

# **La protection des droits fondamentaux des étrangers face aux mutations contemporaines de la frontière**

**Louis IMBERT**

Master 2 Droits de l'Homme – Université Paris Nanterre  
Année universitaire 2016-2017

*Mémoire de recherche réalisé pour l'obtention du master 2 Droits de l'Homme  
de l'Université Paris Nanterre*

Sous la direction de :

Monsieur Serge SLAMA, maître de conférences HDR en droit public à  
l'Université Paris Nanterre

Membres du jury :

Monsieur Serge SLAMA, maître de conférences HDR en droit public à  
l'Université Paris Nanterre

Madame Anne-Laure CHAUMETTE, maître de conférences HDR en droit  
public à l'Université Paris Nanterre

## **Remerciements**

La réalisation de ce mémoire n'aurait pas été possible sans le soutien avisé de Monsieur Serge Slama. Qu'il soit ici remercié des conseils fournis et de l'autonomie qu'il a su m'insuffler dans la définition du sujet et des hypothèses de recherche.

Je souhaite aussi témoigner de ma reconnaissance à l'ensemble de l'équipe pédagogique du master Droits de l'Homme de l'université Paris Nanterre, pour une année universitaire riche en apprentissages et en réflexions.

Je veux enfin exprimer ma gratitude et mon affection à Camille, non seulement pour ses relectures attentives, mais aussi et surtout pour son soutien inconditionnel durant toute l'année universitaire.

# **Sommaire**

<b>Liste des abréviations .....</b>	<b>4</b>
<b>Introduction : La frontière contemporaine, au-delà des lignes et des murs .</b>	<b>5</b>
<b>Titre I - Des frontières extraterritoriales aux frontières territoriales .....</b>	<b>15</b>
<i>Chapitre 1 : La frontière immatérielle .....</i>	<i>16</i>
Section 1 - L'interception administrative : le visa .....	16
Section 2 - L'interception numérique : le fichier .....	38
<i>Chapitre 2 : La frontière matérielle .....</i>	<i>51</i>
Section 1 - L'interception externalisée : délocalisation, sous-traitance et privatisation ..	51
Section 2 - L'interception physique : le cas épineux de l'agence Frontex.....	71
<b>Titre II - Des frontières territoriales aux frontières intraterritoriales .....</b>	<b>88</b>
<i>Chapitre 1 : La frontière-camp.....</i>	<i>89</i>
Section 1 - L'enfermement administratif aux frontières françaises .....	89
Section 2 - Le « hotspot », nouvelle frontière de l'Union.....	98
<i>Chapitre 2 : La frontière-nasse .....</i>	<i>108</i>
Section 1 - Les exceptions ultramarines : l'exemple de Mayotte.....	108
Section 2 - Les contrôles aux frontières intérieures .....	113
<b>Conclusion : La « crise migratoire », laboratoire de la frontière .....</b>	<b>124</b>
<b>Annexes.....</b>	<b>126</b>
<b>Références bibliographiques .....</b>	<b>129</b>
<b>Jurisprudence .....</b>	<b>143</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>145</b>

## **Liste des abréviations**

Anafé	Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers
ASGI	Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione
AUEA	Agence de l'Union européenne pour l'asile
CAAS	Convention d'application de l'accord de Schengen
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEPD	Contrôleur européen de la protection des données
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
EASO	European Asylum Support Office (Bureau européen d'appui en matière d'asile)
Gisti	Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s
HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés
JLD	Juge des libertés et de la détention
OFPRA	Office français de protection des réfugiés et des apatrides
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OQTF	Obligation de quitter le territoire français
PAF	Police aux frontières
PNR	Passenger Name Record
SIS	Schengen Information System
UE	Union européenne
VIS	Visa Information System
VTa	Visa de transit aéroportuaire

## **Introduction : La frontière contemporaine, au-delà des lignes et des murs**

*« Le pouvoir territorial, dans le but d'accroître l'imperméabilité et la capacité sélective de ses frontières en ce qui concerne les mouvements transnationaux de personnes, ne se limite pas à appliquer sur la ligne de frontière de nouveaux instruments statiques de contrôle et de filtre. Il alimente en réalité un incessant processus de reproduction de cette ligne sous des formes multiples, dans des manifestations complémentaires, occasionnelles et éparses de la frontière même. Ces reproductions de la frontière linéaire sont projetées en deçà et au-delà de la ligne de référence, en produisant un double effet de flexibilisation spatiale, à la fois introvertie et extravertie. »*

Paolo Cuttitta<sup>1</sup>

Avec la chute du mur de Berlin en 1989 et la mondialisation, certains ont pu croire, un peu vite, à l'avènement d'un monde sans frontière<sup>2</sup>. L'accord conclu quelques années plus tôt entre cinq pays d'Europe de l'Ouest (France, Allemagne, Belgique, Pays-Bas et Luxembourg) avait également pu produire cette impression. Pourtant, les frontières et les murs n'ont pas disparu. L'accord de Schengen de 1985 et la convention d'application adoptée en 1990 ont au contraire initié un renforcement inédit des contrôles frontaliers aux marges du nouvel espace Schengen de libre circulation, marquant la montée en puissance de nouvelles barrières juridiques immatérielles mais bien réelles. En outre, les angoisses sécuritaires n'ont pas tardé à entraîner un nouveau repli se traduisant par l'érection de nouveaux murs dès le début des années 1990. Autour des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla au Maroc, des barrières furent installées dès 1993<sup>3</sup>, pour être ensuite renforcées considérablement jusqu'à aujourd'hui, y compris au moyen de technologies coûteuses (hélicoptère, capteurs sonores, de mouvement

---

<sup>1</sup> Paolo Cuttitta, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures & Conflits*, n° 68, hiver 2007, p. 81.

<sup>2</sup> Anne-Laure Amilhat Szary, *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, PUF, 2015, p. 8-11. Voir aussi Sabine Dullin, « Présentation », in Étienne Forestier-Peyrat (dir.), *Les frontières mondialisées*, PUF, coll. « La Vie des Idées », 2015, p. 5-7.

<sup>3</sup> Said Saddiki, « Les clôtures de Ceuta et Melilla : une frontière européenne multidimensionnelle », *Etudes internationales*, vol. 43, n° 1, mars 2012, p. 49-65.

et thermiques, caméras mobiles, équipements lumineux et de vision nocturne, etc.)<sup>4</sup>. Plus récemment, des murs ont été érigés entre la Grèce et la Turquie, entre la Bulgarie et la Turquie, ou encore entre la Hongrie et la Serbie. Imitant ses voisins, la Turquie a entrepris à son tour la construction de murs à ses frontières avec la Syrie et l'Iran. Tournant à l'obsession, la campagne présidentielle de Donald Trump aux Etats-Unis en 2016 a confirmé – s'il le fallait encore – la prégnance de la thématique des murs en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, mais en a surtout souligné la dimension symbolique. En effet, si le mur est d'une efficacité relative au regard de son objectif affiché d'« *endiguer les flux migratoires* »<sup>5</sup>, il remplit une fonction théâtrale non négligeable. Il met en scène l'illusion d'une souveraineté étatique conservée dans un contexte de mondialisation accrue, en donnant à voir le « *spectacle de la frontière* »<sup>6</sup> et l'exclusion des menaces extérieures, afin d'assouvir le besoin de protection ressenti par une partie de la population<sup>7</sup>.

Véritable artifice, le mur ne fait que masquer les dispositifs davantage sophistiqués imaginés pour contrôler la mobilité des individus<sup>8</sup>. Il matérialise toutefois une ligne séparant deux Etats et évoque ainsi la définition juridique classique de la frontière, que de nombreux juristes continuent de retenir<sup>9</sup>, en dépit des réflexions poussées des chercheurs en sciences humaines<sup>10</sup>, en particulier en géographie<sup>11</sup> et en sociologie politique de l'international<sup>12</sup>. En effet, malgré les efforts louables de redéfinition de certains chercheurs en droit<sup>13</sup>, trois des principaux dictionnaires juridiques persistent à définir la frontière comme une ligne séparant les territoires de deux Etats, évoquant parfois l'opposition traditionnelle entre frontières

<sup>4</sup> GADEM, Migreurop, La Cimade et APDHA, « Ceuta & Melilla : centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Europe », décembre 2015.

<sup>5</sup> Elisabeth Vallet, « Inefficace, coûteux, mortel, l'emmurement du monde se poursuit », *The Conversation*, 6 juillet 2017, <https://theconversation.com/inefficace-couteux-mortel-lemmurement-du-monde-se-poursuit-79476>.

<sup>6</sup> Nicholas de Genova, « Spectacles of Migrant 'Illegality': the Scene of Exclusion, the Obscene of Inclusion », *Ethnic and Racial Studies*, vol. 36, n° 7, p. 1180-1198.

<sup>7</sup> Wendy Brown, *Walled States, Waning Sovereignty*, MIT Press, 2010.

<sup>8</sup> Il ne s'agit pas ici de nier l'impact négatif des murs, mais de dépasser l'idée simpliste qu'ils seraient les seuls ou même les principaux obstacles à la mobilité transnationale des individus.

<sup>9</sup> Voir par exemple Jean-Marc Sorel, « Frontière », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 2000.

<sup>10</sup> Bertrand Vayssière (dir.), *Penser les frontières européennes au XXI<sup>e</sup> siècle. Réflexion croisée des sciences sociales*, PIE Peter Lang, Europe des cultures n° 13, 2015 ; Didier Fassin (dir.), *Les nouvelles frontières de la société française*, La Découverte, 2012 ; Jean-Luc Deshayes et Didier Francfort (dir.), *Du barbelé au pointillé : les frontières au regard des sciences humaines et sociales*, Presses Universitaires de Nancy, 2010 ; Alexander C. Diener & Joshua Hagen, *Borders: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2012.

<sup>11</sup> Michel Foucher, *L'obsession des frontières*, Perrin, 2007 ; Anne-Laure Amilhat Szary, *op. cit.*

<sup>12</sup> Voir les excellents articles de la revue *Cultures & Conflits*, en particulier Paolo Cuttitta, *op. cit.*

<sup>13</sup> Voir par exemple Paul Klötgen, « La frontière et le droit. Esquisse d'une problématique », in Jean-Luc Deshayes et Didier Francfort (dir.), *op. cit.*, p. 131-158. Voir aussi Marie-Laure Basilien-Gainche, « Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite », *Revue de l'Union européenne*, n° 609, juin 2017.

« naturelles » (« *formée[s] par un accident géographique* ») et « artificielles » (« *celle[s] consistant en une ligne idéale* »)<sup>14</sup>. Un quatrième dictionnaire, de droit international public<sup>15</sup>, esquisse une pluralité de définitions. On y trouve l'idée de frontière comme « *zone ou espace avoisinant la ligne de séparation entre deux Etats* », ainsi que la distinction effectuée en droit de l'Union européenne (UE) entre frontières extérieures et intérieures. L'entrée du dictionnaire mentionne également une « *ligne qui délimite certaines compétences spécifiques d'un Etat ou d'un groupement d'Etats* », qui est illustrée par l'opposition entre la frontière « *douanière* » et la frontière « *politique* », lesquelles ne coïncident pas toujours (exemple des zones franches). A la lecture des dictionnaires juridiques, le principal constat est que la question du contrôle de la circulation des personnes est majoritairement absente des définitions juridiques classiques de la frontière. Seul le dernier dictionnaire l'évoque, implicitement, en abordant les notions de frontières intérieures et extérieures de l'UE. Pourtant, force est de constater avec Paul Klötgen qu'en matière de droit de l'immigration, « *plusieurs mécanismes juridiques semblent vouloir ne pas se plier à la définition classique de la frontière* »<sup>16</sup>. En effet, la frontière subit depuis la fin des années 1980 de profondes mutations sous l'effet des normes juridiques relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, à telle enseigne que le paradigme de la frontière linéaire et matérielle, récurrent dans les définitions juridiques classiques, se voit remettre en cause. Il suffit par exemple de localiser sur une carte de l'Europe les points de franchissement frontaliers matérialisant la frontière extérieure de l'Union européenne pour s'apercevoir que la frontière n'est plus une ligne mais un nuage de points situés à l'intérieur même du territoire des Etats membres. Quant aux visas et aux bases de données dans lesquelles sont inscrits les étrangers désireux de rejoindre le continent européen, ils interviennent très en amont des frontières extérieures de l'UE. Pour cerner les mutations contemporaines de la frontière, il convient donc d'appréhender celle-ci non comme une ligne de démarcation territoriale, mais plutôt comme un régime complexe de régulation de la circulation transnationale des individus. On se focalisera dans la présente étude sur les exemples français et européen, même si les flux migratoires vers l'UE, et en

<sup>14</sup> Rémy Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2017, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2016, p. 274 ; Serge Guinchard et Thierry Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques* 2016-2017, Dalloz, 24<sup>e</sup> éd., 2016, p. 524 ; Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2011, p. 479.

