la maîtrise du domaine, ont notamment accompagné cette communautarisation d'aménagements importants. Dans ces conditions, la question se pose de savoir dans quelle mesure une politique migratoire de l'Union européenne peut émerger, voire exister. L'analyse du cadre d'action et des actes adoptés dans le domaine au cours des dix années suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam permet d'y répondre. Elle fait apparaître l'émergence d'une politique migratoire de l'Union européenne aux caractéristiques singulières. D'une part, la politique a fait l'objet d'une structuration particulièrement complexe préservant la mainmise des Etats membres sur sa mise en œuvre. D'autre part, cette politique connaît de sérieux déséquilibres, volontairement organisés par les Etats membres qui ont donné priorité à certains de ses éléments tels que la gestion opérationnelle des frontières extérieures et la lutte contre l'immigration irrégulière au détriment de l'asile et de l'immigration légale.

Abstract. *The treaty of Amsterdam communitises the domains relating to visa, asylum and immigration, thereby attributing competence to the European Community to adopt rules shaping a common policy on immigration. The transfer of sovereign domains within the scope of Community law, however, proved difficult. In order to maintain control over this field, Member States have accompanied the communitisation movement with important adjustments in light of which the question arises whether a European Union migration policy may emerge, or even exist. The analysis of the framework of action and of the acts adopted in this domain during the ten years following the entry into force of the treaty of Amsterdam gives an answer. It shows the emergence of an EU migration policy with specific characteristics. On the one hand, the policy was structured in a particularly complex manner in order to preserve the stranglehold of the Member States over its implementation. On the other hand, this policy encounters serious imbalances voluntarily organised by Member States which have given priority to certain of its elements such as the operational management of external borders and the fight against irregular migration to the detriment of asylum and legal migration.*

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	XI
PRÉFACE	XIII
AVANT-PROPOS	XVII
ABRÉVIATIONS	1
INTRODUCTION	5
Section 1. Problématique	12
I. L'impuissance des Etats à réguler les flux migratoires.....	12
A. Le mythe de la maîtrise des flux migratoires.....	13
B. La modification des phénomènes migratoires.....	14
II. La réalisation incomplète de la libre circulation des citoyens.....	15
A. L'impasse de l'espace de libre circulation.....	15
B. Le poids du fonctionnalisme.....	18
III. L'organisation d'une réponse au niveau de l'Union européenne.....	19
A. L'impératif de relever les défis à venir.....	19
B. La nécessité de garantir la diversité des moyens.....	20

Section 2. Les hypothèses de travail	21
I. Les options en présence.....	22
A. La coordination des politiques nationales	22
B. L'harmonisation des politiques nationales.....	24
C. L'intégration des politiques nationales	26
II. Les difficultés d'analyse	28
A. Une politique récente	29
B. Un environnement en mutation	29
C. La stratégie des acteurs.....	31
Section 3. Méthode d'analyse	33
I. L'analyse du processus	33
A. Une approche statique insuffisante	33
B. Une analyse dynamique nécessaire.....	34
II. L'analyse des textes.....	35
A. Le choix d'une approche concrète et exhaustive.....	35
B. Le droit comme instrument de la politique.....	36
PARTIE 1.	
LA STRUCTURATION COMPLEXE	
DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE	
DE L'UNION EUROPÉENNE	41
TITRE 1. UNE DÉLIMITATION IMPARFAITE DES COMPÉTENCES	45
Chapitre 1. Le choix de la communautarisation	
des compétences nationales	49
Section 1. L'approche par la voie intergouvernementale	50
<i>Sous-section 1. Le refus de la communautarisation</i>	50
I. Le lien entre la libre circulation des personnes et les politiques migratoires	50
A. L'identification du lien.....	50
1. L'Union des passeports	51
2. La règle de libre passage.....	53
B. L'affirmation du lien	54
II. Le refus de l'approche communautaire	56
A. L'aménagement institutionnel issu de l'Acte unique.....	56
B. Les déclarations annexées à l'Acte unique.....	57
C. L'arrêt dit des « politiques migratoires »	59
III. La coordination des politiques migratoires nationales.....	62
A. Le groupe <i>ad hoc</i> immigration	62
B. Le groupe des coordinateurs « Libre circulation des personnes »	64

<i>Sous-section 2. La voie parallèle : la coopération de Schengen</i>	66
I. L'approche méthodologique	66
A. L'opportunité historique	67
B. Le pragmatisme politique et institutionnel	68
II. L'approche matérielle.....	70
A. L'Accord de Schengen.....	70
B. La Convention de Schengen.....	71
1. La réalisation de la libre circulation des personnes.....	72
2. Le Système d'Information Schengen (SIS).....	73
<i>Sous-section 3. L'alternative à la communautarisation : le traité de Maastricht</i> ..74	
I. L'alternative fonctionnelle.....	75
A. L'apparence de la rationalisation institutionnelle.....	76
1. Le cadre institutionnel	76
2. Le processus décisionnel	78
B. L'inadaptation des instruments juridiques.....	79
II. L'alternative matérielle.....	80
A. Une politique communautaire des visas peu ambitieuse.....	81
B. Une coopération intergouvernementale peu contraignante	83
1. Une méthode conventionnelle défaillante.....	83
2. Un refus systématique de l'obligation juridique	84
Section 2. La communautarisation des politiques migratoires	86
<i>Sous-section 1. L'acceptation de la communautarisation</i>	87
I. L'identification des problèmes	87
A. Le diagnostic : les dysfonctionnements de la JAI.....	88
B. La thérapeutique : la communautarisation des politiques migratoires	89
II. La définition de solutions	90
A. L'impulsion	90
1. La proposition de la Commission	90
2. Le relais de la présidence irlandaise.....	91
B. L'accord final	92
<i>Sous-section 2. L'objet de la compétence</i>	94
I. La réalisation du marché intérieur	94
A. La clarification des objectifs.....	94
B. Les mesures d'accompagnement	96
1. Le franchissement des frontières extérieures	96
a. Les normes et modalités des contrôles aux frontières extérieures.....	97
b. Les règles relatives aux visas de court séjour.....	98
2. Les mesures complémentaires en matière d'asile	100
a. L'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile	100
b. La protection temporaire.....	101
3. La libre circulation pour une période de trois mois	101