<sup>15</sup> Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 520-523.

<sup>16</sup> Paul Klötgen, *op. cit.*, p. 139.

particulier vers la France, ne représentent qu'une infime part des migrations mondiales<sup>17</sup>. L'ambition de notre propos n'est ainsi pas d'offrir un panorama exhaustif du régime frontalier à échelle mondiale, mais d'en étudier les traits les plus saillants à travers l'examen scrupuleux des instruments et pratiques constitutifs du dispositif frontalier européen et français<sup>18</sup>.

Tel que cela a été évoqué brièvement, les bouleversements traversés par les frontières des Etats européens s'ancrent en grande partie dans le régime issu de l'accord de Schengen de 1985<sup>19</sup> et sa convention d'application (CAAS) de 1990<sup>20</sup>. Ces accords dénotent le souhait d'un petit nombre de pays d'Europe de l'Ouest (France, Allemagne, Benelux) de mettre en place une coopération intergouvernementale en matière d'immigration et de frontières<sup>22</sup>. Les accords de Schengen prévoient ainsi la suppression des contrôles aux frontières intérieures du nouvel espace Schengen, mais en contrepartie le renforcement des contrôles aux frontières extérieures et une coopération policière et judiciaire accrue entre les Parties Contractantes. On trouve dans la CAAS les fondements des principaux aspects du régime frontalier européen actuel : abolition des contrôles aux frontières intérieures, règles communes pour le franchissement des frontières extérieures (conditions d'entrée notamment), coopération en matière de surveillance aux frontières extérieures, possibilité de rétablir temporairement les contrôles aux frontières intérieures en cas de menace à l'ordre public ou à la sécurité nationale, uniformisation du régime des visas de court séjour, responsabilisation des

<sup>17</sup> Selon le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), 84% des 17,2 millions de réfugiés sous le mandat de l'agence sont accueillis par des pays en développement (HCR, « Global Trends: Forced Displacement in 2016 », 19 juin 2017). De manière générale, l'idée d'une immigration massive majoritairement dirigée du Sud vers le Nord est fallacieuse. La réalité des migrations mondiales est beaucoup plus complexe et diverse (lire par exemple Marie-Laurence Flahaux et Hein De Haas, « African Migration: Trends, Patterns, Drivers », *Comparative Migration Studies*, vol. 4, n° 1, 2016).

<sup>18</sup> Nous inscrivons en ce sens notre travail dans l'agenda de recherche des *critical border studies*, qui proposent une épistémologie alternative de la frontière, remettant en cause la frontière comme ligne territoriale statique et se centrant plutôt sur les pratiques « *faisant frontière* ». Voir à ce sujet Noel Parker et Nick Vaughan-Williams, « Lines in the Sand? Toward an Agenda for Critical Border Studies », *Geopolitics*, vol. 14, n° 3, 2009, pp. 582-587.

<sup>19</sup> Accord entre les Gouvernements des États 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, signé à Schengen le 14 juin 1985.

<sup>20</sup> Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, signée le 19 juin 1990 à Schengen.

<sup>21</sup> On peut bien sûr retracer certains changements aux législations et pratiques nationales antérieures, qui s'étaient déjà considérablement durcies à partir des années 1970. Néanmoins, l'hypothèse effectuée ici est que les mutations contemporaines des frontières des Etats membres de l'UE sont en large partie liées à des dynamiques initiées ou renforcées par l'eupéanisation des régimes frontaliers nationaux.

<sup>22</sup> A partir des années 1970, les pays d'Europe de l'Ouest avaient déjà entamé une coopération intergouvernementale sur les questions de sécurité et de coopération policière, notamment par la création en 1976 du groupe de travail TREVI, qui traitait des questions de Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale. Une décennie plus tard, les compétences de ce groupe TREVI se sont vues élargies à la question de l'immigration dite irrégulière et à celle de la criminalité organisée.



transporteurs en matière de contrôles frontaliers, ou encore mise en place du Système d'Information Schengen (SIS) dans lequel sont notamment inscrits les étrangers signalés aux fins de non-admission.

Par la suite, le cadre intergouvernemental de Schengen est progressivement entré dans le champ du droit communautaire. Dans un premier temps, l'Acte unique européen de 1986 a jeté les bases d'un « *marché intérieur* », défini comme un « *espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée* ». Le traité de Maastricht de 1992 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993) a instauré une coopération en matière de justice et d'affaires intérieures, à travers le « *troisième pilier* » de l'Union européenne. Le traité a défini en la matière des questions d'intérêt commun, dont l'asile, le franchissement des frontières extérieures et l'immigration. Toutefois, le troisième pilier du traité de Maastricht était limité puisqu'en ce domaine la règle demeurait la prise de décisions à l'unanimité. Il fallut donc attendre le traité d'Amsterdam signé en 1997 et entré en vigueur en 1999 pour constater une évolution notable. Ce traité assigne à l'UE l'objectif officiel de réaliser un « *espace de liberté, de sécurité et de justice* ». Pour cela, le traité développe les questions d'intérêt commun et surtout il communautarise les mesures concernant le contrôle des frontières extérieures, l'asile et l'immigration. Les accords de Schengen sont alors incorporés dans le droit communautaire sous la dénomination d'« *acquis de Schengen* ». Le traité de Lisbonne signé en 2007 et entré en vigueur en 2009 vient quant à lui consacrer une véritable politique commune en matière d'immigration, d'asile et de frontières. Désormais, ces domaines relèvent explicitement d'une compétence partagée de l'Union et des Etats membres. Ils font l'objet de la procédure législative ordinaire qui fait intervenir le Parlement et le Conseil sur proposition de la Commission. De plus, la Charte des droits fondamentaux signée à Nice en 2000 acquiert enfin une portée juridique contraignante, ce qui est significatif pour ce qui concerne les politiques migratoires européennes, susceptibles d'affecter de nombreux droits. Par ailleurs et enfin, de nombreux règlements et directives, dont le code frontières Schengen<sup>23</sup>, le code des visas<sup>24</sup> et la directive « *retour* »<sup>25</sup>, sont venus préciser le régime frontalier européen depuis le début des années 2000.

---

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas.

Le système mis en place revêt plusieurs caractéristiques essentielles, mises en avant par une majorité de chercheurs non-juristes dont les observations sont largement confirmées par une analyse juridique du régime frontalier européen et français, comme le présent mémoire entend le confirmer. De manière générale, les frontières impliquent désormais des contrôles à tous les stades du parcours migratoire, depuis le projet de départ du pays d'origine jusqu'à l'arrivée sur le territoire d'un Etat membre de l'UE. En conséquence, il y a tout lieu de convenir avec Paolo Cuttitta que la frontière fait l'objet d'un phénomène de « *flexibilisation spatiale extravertie* » et « *introvertie* »<sup>26</sup>, dans la mesure où les contrôles interviennent désormais tant en amont (visas, transporteurs, interception maritime) qu'en aval (zones d'attente) de la ligne frontalière territoriale. Fluctuantes, malléables et élastiques, les frontières se multiplient et prennent des formes aussi bien matérielles (interception, enfermement, refoulement) qu'immatérielles (refus de visa, signalement dans un fichier). Elles reposent sur des sources diverses (droit national et européen de l'immigration, droit international et européen des droits de l'homme, droit constitutionnel, droit international en matière de recherche et sauvetage, Convention de Chicago relative à l'aviation civile aérienne, etc.). Ces sources sont elles-mêmes interprétées et appliquées par une multitude d'acteurs publics et privés, nationaux et supranationaux (autorités consulaires, police aux frontières, autorités chargées d'examiner les demandes d'asile, transporteurs, agence Frontex, autorités des pays tiers). En ce sens, il semble permis de considérer que le « *monopole étatique des moyens légitimes de circulation* »<sup>27</sup> est en partie remis en cause, en particulier par l'implication croissante de personnes privées<sup>28</sup>. Une autre caractéristique fondamentale de la frontière contemporaine est qu'elle est hautement sélective, puisqu'à la fois subjective et personnelle. D'une part, elle dépend très largement des acteurs qui filtrent de manière plus ou moins discrétionnaire les départs, les transits et les arrivées, sur le fondement de notions vagues comme celle de

---

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Paolo Cuttitta, *op. cit.*

<sup>27</sup> John Torpey, « Aller et venir : le monopole étatique des 'moyens légitimes de circulation' », *Cultures & Conflits*, n° 31-32, printemps-été 1998.

<sup>28</sup> Voir par exemple Isabelle Guerlais, « L'association de personnes privées à des missions de police des étrangers », in Danièle Lochak (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2007, pp. 47-48.

« *risque migratoire* »<sup>29</sup>. D'autre part, elle est fonction de l'individu et de ses caractéristiques multiples<sup>30</sup> (nationalité, ressources, situation familiale, profession, genre, etc.), ce qui en fait un instrument de catégorisation<sup>31</sup> qui repose sur les statuts de l'intéressé<sup>32</sup>. Certains considèrent en outre que le migrant « *incarne* »<sup>33</sup>, « *active* »<sup>34</sup> ou « *transporte avec lui* »<sup>35</sup> la frontière partout où il se rend. Le cas de la zone d'attente et de ses délimitations élastiques est particulièrement emblématique de cette dimension personnelle de la frontière<sup>36</sup>. Il démontre aussi la récurrence des logiques d'enfermement dans le dispositif frontalier.

S'il est courant d'assimiler le régime frontalier européen à une « *forteresse* », cette métaphore correspond mal à sa fonction de filtre et au fait que la frontière « *s'ouvre et se ferme à la fois, sous l'emprise de processus concomitants* »<sup>37</sup>. Celle-ci s'apparente plutôt à une membrane, caractérisée par sa perméabilité sélective. De structure réticulaire<sup>38</sup>, la frontière évoque aussi l'idée d'un système nerveux<sup>39</sup>, d'une toile et d'un maillage<sup>40</sup>, ou encore d'un rhizome<sup>41</sup>. Il faut ajouter à cela la dimension de contrôle à distance et de mise à l'écart, qui a amené Didier Bigo à théoriser le concept de banoptique, inspiré de l'idée benthamienne de panoptique. Ici, « *[s]eule la surveillance d'un petit nombre (ceux qui sont mobiles) et la régularisation d'une majorité (immobile ou circulant dans un périmètre illimitée dont la carte sur les visas donne*

<sup>29</sup> Andrew Crosby et Andrea Rea, « La fabrique des indésirables. Pratique de contrôle aux frontières dans un aéroport européen », *Cultures & Conflits*, n° 103-104, automne-hiver 2016, pp. 63-90. Voir aussi Sara Casella-Colombeau, « La frontière définie par les policiers », *Plein Droit*, n° 87, décembre 2010, pp. 12-15.

<sup>30</sup> Anne-Laure Amilhat Szary (*op. cit.*, p. 111) rapproche judicieusement ce cumul d'identités justifiant un traitement différencié de la notion d'intersectionnalité, forgée par Kimberlé Crenshaw pour conceptualiser l'expérience particulière des femmes noires face aux discriminations et aux violences racistes et sexistes aux États-Unis (Kimberlé Crenshaw, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167). Crenshaw avait elle-même envisagé que ce concept pourrait s'appliquer utilement à d'autres situations (Kimberlé Crenshaw, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », *Stanford Law Review*, vol. 43, n° 6, juillet 1991, pp. 1244-1245).

<sup>31</sup> Marie-Laure Basilien-Gainche, *op. cit.*, pp. 3-5.

<sup>32</sup> Paolo Cuttitta parle de « *frontières de statuts* » (*op. cit.*).

<sup>33</sup> Marie-Laure Basilien-Gainche, *op. cit.*

<sup>34</sup> Elspeth Guild et Didier Bigo, « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de police à distance », *Cultures & Conflits*, n° 49, printemps 2003, pp. 22-37, §7.

<sup>35</sup> Paul Klötgen, *op. cit.*, p. 141.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 139-141.

<sup>37</sup> Anne-Laure Amilhat Szary, *op. cit.*, p. 29.

<sup>38</sup> Olivier Clochard, « Le contrôle des flux migratoires aux frontières de l'Union européenne s'oriente vers une disposition de plus en plus réticulaire », *Carnets de géographes*, n° 1, octobre 2010.

<sup>39</sup> Marie-Laure Basilien-Gainche, *op. cit.*, p. 5.

<sup>40</sup> Ségolène Barbou des Places, « Entre toile numérique et maillage juridique. L'étranger fiché par l'Union européenne », in Laurence Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant, 2012, p. 72.

<sup>41</sup> Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980.

à voir le monde) est visée »<sup>42</sup>. Le dispositif banoptique renvoie ainsi à un ensemble hétérogène de discours, d'institutions, d'aménagements architecturaux, de lois et de mesures administratives qui « se déploie à distance en cherchant à anticiper les trajectoires que les individus vont suivre à partir des traces de leurs mouvements précédents ou de ceux qui leur ressemblent »<sup>43</sup>.

De longue date, un principe de souveraineté conduit à affirmer qu'un État peut toujours décider de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers<sup>44</sup>. Cette conception est renforcée par le fait que, depuis le début des années 2000, la frontière s'inscrit dans une logique de « sécurisation », qui amalgame immigration, criminalité et terrorisme<sup>45</sup>, et amène de plus en plus les Etats membres et l'Union européenne à durcir leurs politiques migratoires en rognant la protection des droits fondamentaux. De cette évolution découle une importante tension au sein du régime frontalier entre la volonté des Etats de contrôler de manière accrue la mobilité des étrangers, d'une part, et l'impérative protection des droits fondamentaux inhérente à tout Etat de droit, d'autre part. Au vu de la nature de la frontière contemporaine esquissée ci-dessus, des écarts semblent se creuser entre la « *frontière des contrôles* » (les lieux et contextes dans lesquels les contrôles sont effectués) et la « *frontière des droits* » (les lieux et contextes dans lesquels les droits sont susceptibles d'être protégés)<sup>46</sup>. La multiplication, l'extra-territorialisation, la privatisation et la sous-traitance à des Etats tiers des contrôles migratoires semblent en particulier poser question, au regard de droits aussi divers que le droit à la vie, le droit d'asile, le droit à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction des expulsions collectives et du refoulement, le droit à la sûreté et à la liberté, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à un recours effectif, le droit à la non-discrimination, la liberté d'aller et venir, le droit de quitter tout pays, y compris le sien, l'intérêt supérieur de l'enfant, la protection des

---

<sup>42</sup> Didier Bigo, « Le visa Schengen et le recours à la biométrie », in Xavier Crettiez et Pierre Piazza (dir.), *Du papier à la biométrie. Identifier les individus*, Presses de Sciences Po, 2006, p. 264.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>44</sup> CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, §67 ; CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 2.

<sup>45</sup> Voir en particulier le programme de La Haye de 2004 adopté lors du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004.

<sup>46</sup> Julien Jeandesboz, « Au-delà de Schengen : Frontex et les contrôles aux frontières », in Étienne Forestier-Peyrat (dir.), *op. cit.*, pp. 75-92.

données personnelles et le droit à une bonne administration<sup>47</sup>. Il convient aussi de s'interroger sur l'applicabilité des instruments de protection des droits fondamentaux. A titre d'exemple, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'UE reposent respectivement sur la notion de « *juridiction* »<sup>48</sup> et celle de « *mise en œuvre du droit de l'UE* »<sup>49</sup>. Des affaires récentes démontrent que la question n'est pas épuisée en ce qui concerne le régime frontalier contemporain<sup>50</sup>. Ainsi, même si des évolutions jurisprudentielles notables ont commencé à prendre en compte certaines spécificités du régime frontalier contemporain, des angles morts paraissent subsister dans la protection des droits. Au-delà des angles morts, constituant les cas les plus extrêmes, une attention toute particulière sera portée ici à l'effectivité des droits et du contrôle juridictionnel<sup>51</sup>, ainsi qu'à la justiciabilité des dispositifs constitutifs du régime frontalier. On mettra également en exergue l'insécurité juridique du régime frontalier.

Le présent mémoire se propose donc d'analyser la protection des droits fondamentaux des étrangers face aux mutations contemporaines des frontières françaises et européennes. Nous nous intéresserons principalement aux étrangers non ressortissants des Etats membres de l'UE, dans la mesure où ce sont les plus affectés par le régime frontalier. En outre, si la frontière sera ici étudiée comme un régime de régulation de la circulation transnationale des individus, nous évoquerons de temps à autres la « *frontière territoriale* » pour désigner clairement la ligne de démarcation entre les territoires des Etats habituellement appelée frontière. Nous articulerons d'ailleurs notre propos autour de cette ligne. D'une part, en amont de la frontière territoriale, de multiples formes d'interception – administrative, numérique, externalisée ou physique<sup>52</sup> – peuvent empêcher les individus d'atteindre le territoire de

---

<sup>47</sup> Sans détailler les références textuelles, ces droits sont notamment protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et certains de ses protocoles additionnels, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Constitution française du 4 octobre 1958, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention internationale des droits de l'enfant et la convention de Genève du 28 juillet 1951 et le protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés.

<sup>48</sup> Article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>49</sup> Article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

<sup>50</sup> CJUE, GC, 7 mars 2017, *X et X c. État belge*, C-638/16 PPU ; CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09.

<sup>51</sup> Sur les différents sens de la notion d'effectivité, voir Véronique Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, pp. 11-26. Pour notre part, nous entendons par effectivité le degré de concrétisation des normes de protection des droits fondamentaux énoncées abstraitement.

<sup>52</sup> Le choix a été fait d'aborder certains dispositifs transversaux dans le titre premier (fichiers et surveillance notamment), ce qui rend le découpage proposé imparfait puisqu'ils interviennent également en aval de la

l'Union européenne et en particulier celui de la France (Titre I). D'autre part, en aval de la frontière-ligne, le régime frontalier peut prendre la forme d'un camp (zone d'attente ou hotspot) ou d'une nasse (territoires ultramarins exclus de l'espace Schengen, contrôles aux frontières intérieures) (Titre II).

---

frontière territoriale. Nous nous efforcerons toutefois d'en aborder les aspects tant extraterritoriaux qu'intraterritoriaux.

## **Titre I - Des frontières extraterritoriales aux frontières territoriales**

L'une des principales caractéristiques de la frontière contemporaine est sa dimension extraterritoriale, ou pour reprendre les termes de Paolo Cuttitta, sa « *flexibilisation extravertie* »<sup>53</sup>. La frontière extraterritoriale prend des formes très diverses, tant matérielles (chapitre I) qu'immatérielles (chapitre II). Sa logique est néanmoins toujours celle de l'interception, que le comité exécutif du HCR a défini « *comme recouvrant toutes les mesures prises par un Etat hors du territoire national pour prévenir, interrompre ou arrêter le mouvement de personnes dépourvues des papiers requis et franchissant des frontières internationales par terre, air et mer et se rendant vers le pays de destination recherché* »<sup>54</sup>. Cette définition large permet d'englober tant l'interception « *active* », qui comprend par exemple le refoulement de bateaux en haute mer, que l'interception « *passive* », qui renvoie à une myriade de mesures administratives et légales comme les formalités de visa, le déploiement d'officiers de liaison, la responsabilisation des transporteurs ou encore l'inscription dans des bases de données européennes et nationales<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Paolo Cuttitta, *op. cit.*

<sup>54</sup> Comité exécutif du HCR, « Interception de demandeurs d'asile et de réfugiés : Le cadre international et les recommandations en vue d'une approche globale », 9 juin 2000, EC/50/SC/CRP.17, §10.

<sup>55</sup> Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2007, pp. 371-372.



## Chapitre 1 : La frontière immatérielle

Les premières barrières auxquelles peuvent se heurter les personnes cherchant à rejoindre le continent européen sont immatérielles : le visa (Section I) et le fichier (Section II).

### *Section 1 - L'interception administrative : le visa*

*« Le visa n'est pas simplement un instrument technique. Il n'est même pas uniquement une stratégie plus efficace de gestion des frontières. Il est centralement de l'ordre du Politique. C'est à travers le visa que l'on tient à distance et que l'on met à l'écart les étrangers indésirables. C'est aussi à travers lui que l'on définit entre les pays de l'espace Schengen une liste d'ennemis non déclarés mais dont on tient à se protéger. »*

Elspeth Guild et Didier Bigo<sup>56</sup>

L'un des premiers obstacles potentiels au départ est le visa, défini par le droit européen comme « l'autorisation accordée par un Etat membre en vue [...] du transit ou du séjour prévu sur le territoire des Etats membres, pour une durée totale n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours [ou] du passage par la zone internationale de transit des aéroports des Etats membres »<sup>57</sup>. Cette formalité administrative constitue l'une des frontières extraterritoriales à laquelle sont confrontés certaines nationalités et certains profils d'individus en particulier. Véritable instrument d'interception administrative<sup>58</sup>, le visa peut aussi être analysé comme l'un des outils par excellence de la « police à distance » des étrangers, que Didier Bigo et Elspeth Guild définissent comme « le contrôle de la circulation des personnes avant même leur entrée sur le territoire »<sup>59</sup>. Au-delà des caractéristiques principales du régime des visas (I.), on insistera sur l'objectif implicite de neutralisation du droit d'asile qu'il poursuit (II.).

<sup>56</sup> Elspeth Guild et Didier Bigo, « Le visa : instrument de la mise à distance des 'indésirables' », *Cultures & Conflits*, n° 49, printemps 2003, pp. 82-98, §1.

<sup>57</sup> Article 2 du règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas).

<sup>58</sup> Caroline Lantero, « Consécration du visa de transit aéroportuaire comme instrument de police de mise à distance des demandes d'asile », *Revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, 3 mars 2013.

<sup>59</sup> Elspeth Guild et Didier Bigo, « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de police à distance », *Cultures & Conflits*, n° 49, printemps 2003, pp. 22-37, §8.



## **I. Le régime général des visas**

S'inscrivant dans le mouvement de complexification du régime frontalier contemporain, les procédures de délivrance des visas font intervenir un nombre croissant d'acteurs, nationaux et européens, publics et privés (A.). Les règles relatives à la délivrance des visas en font par ailleurs une frontière à la fois catégorielle et personnelle (B.).

### **A. La multiplication des acteurs impliqués**

La politique des visas relève d'une compétence partagée entre l'UE et les Etats membres (1.). En outre, les Etats membres délèguent de plus en plus à des prestataires privés une partie de la procédure de délivrance des visas (2.).

#### *1. Une compétence partagée entre l'UE et les Etats membres*

En Europe, les règles en matière de visas relevaient de la seule prérogative des Etats jusqu'aux années 1980. Avec la mise en place de l'espace Schengen, les règles en matière de visa de court séjour ont fait l'objet d'une harmonisation progressive, dans un premier temps par l'intermédiaire des articles 9 à 17 de la CAAS de 1990. L'article 10 de la convention prévoit ainsi la création d'un « *visa uniforme valable pour le territoire de l'ensemble des Parties Contractantes* », dont la durée maximale de validité est fixée à trois mois. Ce visa est délivré par les autorités diplomatiques et consulaires de la destination principale du demandeur. Ses conditions d'obtention correspondent « *en principe* » aux conditions d'entrée fixées à l'article 5 de la convention : possession d'un passeport, documents justificatifs de l'objet et des conditions du séjour, moyens de subsistance suffisants pour le séjour et le retour, absence de signalement « *aux fins de non-admission* » et profil n'étant pas « *considéré comme pouvant compromettre l'ordre public, la sécurité nationale ou les relations internationales de l'une des Parties Contractantes* ». Si les Etats demeuraient chargés de traiter les demandes de visas, le Comité Exécutif fixait quant à lui des règles communes pour l'examen des demandes et s'assurait de leur application par les Etats.