II. La réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice	102
A. La politique d'asile.....	103
1. Le droit d'asile des ressortissants des Etats membres	103
2. Les mesures relatives à l'asile.....	104
a. Normes minimales relatives à l'accueil des demandeurs d'asile	105
b. Normes minimales concernant les conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié	106
c. Normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la qualité de réfugié	106
3. Le partage financier	107
B. La politique d'immigration.....	108
1. L'immigration légale	108
2. La lutte contre l'immigration illégale et le séjour irrégulier	110
3. La liberté de circulation des ressortissants de pays tiers en situation régulière.....	111
Sous-section 3. L'objectif de la compétence.....	112
I. L'absence initiale de précision.....	113
A. Le silence relatif du traité d'Amsterdam.....	114
B. Le silence du plan d'action de Vienne.....	115
II. La précision ultérieure de l'objectif.....	116
A. L'élaboration de politiques communes.....	116
B. La définition d'orientations matérielles.....	117
1. Le partenariat avec les pays d'origine	118
2. Le régime d'asile européen commun.....	118
3. Le traitement équitable pour les ressortissants de pays tiers.....	119
4. La gestion des flux migratoires.....	120
Conclusion du Chapitre 1	121
Chapitre 2. La distribution confuse des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres.....	123
Section 1. La compétence communautaire.....	124
Sous-section 1. Les caractères de la compétence communautaire.....	124
I. L'attribution d'une compétence partagée.....	125
A. La nature de la compétence	125
1. L'identification d'une compétence partagée.....	126
2. Les effets de la compétence partagée.....	130
B. L'intensité de la compétence	131
1. Les mesures d'accompagnement à la réalisation du marché intérieur.....	132
2. Les « autres mesures » en matière d'asile et d'immigration.....	133
3. La reconnaissance d'une compétence exclusive par exercice	137
II. Le prolongement externe de la compétence.....	139
A. Les compétences externes implicites	140
1. La problématique des compétences externes implicites	140
2. L'exercice des compétences externes dans le domaine de la politique migratoire	144
a. La politique de réadmission et le principe de nécessité	144

b. <i>Le franchissement des frontières extérieures et le principe de l'affectation</i>	147
c. <i>L'exercice conditionnel de la compétence externe en matière d'asile et d'immigration</i> ...	150
B. La complémentarité des relations extérieures	154
1. La politique d'association et de partenariat	154
2. La politique européenne de voisinage	156
3. La politique d'aide au développement.....	158
<i>Sous-section 2. Les spécificités de la compétence communautaire</i>	160
I. L'aménagement de statuts dérogatoires	160
A. Le protocole relatif à l'article 14 du traité CE	161
B. Les protocoles sur la position du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark ..	163
1. <i>Opting out</i>	163
2. <i>Opting in</i>	164
C. Le protocole intégrant l'acquis de Schengen dans l'Union européenne.....	166
1. Les statuts dérogatoires.....	167
2. L'association de pays tiers.....	169
II. L'incidence des droits fondamentaux.....	170
A. L'apport progressif de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	170
1. En matière d'asile	171
2. En matière d'immigration.....	173
B. L'apport maintenu de la Convention européenne des droits de l'homme et de son juge	175
Section 2. Les compétences nationales	177
<i>Sous-section 1. Le maintien des compétences nationales</i>	177
I. Les matières explicitement exclues de la compétence communautaire	178
A. La clause d'ordre public.....	178
B. L'encadrement de la clause d'ordre public	180
II. Les matières implicitement exclues de la compétence communautaire	182
A. La nationalité	182
B. Les régularisations	184
<i>Sous-section 2. L'action complémentaire des Etats membres dans le cadre de l'Union européenne</i>	186
I. La coopération policière et judiciaire en matière pénale	186
A. Le prolongement répressif de la politique migratoire issu du troisième pilier.....	187
B. Vers la reconnaissance d'une compétence pénale dans le premier pilier ?.....	188
II. La politique étrangère et de sécurité commune.....	189
A. La stabilité internationale, facteur de stabilité migratoire	190
B. La politique des visas, élément de la politique étrangère.....	191
Conclusion du Chapitre 2	193
Conclusion du Titre 1	195

TITRE 2. UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE DE LA COMPÉTENCE COMMUNAUTAIRE	197
Chapitre 1. Les conditions d'exercice de la compétence communautaire	201
Section 1. L'initiative	202
<i>Sous-section 1. Le partage de l'initiative</i>	203
I. L'utilisation du pouvoir d'initiative par les Etats membres	203
A. L'influence de la présidence	203
B. L'impact limité des initiatives nationales	205
II. L'initiative exercée par la Commission	207
A. Une mise en place difficile	208
B. Un exercice orienté	209
<i>Sous-section 2. La collaboration en matière d'initiative</i>	212
I. L'encadrement de l'initiative par le Conseil européen	212
A. Les demandes de modification des propositions	213
B. Les difficultés liées à l'influence du Conseil européen	214
II. La collaboration initiée par le Conseil européen en matière d'initiative	216
A. La collaboration politique	217
B. La collaboration normative	219
Section 2. La décision	220
<i>Sous-section 1. Les modalités de prise de décision</i>	221
I. L'aménagement des travaux au sein du Conseil	221
A. L'augmentation des structures de travail, source de désorganisation du travail du Conseil	222
1. Le comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile	223
2. Les conseillers JAI	224
B. La coordination des travaux du Conseil	225
1. Le rôle de la présidence	226
2. Le rôle du secrétariat général du Conseil	227
3. Une coordination insuffisante	228
II. La prise de décision au niveau du Conseil	231
A. Le maintien du vote à l'unanimité par le traité d'Amsterdam	231
1. Les conditions d'exercice de l'unanimité	231
2. Les effets de la procédure de vote à l'unanimité	233
B. L'introduction progressive de la majorité qualifiée par la procédure de codécision	235
1. L'extension de la procédure de codécision à l'asile par le traité de Nice	235
2. L'extension partielle de la procédure de codécision à l'immigration par décision du Conseil	236
3. L'extension totale de la procédure de codécision par le traité de Lisbonne	238

<i>Sous-section 2. L'encadrement de la prise de décision</i>	239
I. L'encadrement de la décision par les Etats membres.....	239
A. La définition des objectifs politiques.....	240
1. Le rôle du Conseil européen dans la définition des objectifs politiques.....	240
2. Le rôle du Conseil européen dans la programmation du travail législatif.....	241
B. Les plans d'action du Conseil JAI.....	243
II. Le suivi de la décision par la Commission et le Parlement européen.....	245
A. Le suivi exercé par la Commission.....	246
B. Le suivi exercé par le Parlement européen.....	249
1. Le suivi institutionnalisé.....	249
2. Le suivi informel élargi.....	251
<i>Sous-section 3. L'exécution de la décision</i>	253
I. L'exécution normative.....	253
A. Le pouvoir d'exécution conservé par le Conseil.....	254
B. Le pouvoir d'exécution délégué à la Commission.....	256
1. La délégation appliquée au titre IV du traité CE.....	256
2. L'encadrement de la délégation : la comitologie.....	257
C. Le domaine de l'exécution rationalisé : le développement de l'acquis de Schengen.....	259
1. La nature juridique ambiguë du droit de Schengen.....	259
2. La délimitation du caractère législatif ou exécutif du droit de Schengen.....	260
II. L'exécution opérationnelle.....	264
A. La coordination de l'exécution opérationnelle.....	264
1. La coordination en matière de gestion des frontières extérieures.....	265
2. La coordination en matière d'asile.....	266
3. Les centres communs de traitement des demandes de visa.....	268
B. Vers une communautarisation de l'exécution opérationnelle ?.....	269
Conclusion du Chapitre 1	271
Chapitre 2. Le contrôle juridictionnel de la compétence communautaire	273
Section 1. La compétence de la Cour de justice	274
<i>Sous-section 1. Le renvoi préjudiciel</i>	275
I. La limitation de la procédure préjudicielle.....	276
A. Le domaine de la limitation.....	276
B. Les effets de la limitation.....	278
1. Sur la protection juridictionnelle des particuliers.....	278
2. Sur l'application uniforme du droit communautaire.....	281
II. L'adaptation de la procédure préjudicielle.....	283
A. Le recours en interprétation de l'article 68, paragraphe 3.....	284
B. La procédure préjudicielle d'urgence.....	286
1. La nécessité d'une réforme de la procédure préjudicielle.....	287
2. Les propositions de réforme.....	288
3. L'établissement d'une procédure préjudicielle d'urgence.....	290

<i>Sous-section 2. Le recours en annulation et le recours en manquement</i>	292
I. Le recours en annulation.....	293
A. La stratégie contentieuse des acteurs « éloignés ».....	294
B. La pratique contentieuse visant la sauvegarde de prérogatives institutionnelles..	296
II. Le recours en manquement	298
A. Le recours en manquement : garant de l'effectivité des règles communautaires ..	299
1. Le manquement à l'obligation de transposition	299
2. Le manquement pour mauvaise transposition	300
B. Le recours en manquement : garant du partage des compétences	301
Section 2. La compétence du juge national et européen	303
<i>Sous-section 1. Le contrôle du juge national</i>	304
I. L'influence de l'aménagement de la procédure préjudicielle sur le rôle du juge national	305
A. Le renvoi préjudiciel en interprétation	305
B. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité	309
II. Le contrôle des actes adoptés par les autorités d'un autre Etat membre.....	310
A. Le contrôle exercé par le juge administratif français	310
B. L'encadrement des obligations du juge national par la Cour de justice	312
<i>Sous-section 2. Le contrôle du juge européen</i>	313
I. Les modalités de contrôle du juge européen.....	314
A. Le contrôle des mesures nationales d'exécution du droit communautaire.....	314
B. L'application de la jurisprudence au domaine de l'asile et de l'immigration.....	316
II. Le contrôle du juge européen en question	319
A. La place du contrôle	319
1. La prédominance de la Cour de justice	320
2. La jurisprudence protectrice de la Cour de justice.....	320
B. L'intensité de la protection.....	322
Conclusion du Chapitre 2	327
Conclusion du Titre 2	329
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	331