En parallèle, un règlement européen a mis en place en 1995 un modèle type de visa européen, qui prenait la forme d'une vignette adhésive devant être apposée sur le passeport des étrangers

soumis à l'obligation de visa<sup>60</sup>. Par la suite, les règles de la CAAS ont été communautarisées dans le cadre de l'acquis de Schengen. L'article 77, paragraphe 2, a) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose désormais que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures portant sur [...] la politique commune des visas et d'autres titres de séjour de courte durée* ». En 2009, le code des visas<sup>61</sup> est ainsi venu encadrer davantage la délivrance des visas de court séjour, tout en abrogeant les articles 9 à 17 de la CAAS. Par ailleurs, l'article 79, paragraphe 2, a) du TFUE prévoit désormais une compétence partagée concernant « *les conditions d'entrée et de séjour, ainsi que les normes concernant la délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial* ». Toutefois, aucun texte n'ayant pour l'instant été adopté en ce sens, la délivrance des visas de long séjour, y compris pour des raisons humanitaires<sup>62</sup>, continue à relever de la seule compétence des États membres, conformément à l'article 18 de la CAAS<sup>63</sup>.

En pratique, le partage des compétences est d'autant plus complexe que les États ont mis en place une coopération consulaire. Même si l'État membre chargé d'examiner le dossier du demandeur est en principe celui dont le territoire constitue la destination principale<sup>64</sup>, les États membres ne sont pas toujours représentés dans tous les pays du monde ou dans certaines régions de ces pays. C'est pourquoi l'article 8 du code des visas permet la conclusion d'accords de représentation, par lesquels « *un État membre peut accepter de représenter un autre État membre compétent [...] en vue d'examiner les demandes et de délivrer les visas pour le compte de cet autre État membre* ». Ces accords peuvent également prévoir que la représentation se limite « *aux seules fins de la réception des demandes et du recueil des identifiants biométriques* ». A titre d'exemple, à la fin de l'année 2016, 24 États de l'espace Schengen étaient représentés par la France dans 51 pays tiers. Les autorités consulaires françaises ont délivré à ce titre près de 40 000 visas de court séjour. La France est elle-même représentée par 14 États dans 41 pays tiers. Par ailleurs, il est prévu de mettre en place progressivement des « *services consulaires communs opérationnels* ». Cette démarche n'en

<sup>60</sup> Règlement (CE) n° 1683/95 du Conseil du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa.

<sup>61</sup> Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas).

<sup>62</sup> CJUE, GC, 7 mars 2017, X et X c. État belge, C-638/16 PPU. Nous reviendrons sur cette affaire, en particulier sur les conséquences d'un partage strict des compétences en ce qui concerne les demandeurs d'asile.

<sup>63</sup> Cet article dispose entre autres que « *[l]es visas pour un séjour de plus de trois mois sont des visas nationaux délivrés par l'une des Parties Contractantes selon sa propre législation* ».

<sup>64</sup> Article 5 du code des visas.

est toutefois qu'à un stade expérimental en raison de problèmes d'harmonisation des normes de sécurité et des moyens informatiques<sup>65</sup>.

Ce partage des tâches paraît de prime abord logique et peut notamment permettre, comme le dispose l'article 8 paragraphe 6 du code des visas, « *d'éviter que la mauvaise qualité des infrastructures de transport ou la distance à parcourir dans une région ou zone géographique particulière n'exige, de la part des demandeurs, un effort disproportionné pour se rendre à un consulat dans cette région ou zone* ». Toutefois, ce fonctionnement n'est pas sans introduire une complexité dans la procédure. En principe, selon l'article 8 paragraphe 2, « *[l]orsqu'il envisage de rejeter une demande de visa, le consulat de l'Etat membre agissant en représentation soumet la demande aux autorités compétentes de l'Etat membre représenté, afin que celles-ci prennent une décision définitive sur la demande [...]* ». L'Etat membre agissant en représentation ne peut donc lui-même refuser un visa pour le compte de l'autre Etat membre. Néanmoins, l'article 8, paragraphe 4, d) prévoit que l'accord bilatéral de représentation peut autoriser les autorités consulaires de l'Etat membre agissant en représentation à refuser de délivrer un visa après examen de la demande. Dans ce cas, les autorités de l'Etat membre agissant en représentation seront également compétentes pour examiner l'éventuel recours contre le refus de visa. En effet, l'article 32 paragraphe 3 du code des visas dispose que le recours est intenté « *contre l'Etat membre qui a pris la décision finale sur la demande, conformément à la législation nationale de cet Etat membre* »<sup>66</sup>. Cette délégation absolue du traitement des demandes à un autre Etat membre interroge du point de vue de la possibilité pour le demandeur à faire valoir pleinement ses droits à obtenir un visa pour l'Etat membre de destination. Elle risque en tout cas d'égarer un peu plus les demandeurs de visa dans ce dédale procédural. La confusion est d'ailleurs d'autant plus importante que les Etats peuvent également recourir à des prestataires privés.

## 2. L'externalisation partielle de la procédure de délivrance des visas

Le code des visas autorise également les Etats membres à déléguer à des prestataires privés une partie de la procédure de délivrance des visas, à l'exclusion de l'examen des demandes,

---

<sup>65</sup> Point de contact français du Réseau européen des Migrations, « Rapport annuel 2016 sur les politiques d'asile et d'immigration », avril 2017, pp. 29-30, <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/content/download/102769/810983/file/Rapport-politique-du-REM-2016.pdf>

<sup>66</sup> Voir en ce sens CAA Nantes, 17 octobre 2016, n° 16NT01001.

des entretiens éventuels, de la prise de décision concernant les demandes et de l'impression et l'apposition des vignettes-visas<sup>67</sup>. Le coût du service repose sur le demandeur qui doit d'acquitter d'une somme plafonnée à 30 euros<sup>68</sup>. Bien que l'externalisation soit prévue « *en dernier ressort* » lorsque la coopération consulaire avec d'autres Etats membres « *s'avère inappropriée* »<sup>69</sup> et en cas de « *circonstances particulières ou pour des raisons liées à la situation locale* », de plus en plus d'Etats membres y ont recours, et ce de manière accrue<sup>70</sup>.

Les autorités françaises ont mis en place un programme d'« *externalisation des visas* » à partir de 2007 « *afin de pouvoir faire face à la hausse continue du nombre de demandes de visas* »<sup>71</sup>. Le ministère de l'Intérieur invoque les « *réductions budgétaires* » et des « *effectifs des postes consulaires* » et « *l'alourdissement des tâches des services de visas* », qui « *rendent inéluctable l'extension de l'externalisation dans tous les postes où cette pratique est économiquement viable et où cette tâche peut être confiée à un prestataire fiable* »<sup>72</sup>. Cette sous-traitance concerne les pays présentant un nombre élevé de demandes, comme l'Algérie, la Turquie, l'Inde ou encore la Chine. En septembre 2016, 49 postes diplomatiques ou consulaires sur 178 étaient concernés par l'externalisation « *pour tout ou partie des fonctions d'accueil des demandeurs de visas auprès d'un prestataire privé (TLS, VFS ou Capago)* ». Ce sont en tout 92 centres externalisés qui ont traité en 2016 plus des quatre cinquième des demandes de visas auprès de la France<sup>73</sup>.

Cette externalisation concerne les tâches « *non régaliennes* », afin de permettre aux agents consulaires « *de se concentrer sur leur tâche régaliennne d'instruction des demandes, en particulier pour mieux évaluer le risque migratoire qui s'attache à certains dossiers, et mieux lutter contre les fraudes au travers, par exemple d'entretiens individuels avec les demandeurs* ». Les tâches externalisées sont diverses et comprennent l'accueil téléphonique des usagers, la prise de rendez-vous pour déposer une demande, la diffusion d'informations, la collecte des dossiers avec vérification des pièces, la collecte des droits de visas, la

---

<sup>67</sup> Article 43 du code des visas.

<sup>68</sup> Article 17 du code des visas.

<sup>69</sup> Article 40, paragraphe 3.

<sup>70</sup> Gérard Beaudu, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 68, hiver 2007, pp. 85-109 ; Gérard Beaudu, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen (actualisation le 1<sup>er</sup> mai 2009) », *Cultures & Conflits*, n° 74, été 2009, pp. 111-127.

<sup>71</sup> Point de contact français du Réseau européen des Migrations, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>72</sup> Ministère de l'Intérieur, « La biométrie et l'externalisation », 10 novembre 2016, <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Immigration/Les-visas/La-biometrie-et-l-externalisation>

<sup>73</sup> Point de contact français du Réseau européen des Migrations, *op. cit.*

restitution sous enveloppe fermée, du document de voyage avec ou sans le visa sollicité ainsi que la saisie informatique sécurisée du contenu du formulaire de demande de visa. Les prestataires privés sont également impliqués dans la collecte des données biométriques<sup>74</sup>. Dans un premier temps, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) s'était montrée quelque peu circonspecte vis-à-vis de cette sous-traitance du recueil des données biométriques<sup>75</sup>, avant de s'estimer relativement satisfaite en 2012<sup>76</sup>.

De manière générale, le recours aux prestataires privés pose d'autres problèmes, comme le monopole croissant de quelques prestataires (VFS Global, TLS Contact), qui génère une dépendance des Etats membres, le coût additionnel pour les demandeurs et de graves carences sur le plan de l'information sur les sites Internet des prestataires<sup>77</sup>.

## **B. Une frontière catégorielle et personnelle**

Le régime des visas remplit une fonction de catégorisation (1.), en même temps qu'il constitue une frontière éminemment personnelle, qui s'appuie sur la notion de « *risque migratoire* » (2.).

### *1. Un régime catégoriel en perpétuelle évolution*

Le régime des visas « *Schengen* » concerne uniquement les ressortissants de pays tiers. Dès la CAAS, les règles en matière de visa s'appliquent en effet aux seuls « *étrangers* », dont il est précisé à l'article premier qu'il s'agit de « *toute personne autre que les ressortissants des États membres des Communautés européennes* ». Ce principe a été maintenu par les textes ultérieurs. Les citoyens de l'Union ne peuvent se voir imposer « *aucun visa d'entrée ni obligation équivalente* »<sup>78</sup>. Les membres de leur famille (conjoint ou partenaire enregistré, descendants directs de moins de 21 ans à charge, ascendants directs à charge) demeurent soumis à l'obligation de visa d'entrée, sauf s'ils détiennent une carte de séjour en cours de

<sup>74</sup> Point de contact français du Réseau européen des Migrations, *op. cit.*

<sup>75</sup> Délibération n° 2009-494 du 17 septembre 2009 portant avis sur le projet de décret modifiant les articles R. 611-10 et R. 611-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans le but de pouvoir confier à des prestataires agréés le recueil des données biométriques des demandeurs de visa.

<sup>76</sup> Délibération n° 2012-293 du 13 septembre 2012 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application de gestion des dossiers de ressortissants étrangers en France et au traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers sollicitant la délivrance d'un visa.

<sup>77</sup> Gérard Beaudu, *op. cit.*

<sup>78</sup> Article 5 paragraphe 1 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 Etats membres.

validité. Néanmoins, la directive 2004/38/CE dispose que « [l]es États membres accordent à ces personnes toutes facilités pour obtenir les visas nécessaires » qui « sont délivrés sans frais dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée »<sup>79</sup>. Par ailleurs, le code des visas s'applique exclusivement aux ressortissants de pays tiers et « sans préjudice [...] du droit à la libre circulation dont jouissent [ceux] qui sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union ». Quant au code frontières Schengen, il « s'applique à toute personne franchissant les frontières intérieures ou extérieures d'un Etat membre, sans préjudice [...] des droits des personnes jouissant du droit à la libre circulation ».

En outre, certaines nationalités de ressortissants de pays tiers sont dispensées de visa<sup>80</sup>, même si elles doivent remplir les autres conditions prévues par l'article 6 du code frontières Schengen<sup>81</sup> pour entrer sur le territoire européen. La liste des pays concernés par l'exemption de visa (dite « liste blanche », par opposition à une « liste noire ») est établie « sur la base d'une évaluation au cas par cas de divers critères relatifs, entre autres, à l'immigration clandestine, à l'ordre public et à la sécurité, aux avantages économiques, en particulier en termes de tourisme et de commerce extérieur, ainsi qu'aux relations extérieures de l'Union avec les pays tiers concernés y compris, en particulier, des considérations liées au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que les implications de la cohérence régionale et de la réciprocité »<sup>82</sup>. Avant 2014, la liste était dressée selon les critères prévus au considérant 5 du règlement. Même s'il est difficile d'identifier lesquels de ces critères sont déterminants<sup>83</sup>, il semble que les pays bénéficiant de dispenses de visa sont en particulier ceux à faible « risque migratoire » et ceux ayant conclu avec l'Union européenne des accords de réadmission et ayant consenti à renforcer considérablement la « lutte contre l'immigration clandestine »<sup>84</sup>. On comprend ainsi que l'exemption de visa peut devenir une sorte de

---

<sup>79</sup> Article 5 paragraphe 2 de la directive 2004/38/CE.