PARTIE 2.	
LES DÉSÉQUILIBRES VOLONTAIRES	
DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE	
DE L'UNION EUROPÉENNE.....	333
TITRE 1. LES DISPARITÉS DE L'HARMONISATION LÉGISLATIVE.....	337
Chapitre 1. L'harmonisation insuffisante	
de la politique d'immigration.....	341
Section 1. L'harmonisation complète des règles relatives	
au franchissement des frontières extérieures.....	342
<i>Sous-section 1. Le régime du franchissement des frontières.....</i>	<i>343</i>
I. Le Code Schengen de franchissement des frontières.....	344
A. L'harmonisation complète des règles relatives	
au franchissement des frontières extérieures.....	344
1. Les conditions d'accès à l'espace commun.....	345
2. Les contrôles exercés aux frontières extérieures.....	346
B. La consolidation partielle des règles relatives au refus d'entrée.....	349
1. L'obligation de notification d'une décision de refus d'entrée.....	349
2. La faiblesse de l'harmonisation des voies de recours.....	350
II. Les aménagements spécifiques du franchissement des frontières.....	352
A. Les aménagements applicables aux Etats membres.....	352
1. Les Etats membres bénéficiant de statuts dérogatoires.....	352
2. Les mesures de facilitation applicables aux nouveaux Etats membres.....	353
B. Les aménagements applicables aux pays tiers.....	355
1. Les mesures de facilitation applicables à la Suisse et au Liechtenstein.....	356
2. Le petit trafic frontalier.....	357
<i>Sous-section 2. La politique des visas de court séjour.....</i>	<i>360</i>
I. La communautarisation de la politique des visas de court séjour.....	361
A. La consolidation de la politique.....	361
1. La liste des pays tiers soumis ou exemptés de l'obligation de visa.....	361
2. L'harmonisation des conditions de délivrance des visas.....	364
a. La rationalisation et l'approfondissement des règles existantes.....	365
b. Le développement de règles relatives à la délivrance facilitée des visas.....	367
3. Le modèle type de visa.....	371
B. L'affirmation de la politique des visas de court séjour :	
le mécanisme de réciprocité.....	372
II. La préservation de marges de manœuvre au profit des Etats membres.....	377
A. Le maintien des marges de manœuvre des Etats membres.....	378
1. Les conditions de délivrance des visas.....	378
2. La décision de délivrer le visa.....	379
B. L'encadrement des marges de manœuvre des Etats membres.....	382
1. Les voies de recours.....	382
2. L'obligation de motivation.....	384

Section 2. L'harmonisation progressive de la lutte contre l'immigration irrégulière	386
<i>Sous-section 1. La répression de l'immigration irrégulière</i>	387
I. Les sanctions imposées aux transporteurs	388
A. Un dispositif précisé par la directive 2001/51/CE.....	388
1. L'extension du champ d'application au transit.....	389
2. L'harmonisation des sanctions pécuniaires	390
B. Un dispositif toujours discutable	392
1. L'accès à la procédure d'asile.....	392
2. La charge pesant sur les compagnies de transport.....	394
II. La lutte contre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers	396
A. Le problème de la base juridique	396
1. L'obligation d'adopter deux instruments juridiques.....	397
2. Vers l'abandon du dédoublement normatif.....	398
B. Le dispositif répressif	401
1. La définition de l'incrimination par une directive	401
2. La définition de la sanction par une décision-cadre	403
III. Le développement de nouvelles règles de lutte contre l'immigration irrégulière	405
A. La délivrance de titres de séjour aux victimes de la traite.....	405
B. Les sanctions à l'encontre des employeurs de personnes en séjour irrégulier	406
<i>Sous-section 2. Le développement d'une politique du retour</i>	408
I. La réadmission comme instrument prioritaire de la politique du retour	410
A. Les accords et clauses de réadmission conclus par la Communauté	410
1. Les accords de réadmission.....	411
2. Les clauses de réadmission	414
B. Les résultats mitigés de la politique de réadmission.....	416
1. Les contreparties à la conclusion des accords de réadmission.....	416
2. L'efficacité relative des accords de réadmission.....	418
II. L'harmonisation progressive des mesures d'éloignement : la directive « retour ».....	420
A. Le champ d'application	421
B. Les décisions d'éloignement.....	423
1. La décision de retour	423
2. L'interdiction d'entrée	424
3. Les garanties procédurales.....	426
C. La rétention à des fins d'éloignement.....	427
1. La procédure de placement en rétention.....	427
2. Les garanties imposées par la directive.....	429
Section 3. L'harmonisation minimale de l'immigration légale	431
<i>Sous-section 1. Le regroupement familial</i>	432
I. La consécration d'un droit au regroupement familial.....	433
A. L'absence de droit au regroupement familial dans le dispositif de la CEDH.....	433
B. La reconnaissance d'un droit au regroupement familial par le droit communautaire...435	435