<sup>80</sup> Règlement (CE) n° 539/2001 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.

<sup>81</sup> Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

<sup>82</sup> Article -1 du règlement (CE) n° 539/2001 du 15 mars 2001 (ajouté par le règlement (UE) n° 509/2014 du 15 mai 2014).

<sup>83</sup> Elspeth Guild et Didier Bigo, « Le visa : instrument de la mise à distance des 'indésirables' », *Cultures & Conflits*, n° 49, printemps 2003, pp. 82-98.

<sup>84</sup> Dans la proposition de règlement de la Commission de 2000 (COM(2000) 27 final), sont explicités les critères utilisés pour déterminer l'appartenance d'un pays tiers à l'une ou l'autre liste. Le passage relatif à l'immigration illégale est particulièrement instructif : « le régime de visas est un instrument essentiel de maîtrise des flux migratoires. A cet effet, il y a lieu de se référer à un certain nombre d'informations ou indicateurs statistiques



monnaie d'échange dans la négociation de nouveaux accords de réadmission avec des pays tiers ou de leur meilleure application. Le cas de la Turquie est à cet égard particulièrement emblématique. La déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 prévoyait entre autres l'accélération du processus de libéralisation du régime des visas pour les ressortissants turcs, en échange d'une coopération renforcée de la Turquie pour empêcher les départs vers la Grèce, réadmettre ceux arrivant sur les îles grecques et éviter l'ouverture de nouvelles routes migratoires. L'exemption de visa n'a toutefois pu être concrétisée pour l'instant, faute pour la Turquie de respecter les critères établis dans une feuille de route et parmi lesquels figure « *la mise en œuvre de l'intégralité des dispositions de l'accord de réadmission UE-Turquie* »<sup>85</sup>.

Depuis décembre 2013, il est également prévu que les dispenses de visa déjà en vigueur puissent être suspendues si un pays tiers réinstaure une obligation de visa pour les ressortissants d'un Etat membre<sup>86</sup>. Ce mécanisme n'a toutefois jamais été utilisé, en raison de ses conditions trop restrictives et de délais trop longs<sup>87</sup>. En mars 2017, un mécanisme simplifié et élargi de suspension temporaire des dispenses de visa a ainsi été mis en place<sup>88</sup>. Son objectif est clairement de prévenir, dans l'urgence, tout nouveau « *risque migratoire* » détecté et de s'assurer d'une coopération sans faille de la part des pays tiers dans la « *lutte contre l'immigration irrégulière* », dans un contexte où la libéralisation du régime des visas est envisagée avec des pays voisins de l'Union européenne. Selon la nouvelle clause de sauvegarde, tout Etat membre est autorisé à suspendre temporairement l'exemption de l'obligation de visa pour un pays tiers donné, s'il est confronté à l'une ou plusieurs des circonstances suivantes :

---

*pertinents pour l'appréciation du risque de flux migratoires illégaux (par exemple les informations et /ou statistiques concernant les séjours irréguliers, les refus d'entrée sur le territoire, les mesures d'éloignement, les filières d'immigration clandestine ou de travail clandestin), d'évaluer la sécurité des documents de voyage délivrés par le pays tiers concerné et enfin de tenir compte de l'existence et du fonctionnement des accords de réadmission conclus par ce pays ».*

<sup>85</sup> Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : Sixième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », 13 juin 2017, COM(2017) 323 final, p. 11.

<sup>86</sup> Règlement (UE) n° 1289/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001.

<sup>87</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et 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 États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (révision du mécanisme de suspension) », 4 mai 2016, COM(2016) 290 final, p. 4.

<sup>88</sup> Règlement (UE) 2017/371 du Parlement européen et du Conseil du 1er mars 2017 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 (révision du mécanisme de suspension).

- « un accroissement substantiel du nombre de ressortissants de ce pays tiers qui se sont vu refuser l'entrée ou dont il s'avère qu'ils séjournent sur le territoire de cet État membre sans en avoir le droit » ;
- « un accroissement substantiel du nombre de demandes d'asile déposées par les ressortissants de ce pays tiers pour lequel le taux de reconnaissance est faible » ;
- « une diminution de la coopération en matière de réadmission avec ce pays tiers » ;
- « un accroissement des risques ou une menace imminente pour l'ordre public ou la sécurité intérieure des États membres, en particulier un accroissement substantiel des infractions pénales graves, lié à des ressortissants de ce pays tiers »<sup>89</sup>.

Une procédure de notification auprès de la Commission déclenche ensuite une procédure pouvant aboutir à l'adoption d'un acte d'exécution portant suspension temporaire de l'exemption de visa pour une période initiale de neuf mois et à l'établissement d'un « dialogue approfondi [avec le pays tiers concerné] en vue de remédier aux circonstances en question ». En cas de circonstances persistantes, la suspension temporaire pourra être prolongée pour une durée de dix-huit mois, à l'issue de laquelle la Commission pourra présenter une proposition législative visant à réintroduire l'obligation de visa pour le pays concerné. Dans l'hypothèse d'une telle proposition, la suspension de visa pourra à nouveau être prolongée de six mois.

Le régime des visas Schengen donne donc à voir une catégorisation poussée des étrangers désireux de rejoindre l'Europe, schématiquement répartis en potentiels amis ou ennemis<sup>90</sup>, selon le « risque migratoire » qu'ils présentent avec l'ensemble de leurs compatriotes. Cette catégorisation n'est en outre pas figée et peut évoluer perpétuellement au gré des circonstances. Depuis mai 2017<sup>91</sup>, 104 nationalités sont soumises à l'obligation de visa<sup>92</sup> et 60 Etats en sont dispensés<sup>93</sup>. Un nombre plus restreint de nationalités, à « risque migratoire »

<sup>89</sup> Nouvel article 1 bis du règlement (CE) n° 539/2001.

<sup>90</sup> Elspeth Guild et Didier Bigo, *op. cit.*, §1.

<sup>91</sup> La dernière modification a été effectuée par le règlement (UE) 2017/850 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017.

<sup>92</sup> Nous y incluons la Palestine et le Kosovo, même s'ils ne sont pas reconnus par tous les Etats membres de l'Union européenne comme des Etats.

<sup>93</sup> Il faut y ajouter Taïwan, deux régions administratives spéciales de la République populaire de Chine (Hong Kong et Macao) et le cas particulier de certains citoyens britanniques d'outre-mer.



particulièrement élevé, sont soumises à un visa de transit aéroportuaire, exigé pour effectuer un simple transit par un aéroport européen<sup>94</sup>.

## 2. Une frontière personnelle fondée sur la notion de « risque »

Si le régime des visas fonctionne dans un premier temps selon une opération de catégorisation en fonction de la nationalité, le code des visas prévoit ensuite des règles de délivrance des visas qui prétendent identifier les individus présentant un « *risque* » à titre individuel. Trois types de visas sont régis par le code des visas : le visa uniforme<sup>95</sup>, valable pour l'ensemble du territoire des Etats membres pour les séjours de moins de trois mois, le visa à validité territoriale limitée<sup>96</sup>, délivré à titre exceptionnel pour un ou plusieurs Etats membres seulement, et le visa de transit aéroportuaire<sup>97</sup>. Le propos se concentrera ici sur le visa uniforme, dit visa « *Schengen* », à la fois car c'est le principal visa délivré et parce que le visa de transit aéroportuaire, important par ses effets sur les demandeurs d'asile, sera abordé dans la partie suivante.

De longue date, les autorités consulaires françaises « *disposent d'un large pouvoir discrétionnaire* » dans la délivrance des visas et « *peuvent se fonder [...] sur toute considération d'intérêt général* »<sup>98</sup>. Jusqu'en 2016, le refus de visa n'avait d'ailleurs pas à être motivé<sup>99</sup>. Depuis 2011, l'article 32 du code des visas obligeait toutefois déjà les autorités consulaires des Etats membres à motiver les refus de visa Schengen. La CJUE est venue préciser que les motifs de refus prévus par le code des visas étaient exhaustifs, mais que les autorités « *disposent, lors de l'examen de [la] demande, d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les conditions d'application de ces dispositions et l'évaluation des faits pertinents, en vue de déterminer si l'un de ces motifs de refus peut être opposé au demandeur* »<sup>100</sup>. La Cour a également estimé qu'un refus peut notamment être motivé par un simple « *doute raisonnable quant à la volonté du demandeur de quitter le territoire des Etats membres avant l'expiration du visa demandé, au vu de la situation générale du pays de résidence du demandeur et des caractéristiques qui lui sont propres, établies au regard des*

<sup>94</sup> Cf. partie II. A. sur cette question.

<sup>95</sup> Article 24 du code des visas.

<sup>96</sup> Article 25 du code des visas.

<sup>97</sup> Article 3 du code des visas.

<sup>98</sup> CE, 28 février 1986, n° 41550.

<sup>99</sup> Article L. 211-2 du Ceseda, abrogé par l'article 4, III de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

<sup>100</sup> CJUE, GC, 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushaki c. Bundesrepublik Deutschland*, C-84/12, §63.

informations fournies par ce dernier »<sup>101</sup>. Ces caractéristiques comprennent selon la Cour « *sa situation familiale, sociale et économique, l'existence éventuelle de séjour légaux ou illégaux antérieures dans l'un des Etats membres, ainsi que ses liens dans le pays de résidence et dans les Etats membres* »<sup>102</sup>. Autrement dit, le « *risque d'immigration illégale* », notion hautement subjective et contestable, suffit pour justifier le refus de visa. Pour l'établir, les autorités consulaires procèdent à la vérification des conditions d'entrée et à l'« *évaluation des risques* »<sup>103</sup>. Les demandeurs de visa doivent d'une part remplir les conditions d'entrée prévues à l'article 6 du code frontières Schengen, c'est-à-dire entre autres « *justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer de moyen de subsistance suffisants* » pour le séjour et le retour, ne pas être signalé aux fins de non-admission dans le SIS<sup>104</sup> et « *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 Etats 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 Etats membres pour ces mêmes motifs* ». Le VIS, dans lequel sont inscrits tous les demandeurs de visas et dans lequel figurent leurs identifiants biométriques, est également consulté. Le demandeur est en outre tenu de présenter « *des informations permettant d'apprécier sa volonté de quitter le territoire des Etats membres avant l'expiration du visa demandé* »<sup>105</sup> et peut être invité à un entretien.

Dans son « *Manuel relatif au traitement des demandes de visa et à la modification des visas délivrés* », la Commission européenne recommande aux consulats de « *définir des 'profils' de demandeurs qui présentent un risque particulier, au regard du contexte et des conditions locales, y compris en tenant compte de la situation générale du pays de résidence (par exemple, régions politiquement instables, taux de chômage élevé et pauvreté endémique)* »<sup>106</sup>. Ces profils peuvent selon la Commission « *se fonder sur la stabilité de la situation socioéconomique du demandeur, mais chaque demande doit être appréciée en fonction de ses caractéristiques propres* ». La Commission établit également les « *facteurs [du] niveau de*

<sup>101</sup> CJUE, GC, 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, C-84/12, §73.

<sup>102</sup> Ibid., §69.

<sup>103</sup> Article 21 du code des visas.

<sup>104</sup> Sur ce sujet, voir Claire Saas, « Les refus de délivrance fondés sur une inscription au Système Information Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 50, été 2003, pp. 63-83.

<sup>105</sup> Article 14 du code des visas.

<sup>106</sup> Décision de la Commission C(2010) 1620 final du 19 mars 2010 établissant le Manuel relatif au traitement des demandes de visas et à la modification des visas délivrés (telle que modifiée par la décision C(2011) 5501 final du 4 août 2011 et la décision C(2014) 2727 de la Commission du 29 avril 2014), §7.12.