II. Les modalités d'exercice du droit au regroupement familial.....	437
A. Champ d'application personnel de la directive.....	437
1. Le regroupant	438
2. Les membres de la famille	439
a. <i>Le conjoint</i>	439
b. <i>Les enfants mineurs</i>	441
B. Les conditions d'exercice du droit au regroupement familial	443
1. Conditions matérielles	443
2. Mesures d'intégration.....	445
3. Institutionnalisation d'une période d'attente.....	446
C. L'harmonisation minimale des droits accordés aux membres de la famille	448
1. L'accès au marché de l'emploi	448
2. La reconnaissance d'un statut autonome aux membres de la famille.....	449
 <i>Sous-section 2. Les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée</i>	450
I. Le statut de résident de longue durée	452
A. Acquisition du statut de résident de longue durée-CE	452
1. Un champ d'application restreint.....	452
2. Les conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée	454
a. <i>Durée de résidence légale et conditions matérielles</i>	454
b. <i>Clause d'ordre public</i>	457
B. Contenu du statut de résident de longue durée.....	458
1. L'égalité de traitement	458
2. La protection contre l'éloignement.....	461
II. La liberté de circulation	462
A. L'encadrement des conditions d'exercice du droit de circuler et de séjourner dans un autre Etat membre.....	462
1. Les conditions d'exercice du droit de séjour dans le second Etat membre.....	463
2. L'égalité de traitement dans le second Etat membre.....	465
B. L'articulation de la directive avec les autres normes communautaires	467
1. Le maintien de la frontière extérieure entre les Etats membres	467
2. Le maintien de la période transitoire.....	469
 <i>Sous-section 3. L'immigration légale exercée aux fins d'une activité économique</i>	471
I. L'accès à l'emploi indirectement réglementé.....	473
A. L'approche sectorielle.....	473
1. L'admission des étudiants ressortissants de pays tiers	474
2. L'admission des chercheurs ressortissants de pays tiers	475
B. L'approche horizontale.....	476
1. L'accès à l'emploi conditionné	477
2. L'accès à l'emploi garanti	478
II. L'accès à l'emploi limitativement réglementé.....	479
A. La consolidation de l'approche sectorielle	480
B. Les travailleurs hautement qualifiés.....	482
1. Les conditions requises pour la délivrance de la « carte bleue européenne »	483
2. Les motifs de rejet de la demande de « carte bleue européenne ».....	484
3. Les droits accordés aux bénéficiaires de la « carte bleue européenne »	486

III. L'immigration économique dans la politique extérieure de la Communauté et des Etats membres	488
A. L'intégration de l'immigration légale dans la politique extérieure : l'approche globale.....	488
1. Le contexte.....	489
2. Le contenu de l'approche globale	491
B. Les « outils privilégiés » de l'approche globale	494
1. Les partenariats pour la mobilité.....	494
2. La migration circulaire	497
Conclusion du Chapitre 1	500
Chapitre 2. L'harmonisation inachevée de la politique d'asile.....	503
Section 1. Une action communautaire limitée.....	504
<i>Sous-section 1. Les obligations induites par le cadre conventionnel.....</i>	<i>505</i>
I. La directive « qualification »	505
A. L'harmonisation des formes de protection.....	506
1. Une définition harmonisée du réfugié.....	506
2. La consécration de la protection subsidiaire	508
B. La délimitation des statuts	511
1. L'identité de statuts.....	511
2. La différenciation des statuts.....	512
II. La directive « procédures »	514
A. L'établissement de garanties procédurales minimales.....	515
1. L'organisation administrative de la procédure.....	516
2. Les garanties minimales lors de l'examen de la demande d'asile	517
3. Le retrait du statut de réfugié	518
4. Les voies de recours	519
B. La communautarisation partielle de procédures applicables aux pays tiers « sûrs »	521
1. Les « pays d'origine sûrs »	523
2. Les « pays tiers sûrs »	525
3. Les « pays tiers européens sûrs »	528
<i>Sous-section 2. Les obligations induites par l'espace de libre circulation</i>	<i>532</i>
I. L'amélioration minimale du système « Dublin »	532
A. L'adaptation des règles existantes	533
1. Les critères de détermination de l'Etat responsable.....	533
2. Les modalités de mise en œuvre.....	535
B. Des dysfonctionnements persistants	537
II. L'harmonisation minimale des conditions d'accueil des demandeurs d'asile ...	539
A. Les faiblesses de l'harmonisation.....	540
B. L'impact relatif de l'harmonisation.....	543

III. L'établissement d'un système de solidarité.....	544
A. La protection temporaire.....	544
1. Activation de la procédure et contenu de la protection.....	545
2. Le principe de solidarité.....	546
B. Le soutien financier.....	548
Section 2. La relance de l'action communautaire.....	552
<i>Sous-section 1. La coordination de la politique d'asile.....</i>	<i>552</i>
I. La coopération pratique.....	552
A. Le développement de groupes et réseaux de coopération.....	553
B. La tentative d'intensification de la coopération pratique.....	553
II. Le Bureau européen d'appui.....	555
<i>Sous-section 2. L'externalisation de la politique d'asile.....</i>	<i>557</i>
I. La proposition britannique.....	557
A. Le débat.....	558
B. Les problèmes juridiques.....	559
II. Les solutions européennes.....	561
A. Les programmes de protection régionaux et la réinstallation.....	561
1. Les programmes de protection régionaux.....	562
2. La réinstallation.....	563
3. Des options juridiquement non contraignantes.....	564
B. De la politique d'asile à la politique du réfugié.....	566
Conclusion du Chapitre 2.....	568
Conclusion du Titre 1.....	571
TITRE 2. LES PRIORITÉS DE L'APPROCHE OPÉRATIONNELLE.....	573
Chapitre 1. La coordination de l'exécution administrative.....	577
Section 1. L'intégration de l'exécution administrative.....	577
<i>Sous-section 1. L'encadrement de l'exécution administrative dans le domaine du franchissement des frontières extérieures.....</i>	<i>578</i>
I. La gestion des frontières extérieures.....	578
A. Le Code frontières Schengen.....	579
B. Le « Manuel pratique des garde-frontières ».....	580
II. La politique des visas.....	582
A. L'intensification de la coopération consulaire locale.....	582
B. La mutualisation des consulats.....	584

<i>Sous-section 2. La coordination des mesures administratives dans le domaine de la politique du retour</i>	587
I. La reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement.....	588
A. Un dispositif mal défini.....	588
B. Un dispositif inadapté.....	591
II. La coordination administrative des mesures nationales d'éloignement.....	593
A. L'assistance au transit dans le cadre d'éloignement par voie aérienne.....	594
1. La préparation de l'opération de transit.....	594
2. L'exécution de l'opération de transit.....	595
B. L'organisation de vols communs.....	597
Section 2. L'informatisation de l'exécution administrative	600
<i>Sous-section 1. La multiplication des systèmes informatisés en matière migratoire</i>	601
I. Les systèmes d'informations développés dans le cadre de la coopération de Schengen.....	602
A. Le Système d'Information de Schengen (SIS).....	602
1. Le signalement aux fins de non admission.....	603
2. Le contrôle juridictionnel du signalement aux fins de non admission.....	604
a. <i>La jurisprudence française</i>	604
b. <i>La jurisprudence de la Cour de justice</i>	606
B. Le Système d'Information de Schengen de seconde génération (SIS II).....	608
1. Le signalement aux fins de non admission.....	608
2. L'incidence de la biométrie dans la consultation des données.....	610
II. Les systèmes d'informations en matière migratoire.....	611
A. Le système d'identification des visas : le VIS.....	612
1. L'introduction des données dans le VIS.....	613
2. La consultation des données dans le VIS.....	615
3. L'extension de la consultation du VIS à la lutte contre le terrorisme.....	615
B. Le système Eurodac.....	618
1. Le fonctionnement du système Eurodac.....	618
2. Les dysfonctionnements du système Eurodac.....	620
<i>Sous-section 2. L'informatisation de la politique migratoire en question</i>	623
I. Les questions liées à l'utilisation des données biométriques.....	624
A. L'équilibre entre utilisation croissante, fiabilité et cohérence.....	624
1. L'utilisation croissante de la biométrie.....	624
2. Les difficultés liées à l'utilisation d'identifiants biométriques.....	627
B. L'interopérabilité des bases de données.....	629
1. L'interopérabilité des bases de données en vue de lutter contre le terrorisme.....	630
2. L'encadrement juridique de l'interopérabilité.....	632
II. La protection des données à caractère personnel dans les systèmes destinés à la politique migratoire.....	634
A. L'encadrement des conditions d'utilisation des bases de données européennes.....	634
B. Les droits accordés aux personnes signalées ou « fichées ».....	636
1. Le droit à l'information.....	637
2. Le droit d'accès aux données, à la rectification et à l'effacement.....	638

Conclusion du Chapitre 1	639
Chapitre 2. L'encadrement de l'exécution opérationnelle	641
Section 1. La coordination de l'exécution opérationnelle	642
<i>Sous-section 1. La coordination opérationnelle intergouvernementale</i>	642
I. La mutualisation des actions nationales	642
A. Les actions stratégiques et de formation	643
B. Les centres « ad hoc »	643
C. Les opérations conjointes	645
II. La coordination des actions nationales par l'instance commune des praticiens des frontières	646
<i>Sous-section 2. La coordination opérationnelle communautaire :</i> <i>l'Agence Frontex</i>	648
I. La rationalisation des structures et des moyens	649
A. L'analyse des risques et la formation des gardes-frontières	649
B. La coordination et l'assistance matérielle	650
II. La structuration et l'intensification des actions	651
A. La structuration des actions	652
B. L'intensification des actions	653
Section 2. La communautarisation de l'exécution opérationnelle	656
<i>Sous-section 1. Les équipes d'intervention rapides</i>	657
I. Déploiement des équipes d'intervention rapide	658
A. Le déclenchement de l'assistance	658
B. Le déroulement de l'assistance	660
II. Prérogatives des agents invités	662
A. Vérification et surveillance des frontières	662
B. Exercice de prérogatives de puissance publique	663
<i>Sous-section 2. L'évaluation de l'application de l'acquis de Schengen</i>	665
I. L'amélioration des méthodes d'évaluation	666
A. La programmation de l'évaluation	666
B. Les méthodes d'évaluation	667
II. La détermination des actions correctives	668
A. L'évaluation et le suivi	669
B. Les sanctions	670
Conclusion du chapitre 2	671
Conclusion du Titre 2	673