*stabilité individuelle* » : « liens familiaux ou autres liens personnels dans le pays de résidence, liens familiaux ou autres liens personnels dans les États membres, état civil, situation professionnelle (niveau de salaire, si employé), régularité des revenus (travail salarié, activité indépendante, pension, revenus issus d'investissements, etc.) du demandeur ou de son conjoint, de ses enfants ou des personnes à sa charge, niveau des revenus, statut social dans le pays de résidence (par exemple, élu à une fonction publique, représentant d'une ONG, profession ayant un statut social élevé : avocat, médecin, professeur d'université) et possession d'une maison ou d'un bien immobilier ». La Commission attire enfin l'attention sur d'autres aspects à vérifier : « séjours irréguliers antérieurs dans les États membres, abus antérieurs du système de sécurité sociale dans les États membres, succession de demandes de visa (de court ou de long séjour) présentées à diverses fins sans rapport entre elles et crédibilité de la personne hôte lorsque la lettre d'invitation est présentée ».

## **II. La neutralisation du droit d'asile**

Si le visa est donc fondé sur la notion omniprésente de « *risque migratoire* » et prétend à ce titre lutter contre la seule « *immigration illégale* », il sert aussi et peut-être surtout à empêcher les demandeurs d'asile d'atteindre le territoire européen et répond en cela à un objectif de « *police à distance* »<sup>107</sup>. En effet, la généralisation des visas depuis les années 1990 s'inscrit dans un contexte historique qui laisse peu de place au doute quant à son véritable but. Dès les années 1980, le Royaume-Uni impose des visas aux citoyens turcs et sri lankais en réponse à l'augmentation de demandes d'asile soi-disant abusives des ressortissants de ces pays<sup>108</sup>. Dans les années 1990, un certain nombre d'États d'Europe de l'Ouest, dont les pays du Benelux, et la Finlande, imposent des visas aux Bosniaques, dans le contexte de l'exode des réfugiés de la guerre d'ex-Yougoslavie<sup>109</sup>. Des pays comme la Croatie et la Slovénie se retrouvent alors contraints d'accueillir en grande partie les réfugiés bosniaques<sup>110</sup>. Progressivement, le visa se

<sup>107</sup> Elspeth Guild et Didier Bigo, « 1) Le visa Schengen : expression d'une stratégie de 'police' à distance », *Cultures & Conflits*, n° 49, printemps 2003 ; Caroline Lantero, « Consécration du visa de transit aéroportuaire (VTA) comme instrument de police de mise à distance des demandes d'asile », note sous CE, réf., 15 février 2013, Anafé et Gisti, n° 365709, *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 3 mars 2013, <https://revdh.files.wordpress.com/2013/03/lettre-adl-du-credof-3-mars-2013.pdf>

<sup>108</sup> Sarah Collinson, « Visa Requirements, Carrier Sanctions, 'Safe Third Countries' and 'Readmission': The Development of an Asylum 'Buffer Zone' in Europe », *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 21, n° 1, 1996, p. 80.

<sup>109</sup> Violeta Moreno-Lax, « Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees », *European Journal of Migration Law*, n° 10, 2008, p. 323.

<sup>110</sup> Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *op. cit.*, pp. 374-375.

généralise comme instrument d'évitement, puisqu'il permet de s'affranchir aisément de l'obligation de non-refoulement prévue notamment par l'article 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié (Convention de Genève)<sup>111</sup>. L'article 100 C paragraphe 2 du traité de Maastricht en porte la trace. Il prévoyait que « *dans le cas où survient dans un pays tiers une situation d'urgence confrontant la Communauté à la menace d'un afflux soudain de ressortissants de ce pays, le Conseil peut [...] rendre obligatoire, pour une période ne pouvant excéder six mois, l'obtention d'un visa par les ressortissants du pays en question* ». Le texte ne prend pas ici le soin de préciser si cet « *afflux soudain* » est le fait de « *migrants clandestins* » ou de demandeurs d'asile. L'article 3 du code des visas, relatif au visa de transit aéroportuaire, est plus prudent et se réfère à un « *afflux massif de migrants clandestins* », alors qu'il sert en pratique à empêcher l'arrivée des demandeurs d'asile (A.). Quant au visa octroyé spécifiquement au demandeur d'asile, sa délivrance demeure à ce jour purement discrétionnaire (B.).

#### **A. Le visa de transit aéroportuaire, visa « *anti-asile* »**

En 1996, le Conseil crée le visa de transit aéroportuaire (VTA)<sup>112</sup>, à l'initiative de la France<sup>113</sup>, qui venait de mettre en place ce visa en 1994-1995<sup>114</sup>. Ce visa, exigé pour tout passage par la zone internationale de transit des aéroports situés sur le territoire des Etats membres, a ensuite été repris dans le code des visas adopté en 2009. L'article 3 de ce code prévoit d'abord à l'annexe IV du règlement une liste commune de pays tiers dont les ressortissants sont soumis à cette obligation. Cette liste, inchangée depuis 2009, comprend douze pays : l'Afghanistan, le Bangladesh, la République démocratique du Congo, l'Erythrée, l'Ethiopie, le Ghana, l'Iran, l'Iraq, le Nigeria, le Pakistan, la Somalie et le Sri Lanka. L'article 3 paragraphe 2 du code des visas permet également aux Etats membres d'imposer l'obligation de VTA à d'autres pays tiers « *en cas d'urgence due à un afflux massif de migrants*

---

<sup>111</sup> Cet article dispose que « *[a]ucun 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* ».

<sup>112</sup> Action commune 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 de transit aéroportuaire (96/197/JAI).

<sup>113</sup> L'action commune vise « *l'initiative de la République française en date du 23 février 1995* » sans plus de précision.

<sup>114</sup> Un arrêté du 3 janvier 1994 modifie l'arrêté du 10 avril 1984 relatif aux conditions d'entrée des étrangers sur le territoire métropolitain et dans les départements d'outre-mer français, pour y introduire le principe du visa de transit aéroportuaire. Un arrêté du 17 octobre 1995 fixe la liste des Etats dont les ressortissants sont soumis au visa consulaire de transit aéroportuaire et les exceptions à cette obligation.

*clandestins* ». Dans ce cas, les Etats membres doivent notifier ces décisions à la Commission, qui font l'objet d'un réexamen annuel en vue d'un éventuel transfert sur la liste commune. En l'absence d'un tel transfert, l'obligation de VTA peut être maintenue par l'Etat membre concerné, sans qu'une limite de temps ne soit précisée<sup>115</sup>. Le transfert d'un pays tiers sur la liste commune n'a jusqu'ici jamais été effectué, même si des discussions ont eu lieu en ce sens au sein du comité des visas, notamment en ce qui concerne la Syrie, le Soudan, le Sud Soudan et le Libéria<sup>116</sup>. Alors que certains Etats membres comme la Suède ou la Finlande n'imposent aucun VTA en dehors de la liste commune, la France impose l'obligation de VTA à 19 nationalités<sup>117</sup>. Douze Etats membres, dont la France, ont inscrit la Syrie sur leur liste nationale. De manière générale, les pays figurant sur la liste commune et sur les listes nationales sont majoritairement des pays émetteurs de réfugiés, ce qui laisse sceptique quant au critère de l'« *urgence due à un afflux massif de migrants clandestins* », d'autant qu'aucun contrôle sérieux n'est exercé sur l'application de ce critère et que le code des visas ne précise pas ce qu'il entend par « *afflux massif* ».

En France, un premier contentieux en 2008<sup>118</sup> a réussi à faire annuler un arrêté du 1<sup>er</sup> février<sup>119</sup> car celui-ci visait les « *Russes provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Egypte* » (implicitement les Tchétchènes). Or, ce critère de l'aéroport de provenance étant absent de l'article 3 de l'arrêté du 10 avril 1984 modifié (qui prévoyait la possibilité d'instaurer le VTA pour certaines nationalités), l'arrêté litigieux ne pouvait qu'être entaché d'illégalité. Un nouvel arrêté a alors été pris pour ajouter ce critère de l'aéroport de provenance<sup>120</sup>, puis un autre arrêté a rétabli l'obligation de VTA pour les Russes en provenance de certains aéroports<sup>121</sup>. Cette défaite en cachait une autre puisque, dans la

<sup>115</sup> En pratique, les résumés des réunions du comité des visas témoignent de ce que la Commission européenne demande bien aux Etats membres d'effectuer une révision annuelle de leur liste nationale, et de se justifier sur le maintien de l'obligation de VTA pour certains pays. Voir par exemple le résumé de la réunion du 12 novembre 2014 (HOME/C2/Visa Committee/52/2014).

<sup>116</sup> Voir par exemple le résumé de la réunion du 14 février 2012 ou encore de celle du 29 novembre 2011. En 2011, 17 Etats membres étaient en faveur de l'ajout de la Syrie sur la liste commune.

<sup>117</sup> Un tableau récapitulatif des listes nationales est disponible sur le site de la Commission européenne : [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/annex\\_7b\\_atv-national\\_lists\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/annex_7b_atv-national_lists_en.pdf). La dernière version actualisée date du 31 juillet 2017.

<sup>118</sup> CE, 25 juillet 2008, n° 313710-313713.

<sup>119</sup> Arrêté du 1<sup>er</sup> février 2008 fixant la liste des Etats dont les ressortissants sont soumis au visa consulaire de transit aéroportuaire et les exceptions à cette obligation.

<sup>120</sup> Arrêté du 31 juillet 2008 modifiant l'arrêté du 10 avril 1984 relatif aux conditions d'entrée des étrangers sur le territoire métropolitain et dans les départements d'outre-mer français.

<sup>121</sup> Arrêté du 31 juillet 2008 fixant la liste des Etats dont les ressortissants sont soumis au visa consulaire de transit aéroportuaire et les exceptions à cette obligation.

même décision, le Conseil d'Etat a explicitement entériné le principe de l'obligation de VTA, estimant qu'elle « *répond à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, le détournement du transit aux seules fins d'entrée en France et ne porte par elle-même aucune atteinte au droit d'asile* ». Cette validation du Conseil d'Etat était d'autant plus problématique qu'une corrélation avait pu être établie, à partir des informations délivrées par le ministère de l'Intérieur, entre la variation soudaine du nombre de demandes d'asile à la frontière d'une certaine nationalité et la mise en place d'un VTA pour les ressortissants de cette nationalité<sup>122</sup>.

Une nouvelle série de contentieux s'est développée en 2013-2014 autour de l'ajout de la Syrie à la liste française de pays tiers soumis à l'obligation de VTA. Cet ajout a d'abord eu lieu dans des conditions contestables puisqu'il a été appliqué avant même sa notification à la Commission et la modification de l'annexe D de l'arrêté du 10 mai 2010 comportant la liste des pays soumis à l'obligation de VTA. L'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé) et le Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (Gisti) ont donc formé un référé-liberté contre cette décision implicite<sup>123</sup>. Le Conseil d'Etat a à nouveau validé le dispositif, en considérant que « *sans porter par elle-même aucune atteinte au droit fondamental qu'est le droit d'asile, l'obligation de disposer d'un tel visa répond à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, des afflux incontrôlés de personnes qui demanderaient l'admission sur le territoire au titre de l'asile ainsi que le détournement du transit aux seules fins d'entrée en France* ». Par rapport à la formulation de la décision de 2008, un nouvel objectif légitime du VTA a été ajouté concernant de prétendus « *afflux incontrôlés* » de demandeurs d'asile, ce qui n'est aucunement l'objet de ce visa puisqu'il est censé répondre à un « *cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins* ». L'appréciation de ce critère par le Conseil d'Etat ne manque pas d'étonner. Celui-ci se contente de relever « *qu'après la fermeture du consulat de France à Damas, plusieurs centaines de ressortissants syriens se sont présentés dans les consulats des pays limitrophes, notamment l'Egypte, la Jordanie et le Liban, pour demander des visas de court ou de long séjour ; que le nombre des demandes d'asile présentées par des ressortissants syriens est passé de 20 en 2010 à 54 en 2011 et 180 en 2012* ». Le Conseil

<sup>122</sup> Voir Sophie-Anne Bisiaux et Marine Doisy, « Les visas de transit aéroportuaire imposés par la France : état des lieux et enjeux », juillet 2017, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/note\\_sur\\_les\\_vta\\_imposes\\_par\\_la\\_france\\_-\\_etat\\_des\\_lieux\\_et\\_enjeux.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/note_sur_les_vta_imposes_par_la_france_-_etat_des_lieux_et_enjeux.pdf).

<sup>123</sup> CE, ord., 15 février 2013, n° 365709.



d'Etat estime donc que la condition d'urgence requise pour instaurer l'obligation de VTA est remplie, en omettant de déterminer si les arrivées de Syriens peuvent être qualifiées d'« irrégulières » et de préciser en quoi l'arrivée de quelques centaines de personnes aux frontières françaises pourrait être qualifiée d'« *afflux massif* ». Enfin, il considère que l'application hâtive de la décision d'exiger un VTA des ressortissants syriens « *ne fait pas apparaître, au regard tant de la nature du visa de transit aéroportuaire que des conditions dans lesquelles les visas de transit sollicités ont été, depuis cette décision, délivrés aux ressortissants syriens qui les ont demandés, de situation d'urgence caractérisée de nature à justifier l'usage par le juge des référés des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* ».

L'Anafé et le Gisti ont ensuite déposé une requête en référé-suspension pour faire suspendre la décision litigieuse. Le Conseil d'Etat a confirmé sa décision antérieure, en relevant que « *depuis le 15 janvier 2013, 91 demandes de visa de transit aéroportuaire ont été déposées par des ressortissants syriens ; qu'à ce jour, 64 visas ont été délivrés et 24 refus opposés* » et que la condition d'urgence (exigée pour l'intervention du juge des référés) n'était dès lors pas remplie<sup>124</sup>. Entre l'audience et la décision du Conseil d'Etat, le ministère de l'Intérieur a publié un nouvel arrêté ajoutant la Syrie à la liste française des pays soumis à l'obligation de VTA<sup>125</sup>. Enfin, en 2014, le Conseil d'Etat a statué au fond<sup>126</sup>. Sur le plan de la légalité externe, il a estimé que les conditions de publication de la décision étaient « *sans incidence sur sa légalité* ». Concernant l'application de l'article 3 du code des visas, le Conseil d'Etat a considéré que la situation d'« *urgence due à un afflux de migrants clandestins* » était en l'espèce remplie, dans la mesure où « *en raison du conflit en cours en Syrie, qui a entraîné un important exode de population vers les pays voisins, un nombre important et sans cesse croissant de ressortissants syriens, principalement en provenance du Liban et de Jordanie et devant, en principe, seulement transiter par la zone internationale de transit des aéroports français, a tenté, à compter de l'année 2012, d'entrer irrégulièrement sur le territoire français à l'occasion de ce transit* ». Il a également relevé, pour confirmer ce raisonnement, que la situation avait « *conduit plusieurs autres Etats membres de l'Union européenne, notamment la Belgique, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas et*

<sup>124</sup> CE, ord., 20 mars 2013, n° 366308.

<sup>125</sup> Arrêté du 18 mars 2013 modifiant l'arrêté du 10 mai 2010 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire européen de la France.

<sup>126</sup> CE, 18 juin 2014, n° 366307.

*l'Autriche, à prendre une décision identique* ». Cette appréciation de la situation et l'invocation d'une pratique répandue, mais manifestement contraire à la lettre de l'article 3 du code des visas, ne convainquent pas. Par ailleurs, le Conseil d'Etat ne voit dans le dispositif aucune atteinte au droit d'asile, ni au droit à la vie ou au droit à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants. Or, il demeure extrêmement difficile pour les demandeurs d'asile d'obtenir un visa, et en particulier un VTA. L'article 21 paragraphe 6 du code des visas prévoit que *« lorsqu'il examine une demande de visa de transit aéroportuaire, le consulat vérifie en particulier : que le document de voyage présenté n'est pas faux ou falsifié ; les points de départ et d'arrivée du ressortissant de pays tiers concerné et la cohérence de l'itinéraire et du transit aéroportuaire envisagés ; la preuve de la poursuite du voyage vers la destination finale »*. En pratique, l'Anafé relevait en 2014 les difficultés suivantes pour les Syriens en particulier :

*« Si le site de l'ambassade de France en Turquie mentionne la nécessité d'obtenir un VTA pour les ressortissants syriens, il n'est fait aucune mention de la procédure à suivre pour en obtenir un. Le site du consulat de France à Istanbul n'y fait pas référence. Sur ceux des ambassades au Liban et en Jordanie, les indications des pièces à fournir pour les non Libanais et non Jordaniens impliquent que les Syriens doivent être en situation régulière dans ces pays pour pouvoir déposer une demande de VTA alors même que la délivrance de titre de séjour y reste marginale et fait l'objet de pratiques discriminatoires. Enfin, les documents nécessaires à la constitution du dossier sont nombreux et bien différents entre la Jordanie et le Liban où les conditions à remplir pour obtenir le VTA sont particulièrement difficiles à satisfaire. »*<sup>127</sup>

## **B. Le « visa asile », simple faculté discrétionnaire des Etats membres**

Si la logique demeure celle de contrôler la mobilité des individus, la mise en place d'un visa spécifique pour les demandeurs d'asile pourrait marquer un respect au moins partiel de l'obligation de non-refoulement qui s'impose aux Etats européens. Cette idée n'est pas nouvelle et a pu être discutée au niveau européen sous la forme de *« procédures d'entrée protégée »* ou d'un mécanisme permanent de réinstallation. Toutefois, faute de consensus et de volonté politique, ce type de dispositifs continue à relever de la réponse improvisée face à

<sup>127</sup> Anafé, « Des zones d'atteinte aux droits : rapport d'observations dans les zones d'attente », novembre 2015, p. 89, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe - rapport des zones d atteintes aux droits.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe_-_rapport_des_zones_d_atteintes_aux_droits.pdf).



une situation d'urgence<sup>128</sup>. La délivrance de « visas asile » est pratiquée par certains Etats membres<sup>129</sup>, mais elle est laissée à l'entière discrétion des autorités et ne satisfait pas à l'obligation de non-refoulement. En pratique, des difficultés ont ici aussi été relevées par l'Anafé, pour les Syriens cherchant à se rendre en France :

*« Aucune mention de ce type de visa n'est faite sur les sites du Consulat de France au Liban (y compris dans la rubrique « cas particuliers ») ou de TLS Contact. Ce qui peut expliquer le faible nombre de demandes à comparer avec celui des ressortissants syriens et palestiniens réfugiés dans le pays. Si la quasi-totalité de ceux qui demandent ce visa au Consulat général l'obtiennent, cela est dû au très faible nombre de demandes. Pour obtenir ce visa, il est important d'établir un lien avec la France. Au cours de l'examen de la demande, un entretien est réalisé sur place par les autorités consulaires afin d'établir les motifs de la demande et la décision est prise par les ministères de l'intérieur et des affaires étrangères. Le délai pour l'obtenir est de 3 ou 4 mois si la personne peut être hébergée en France et d'environ 6 mois lorsqu'elle n'a pas d'hébergement (fonction de la disponibilité en centre d'accueil pour demandeurs d'asile). Au Liban, un visa est délivré au demandeur détenteur d'un passeport, un laissez-passer et le visa à celui qui n'en a pas. Dans les deux cas, il faut faire des démarches auprès de la Sûreté Générale pour obtenir un visa de sortie du Liban. En Turquie, la délivrance d'un tel visa serait exceptionnelle et la demande examinée par le seul Consul, le temps d'attente étant indéterminé. »*<sup>130</sup>

Le dispositif reste donc extrêmement limité. Dès lors, on ne peut que regretter que ni le droit constitutionnel français (1.) ni le droit de l'UE (2.) ne fassent obligation à la France de délivrer des visas aux demandeurs d'asile.

### *1. L'absence d'obligation en droit constitutionnel français*

Le 16 septembre 2014, le tribunal administratif de Nantes a ouvert une brèche<sup>131</sup>. Une famille syrienne avait en février 2014 saisi les autorités consulaires françaises à Beyrouth aux fins de

<sup>128</sup> Caroline Lantero, *Le droit des réfugiés : entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2010, pp. 474-475 ; Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *op. cit.*, pp. 375-376.

<sup>129</sup> Ulla Iben Jensen, « Humanitarian visas : option or obligation ? », étude pour la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, septembre 2014, PE 509.986.

<sup>130</sup> Anafé, « Des zones d'attente aux droits : rapport d'observations dans les zones d'attente », novembre 2015, p. 91, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe\\_-\\_rapport\\_des\\_zones\\_d\\_attentes\\_aux\\_droits.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe_-_rapport_des_zones_d_attentes_aux_droits.pdf).

<sup>131</sup> TA Nantes, ord., 16 septembre 2014, n° 1407765.

se voir délivrer un visa de court séjour, pour se rendre en France et y solliciter l'asile. Suite au refus de sa « *demande d'asile* » par le consul de France à Beyrouth, la requérante a formé un recours en référé-liberté devant le tribunal administratif de Nantes, invoquant une atteinte grave et manifestement illégale au droit constitutionnel d'asile, garanti par le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946<sup>132</sup>. Le tribunal a estimé la condition d'urgence remplie au regard des risques personnels encourus par la requérante et ses enfants et a considéré « *que l'appréciation des risques auxquels est exposé un demandeur du bénéfice du statut de réfugié ne peut être opérée que par l'OFPRA et la CNDA ; que par suite, l'appréciation par l'autorité consulaire du bien-fondé de la demande d'asile des requérants et le refus subséquent de leur délivrer un visa de court séjour sur le territoire national, méconnaît les obligations prévues en matière d'accueil des demandeurs d'asile ; qu'elle fait, dans les circonstances particulières de l'espèce, apparaître une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et comporte des conséquences graves pour les demandeurs d'asile concernés* ». En conséquence, le tribunal a enjoint au ministre de l'Intérieur de délivrer le visa sollicité. Dans une ordonnance rendue en juin 2015, le même tribunal enjoignait, dans une affaire similaire, au ministère de l'Intérieur de procéder au réexamen des demandes de visa (de long séjour) des requérants. En appel, le Conseil d'Etat a néanmoins considéré que « *si le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter en France la qualité de réfugié, les garanties attachées à ce droit fondamental reconnu aux étrangers se trouvant sur le territoire de la République n'emportent aucun droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France* »<sup>133</sup>.

## 2. L'absence d'obligation en droit de l'UE

Le 7 mars 2017, la Grande Chambre de la CJUE s'est prononcée à son tour par voie préjudicielle. En l'espèce, il s'agissait pour la Cour de statuer sur deux questions préjudicielles posées par le Conseil du contentieux des étrangers de Belgique à propos de l'interprétation de dispositions du code des visas. Le litige au principal concernait le refus de l'Office des étrangers belge d'octroyer à une famille syrienne d'Alep un visa sollicité auprès de l'ambassade belge de Beyrouth. La demande était fondée sur l'article 25, paragraphe 1, a) du code des visas, qui prévoit qu'un visa à validité territoriale limitée « *est délivré à titre*

<sup>132</sup> Celui-ci dispose que « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ».

<sup>133</sup> CE, ord., 9 juillet 2015, n° 391392.

*exceptionnel [...] lorsqu'un État membre [l']estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales* ». Le visa devait permettre aux requérants de quitter la Syrie et de présenter une demande d'asile en Belgique, où le taux de reconnaissance du statut de bénéficiaire de la protection internationale s'élevait à 98% pour les ressortissants syriens en 2015<sup>134</sup>.

La première question concernait le contenu des obligations internationales visées par l'article 25, paragraphe 1, a) du code des visas. Il s'agissait de savoir si celles-ci comprenaient les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier ses articles 4 et 18 relatifs à la prohibition des traitements inhumains et dégradants et au droit d'asile, et les obligations tirées de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 33 de la convention de Genève. La seconde question portait sur le fait de savoir si l'article 25, paragraphe 1, a) faisait obligation aux États membres de délivrer un visa à validité territoriale limitée en cas de risque avéré de violation des articles 4 et/ou 18 de la Charte ou d'une obligation internationale. La juridiction de renvoi s'interrogeait à cet égard sur l'incidence éventuelle de l'existence d'attaches entre le demandeur et l'État membre saisi de la demande de visa. Au terme d'une motivation relativement brève, et contre les conclusions de son avocat général M. Paolo Mengozzi, la Cour a considéré que le visa sollicité par les requérants constituait un visa de long séjour et relevait dès lors du seul droit national<sup>135</sup>.