CONCLUSION DE LA PARTIE 2	675
CONCLUSION GÉNÉRALE	677
BIBLIOGRAPHIE	689
RÉSUMÉ / <i>ABSTRACT</i>	727
TABLE DES MATIÈRES	729

Promouvoir et encourager

Une exigence morale et éthique

L'influence et la forte implication d'Alexandre Varenne dans le monde de la presse et son évolution, son combat permanent pour la tolérance et les droits de l'homme, son aspiration à toujours plus de démocratie et de justice sociale, sont toujours au cœur des exigences de ceux qui, autour de son épouse, ont participé à la création de la Fondation Alexandre Varenne et Marguerite Varenne pour la presse et la communication, reconnue d'utilité publique depuis 1988. Au nombre des actions de la Fondation, deux axes s'inscrivent parfaitement dans les préoccupations actuelles :

- Promouvoir la communication pour favoriser l'émergence et l'échange des idées, des connaissances, des avancées culturelles et intellectuelles.
- Contribuer à la formation de la jeunesse aux métiers et aux disciplines de la communication

Aide à la publication des thèses

La Fondation Varenne pour la presse et la communication organise un concours annuel ouvert à tous les docteurs dont les thèses se rattachent à l'action et à l'œuvre d'Alexandre Varenne et destiné à permettre la publication dans une collection nouvelle distribuée par la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, de thèses sélectionnées par un jury.

Cette collection est placée sous la direction de Daniel Pouzadoux (Président de la Fondation Varenne) et du doyen Jean-Pierre Massias (responsable scientifique de ce prix).

Elle participe de la volonté de la Fondation Varenne de s'impliquer dans la promotion de la recherche et sa valorisation.

Le prix de thèse de la Fondation Varenne a connu un développement important en 2008 avec la mise en place de nouvelles catégories puisque, désormais, les candidats pourront concourir dans les domaines suivants :

- Sciences de l'Information et de la Communication
- Droit comparé, politique comparé, transition démocratique
- Concepts fondamentaux du droit constitutionnel
- Droit des libertés fondamentales
- Droit privé des activités économiques
- Concepts fondamentaux du droit privé
- Histoire du droit, des institutions, des idées politiques et de l'économie
- Théorie générale et philosophie du droit
- Droit Européen

Qui peut participer ?

Le concours s'adresse à tous les docteurs en Droit, Sciences Politiques, Lettres ou Histoire, Sciences de l'Information et de la Communication ayant soutenu leur thèse dans un délai maximal de deux ans à compter de la date d'ouverture du concours.

Comment participer ?

Pour concourir, chaque candidat doit remplir un bulletin d'inscription disponible sur le site de la Fondation Varenne (fondationvarenne.com) :

- Un résumé de la thèse en 10 pages maximum
- Une copie du rapport de soutenance
- Un C.V.

Format Acrobat PDF ou Word Doc



Où s'adresser ?

Fondation Varenne

Philippe PAGE
Chargé de Mission

45, rue du Clos Four
63056 Clermont-Fd
Cedex 02

Tél. 04 73 17 18 30

Fax : 04 73 17 19 47

philippe.page@centrefrance.com

« Collection des Thèses »

Dans la même collection

- Vol. 1. **Albert SALGUEIRO**, *Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, préface de Jean STOUFFLET, avant-propos de Pierre LECLERCQ, 2006.
- Vol. 2. **Charlotte FAURE-GAUSSSEL**, *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction*, préface de Jacques LE CALVEZ, 2006.
- Vol. 3. **Pierre-Alain COLLOT**, *Le principe de non-discrimination au regard de l'appartenance nationale dans le droit constitutionnel des états tchèque, slovène et hongrois*, préface de Péter KOVÁCS, avant-propos de Stéphane PIERRÉ-CAPS, 2006.
- Vol. 4. **Jean-Christophe PAGNUCCO**, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préface de Florence DEBOISSY, 2006.
- Vol. 5. **Élise CARPENTIER**, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, préface d'André ROUX, avant-propos de Gustavo ZAGREBELSKY, 2006.
- Vol. 6. **Séverine NICOT**, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, préface de Pierre BON, avant-propos d'André ROUX, 2006.
- Vol. 7. **Jacques PÉRICARD**, *Ecclesia Bituricensis. Le diocèse de Bourges des origines à la Réforme grégorienne*, préface de Christian LAURANSON-ROSAZ, 2006.
- Vol. 8. **Auréli DUFFY**, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, préface de Guy SCOFFONI, avant-propos de Jeffrey JOWELL, 2007.
- Vol. 9. **Olivier LE BOT**, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, préface de Bernard STIRN, avant-propos d'André ROUX, 2007.
- Vol. 10. **Odile PERROT**, *Les équivoques de la démocratisation sous contrôle international. Le cas du Kosovo (1999-2007)*, préface de Slobodan MILACIC, avant-propos de Christian BIDÉGARAY, 2007.
- Vol. 11. **Sandrine GODELAIN**, *La capacité dans les contrats*, préface de Muriel FABRE-MAGNAN et Alain SUPLOT, 2007.
- Vol. 12. **Loïc EYRIGNAC**, *La protection pénale du patrimoine de la société*, préface de Bernard BOULOC, 2007.
- Vol. 13. **Jérôme PORTA**, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, préface d'Antoine LYON-CAEN, 2007.
- Vol. 14. **Charles PAPON**, *Le système financier bourguignon dans la première moitié du XVIII^e siècle (1710-1752)*, préface d'Albert RIGAUDIÈRE, 2007.
- Vol. 15. **Inna SHVEDA**, *La liberté de la presse dans la jurisprudence des cours constitutionnelles de la CEI*, préface de Jean-Pierre MASSIAS, 2007.
- Vol. 16. **Sophie FALGUÈRES**, *Presse quotidienne nationale et interactivité : trois journaux face à leurs publics. Analyse des forums de discussion du Monde, de Libération et du Figaro*, préface de Rémy RIEFFEL, 2008.

- Vol. 17. **Laurent DOMINGO**, *Les actes internes du Parlement. Étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, préface d'Éric OLIVA, avant-propos de Jean GICQUEL, 2008.
- Vol. 18. **Alexandra PERI**, *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française*, préface de Jean GICQUEL, 2008.
- Vol. 19. **Luc GUÉRAUD**, *Contribution à l'étude du processus coutumier au Moyen Âge : le viage en Poitou*, préface d'Yves SASSIER, avant-propos de Sylvain SOLEIL, 2008.
- Vol. 20. **Olivia SABARD**, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, préface de Fabrice LEDUC, 2008.
- Vol. 21. **Pejman POURZAND**, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue. Étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, préface de Mireille DELMAS-MARTY, 2008.
- Vol. 22. **Sébastien PLATON**, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, préface de Jean-Claude GAUTRON, 2008.
- Vol. 23. **Aude DENIZOT**, *L'universalité de fait*, préface de Rémy LIBCHABER, 2008.
- Vol. 24. **Frédéric GÉA**, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, préface de Catherine MARRAUD et René de QUENAUDON, avant-propos d'Antoine LYON-CAEN, 2008.
- Vol. 25. **Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC**, *La citoyenneté en droit public français*, préface de Guillaume DRAGO, avant-propos de Jean GICQUEL, 2009.
- Vol. 26. **Frédéric F. MARTIN**, *Justice et Législation sous le règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, préface de Corinne LEVELEUX-TEIXEIRA, 2009.
- Vol. 27. **Guillaume BUSSEUIL**, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, préface de Marie-Jeanne CAMPANA, 2009.
- Vol. 28. **Raphaëlle LIROU**, *La Russie entre fédération et empire. Contribution à la définition constitutionnelle de l'État russe*, préface de Stéphane PIERRÉ-CAPS, 2009.
- Vol. 29. **Béatrice DELZANGLES**, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, préface de Dean SPIELMANN, avant-propos d'Hervé ASCENSIO, 2009.
- Vol. 30. **Sophie DREYFUS**, *Généalogie du délit politique*, préface de Robert DAMIEN, 2009.
- Vol. 31. **Emmanuelle GINDRE**, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, préface de Christine LAZERGES, 2009.
- Vol. 32. **Marcel MORITZ**, *Les communes et la publicité commerciale extérieure. Pour une valorisation environnementale et économique de l'espace public*, préface de Jean FRAYSSINET, avant-propos de Philippe BILLET, 2009.
- Vol. 33. **Renaud BAUMERT**, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, préface de Marc SADOUN, avant-propos d'Olivier BEAUD, 2009.
- Vol. 34. **Yves PASCOUAT**, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, préface d'Henri LABAYLE, avant-propos de Jean-Pierre MASSIAS, 2010.
- Vol. 35. **Nathalie DROIN**, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, préface de Patrick CHARLOT, avant-propos d'Emmanuel DREYER, 2010.
- Vol. 36. **Yerri URBAN**, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, préface d'Olivier BEAUD, avant-propos de Patrick CHARLOT, 2010.

- Vol. 37. **Sandie LACROIX-DE SOUSA**, *La cession des droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préface de Marie-Élodie ANCEL, avant-propos de Laurent AYNÈS, 2010.
- Vol. 38. **Julien THOMAS**, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, préface de Jean GICQUEL, 2010.
- Vol. 39. **Marion LACAZE**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préface d'Anne d'HAUTEVILLE, 2010.
- Vol. 40. **Ludivine THOUVEREZ**, *Violence d'État et Médias. Le traitement informatif du GAL dans la presse française et espagnole de référence (1983-1986)*, préface de Gérard BREY, avant-propos de Xavier GIRÓ MARTÍ, 2010.
- Vol. 41. **Régis LANNEAU**, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, préface de Jean-Marie DENQUIN, 2010.
- Vol. 42. **Marie CLARET DE FLEURIEU**, *L'État musulman, entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel. La relativité de l'impact de l'Islam sur le droit constitutionnel des États musulmans*, préface de Michel de GUILLENCHMIDT, avant-propos d'Antoine KHAIR, 2010.

La Fondation Varenne n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cet ouvrage. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Achévé d'imprimer
S.A. DIAZO

Diffusion
L.G.D.J