Dans un premier temps, la Cour a rappelé la compétence de l'Union en matière de visas de court séjour, fondée sur l'article 62, point 1, a) et b), ii) du traité CE (article 77 TFUE). C'est dans ce cadre qu'avait été adopté en 2009 le code des visas, dont la Cour a ici repris les articles 1<sup>er</sup> et 2 pour souligner que son champ d'application se limite à la délivrance des visas pour les transits et les séjours d'une durée maximale de 90 jours sur toute période de 180 jours. S'intéressant au cas d'espèce, la Cour a relevé que la demande de visa des requérants au principal avait été déposée en vue de solliciter la protection internationale une fois en Belgique. L'intention des requérants était donc d'obtenir à leur arrivée en Europe un permis de long séjour. Ainsi, bien que la demande se soit formellement appuyée sur l'article 25 du code des visas, elle ne pouvait relever du champ d'application de ce code. La Cour a en outre observé qu'aucun acte de l'Union ne prévoyait pour l'instant les conditions de délivrance de

<sup>134</sup> Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (Belgique), « Statistiques d'asile – Bilan 2015 », 7 janvier 2016, <http://www.cgra.be/fr/actualite/statistiques-dasile-bilan-2015>.

<sup>135</sup> Conformément à l'article 18 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990.

visas ou titres humanitaires de long séjour, malgré une compétence plus générale de l'Union en matière de délivrance de visas et titres de long séjour, prévue par l'article 79, paragraphe 2, a), TFUE. Le Parlement européen et le Conseil n'ayant voté aucun texte en ce sens pour l'heure, la compétence en la matière demeure donc nationale. Dès lors, la Cour a pu en conclure que les demandes en cause au principal relevaient du seul droit national. Suivant sa jurisprudence concernant les critères d'applicabilité de la Charte<sup>136</sup>, la Cour a considéré que la situation en cause n'était pas régie par le droit de l'Union et, par voie de conséquence, que les dispositions de la Charte ne lui étaient pas applicables. Afin de lever toute ambiguïté, la Cour a tenu à préciser que la situation des requérants était caractérisée par un objet différent de celui d'un visa de courte durée, et non par le motif de refus de visa prévu par l'article 32, paragraphe 1, b) du code des visas, relatif à l'existence de « *doutes raisonnables sur [la] volonté [du demandeur] de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé* ». Ainsi, la seule intention manifestée par les requérants au principal de demander l'asile une fois en Belgique a suffi à faire échapper leur demande de visa au droit de l'Union et partant au respect de la Charte.

La solution finalement adoptée par la Cour contraste fortement avec celle proposée par l'avocat général. Ce dernier considérait que l'intention des requérants de solliciter la protection internationale en Europe ne transformait pas leur requête en demande de visa de long séjour et qu'elle entraînait bien dans le champ d'application du code des visas et du droit de l'Union. En effet, outre le fait que la demande des requérants avait été traitée par les autorités belges comme une demande de visa à validité territoriale limitée tout au long de la procédure, l'avocat général insistait sur le fait que l'article 32, paragraphe 1 du code des visas établit une liste exhaustive de motifs pour lesquels le visa est refusé, « *sans préjudice de l'article 25, paragraphe 1* ». Ainsi, la demande en cause se serait fondée sur une dérogation au motif de refus prévu par l'article 32, paragraphe 1, b), relatif à l'existence de doutes raisonnables sur la volonté du demandeur de quitter le territoire européen avant l'expiration du visa sollicité. Le code des visas permettait donc aux États membres de délivrer des visas à validité territoriale limitée aux demandeurs exprimant leur intention de demander l'asile une fois en Europe. Dès lors, le refus d'appliquer cette dérogation constituait une mise en œuvre du droit de l'Union. Tout en leur reconnaissant une marge d'appréciation dans l'application de l'article 25,

---

<sup>136</sup> CJUE, GC, 26 février 2013, *Åkerberg Franson*, C-617/10 ; CJUE, 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, C-265/13.

paragraphe 1 du code des visas, l'avocat général soulignait l'obligation pour les États membres de respecter les droits garantis par la Charte. Il en concluait qu'en cas de risque avéré de traitements inhumains ou dégradants, les États membres étaient tenus de délivrer des visas à validité territoriale limitée aux intéressés, indépendamment de l'existence ou non d'attaches entre la personne et l'État membre sollicité.

Après avoir écarté l'application du droit de l'Union, la Cour a consolidé son raisonnement en s'appuyant sur l'économie générale du régime d'asile européen commun. Selon la Cour, un « *visa asile* » serait, d'une part, contraire à la logique du règlement Dublin<sup>137</sup>, car il permettrait à des ressortissants de pays tiers de choisir, par l'introduction de cette demande de visa, l'État membre responsable de l'examen de leur demande de protection internationale. Or le règlement Dublin fixe des critères objectifs qui échappent, *a priori*, à la volonté des demandeurs d'asile. La Cour a souligné, d'autre part, que reconnaître l'obligation pour les États membres de délivrer des « *visas asile* » reviendrait à permettre aux ressortissants de pays tiers d'effectuer des demandes d'asile auprès des ambassades des États membres situées dans des pays tiers, alors même que ce n'est ni l'objet du code des visas, ni prévu par la directive Procédure<sup>138</sup> ou, *a fortiori*, par le règlement Dublin.

Sur ces deux points, l'avocat général avait pourtant défendu une autre position. Premièrement, il considérait que la demande de visa des requérants ne pouvait être assimilée à une demande d'asile diplomatique. Il s'agissait selon lui d'une demande de visa de court séjour entrant bel et bien dans le champ d'application du code des visas. Deuxièmement, concernant la contrariété du « *visa asile* » à la logique du règlement Dublin, il s'était justement posé la question de savoir si son interprétation de l'article 25, paragraphe 1, a) du code des visas était conforme à l'article 80 TFUE, qui consacre un « *principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les Etats membres* » dans les politiques de l'Union relatives au contrôle des frontières, à l'asile et à l'immigration, et dans leur mise en œuvre. Répondant à l'argument du gouvernement belge selon lequel un « *visa asile* » reviendrait à octroyer aux demandeurs d'asile une faculté de choix du pays d'accueil, il avait estimé que cette faculté n'était pas avérée « *dans des conditions extrêmes comme celles qu'ont à subir les requérants* ».

<sup>137</sup> Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).

<sup>138</sup> Directive 2013/32 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

*au principal* ». Il avait enfin rappelé le caractère absolu de l'obligation positive tirée de l'article 4 de la Charte<sup>139</sup>, devant lequel toute autre considération devait donc céder. On pourrait ajouter à cela le fait que la logique du règlement Dublin n'évince pas complètement la faculté de choix du pays d'accueil par le demandeur puisque l'un des critères de détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile est la possession d'un titre de séjour ou d'un visa délivré par un État membre. Or le demandeur est assurément celui qui a sollicité en premier lieu ce visa ou ce titre auprès d'un État membre de son choix. Dès lors, l'argument selon lequel toute faculté de choix du pays d'accueil serait contraire à l'économie générale du système Dublin ne convainc pas entièrement.

En tout état de cause, la solution de la Cour semble répondre à la crainte maintes fois réitérée par les États membres de « *l'appel d'air* » que susciterait selon eux la reconnaissance d'une obligation de délivrer des « *visas asile* ». Dans cette affaire, cette crainte avait d'abord été exprimée par l'Office des étrangers belge qui, pour justifier son rejet de la demande de visa des requérants au principal, avait affirmé qu'on ne pouvait exiger « *des États [...] d'admettre sur leur territoire toutes les personnes vivant une situation catastrophique sous peine d'exiger des pays développés d'accepter toutes les populations des pays en voie de développement, en guerre ou ravagés par des catastrophes naturelles* ». Les quatorze gouvernements présents à l'audience devant la CJUE avaient quant à eux avancé « *le spectre [...] d'un engorgement des représentations consulaires [...] face à un flot incontrôlable de demandes de visas humanitaires* »<sup>140</sup>. Même si la Cour n'a pas repris cette argumentation alarmiste, dont les fondements juridiques et factuels apparaissent fragiles, son invocation de l'économie générale du régime d'asile européen commun, qui serait menacée par un « *visa asile* », semble prendre en compte la préoccupation des autorités nationales en période de « *crise migratoire* ».

## ***Section 2 - L'interception numérique : le fichier***

*« La grande question qui reste posée est néanmoins celle-ci : pourquoi, connaissant pertinemment les fragilités des bases de données personnelles, les risques connus d'erreurs, de détournement, les États ou les organisations comme l'Europe pratiquent-ils cette surenchère en matière de fichiers de sécurité, dont le coût est*

<sup>139</sup> Cet article dispose que « nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains et dégradants ».

<sup>140</sup> Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, 7 février 2017, §172.



*considérable, surtout depuis l'intégration des éléments biométriques, et qui nécessitent des procédures de maintien permanentes, confiées à des entreprises privées, augmentant d'autant les risques ? On retrouve bien évidemment l'ancienne obsession du contrôle des populations, désormais affiné au point de penser parvenir à un contrôle minutieux et personnalisé de chaque individu ; mais la justification de cette fuite en avant dans des systèmes très coûteux est avant tout fondée sur la croyance en un résultat : celle de la prévision fiable, et donc la prévention possible, des risques sécuritaires de quelque horizon qu'ils viennent. Cette position renvoie à une question non résolue : même à un haut niveau étatique ou international, une croyance peut-elle être rationnelle ? »*

Sylvia Preuss-Laussinotte<sup>141</sup>

En complément des visas, les Etats membres font un usage accru des fichiers. L'objectif reste celui de détecter les « *personnes à risque* »<sup>142</sup> et donc de catégoriser l'individu avant son arrivée sur le territoire européen<sup>143</sup>, afin de l'intercepter le cas échéant. Si le fichier intervient en amont de la frontière territoriale, par exemple lors d'une demande de visa, il peut aussi être mobilisé au moment du franchissement des frontières extérieures, voire même une fois sur le territoire des Etats membres. Cette « *frontière numérique* »<sup>144</sup> est personnelle : elle suit l'individu partout il se rend, de sorte que ce dernier se voit désormais doté d'un « *doublon numérique* »<sup>145</sup>. Cette frontière est aussi élastique et produit des effets différés dans l'espace et dans le temps. De manière générale, on peut dire que les fichiers participent d'une « *amplification de l'illégalité* » en donnant une portée proprement européenne aux décisions administratives des Etats membres en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement des étrangers<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> Sylvia Preuss-Laussinotte, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire », *Cultures & Conflits*, n° 64, hiver 2006, §47.

<sup>142</sup> Ayse Ceyhan, « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration. Vers une gestion électronique des 'personnes à risque' », *Réseaux*, n° 159, 2010, pp. 131-150.

<sup>143</sup> Marie-Laure Basilien-Gainche, « Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite », *Revue de l'Union européenne*, n° 609, juin 2017.

<sup>144</sup> Le terme est notamment utilisé par Evelien Brouwer. Voir aussi Dennis Broeders, « The New Digital Borders of Europe: EU Databases and the Surveillance of Irregular Migrants », *International Sociology*, vol. 22, n° 1, 2007, p. 71-92.

<sup>145</sup> David Lyon, « Filtering Flows, Friends, and Foes: Global Surveillance », in Mark B. Salter (dir.), *Politics at the Airport*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2008, pp. 29-49 (cité dans Andrew Crosby et Andrea Rea, op. cit., p. 65).

<sup>146</sup> Cathryn Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 88-91.

Malgré des préoccupations majeures en matière de protection des données personnelles<sup>147</sup>, et alors qu'il existe déjà de nombreux et conséquents fichiers (A.), le fichage généralisé des étrangers continue de s'accroître (B.), sous l'impulsion de la Commission européenne notamment<sup>148</sup>.

## **I. Des fichiers multiples et conséquents**

Depuis les années 1990, les fichiers se sont multipliés, tant à l'échelle européenne qu'à l'échelle française. L'un des premiers fichiers centralisés à grande échelle est le Système d'Information Schengen, qui a été créé par le titre IV de la CAAS (article 92 à 119) dans le cadre de l'abolition des frontières intérieures. Il a été opérationnel à partir de 1995, puis a été remplacé par le SIS II en 2013, après beaucoup de retard puisque le principe de cette base de données de deuxième génération avait été adopté en 2006<sup>149</sup>. Il marche désormais à plein régime, comme en témoignent les plus de 2 millions d'utilisateurs finaux au sein des autorités compétentes de toute l'Europe<sup>150</sup>, ainsi que les 70 millions d'entrées et 2,9 milliards de consultations en 2015<sup>151</sup>. Le SIS II est considéré comme une « *mesure compensatoire* » dont l'objet est, aux termes de l'article premier du règlement SIS II, « *d'assurer un niveau élevé de sécurité dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne, y compris la préservation de la sécurité publique et de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité sur les territoires des États membres* ». Il comporte notamment des données relatives aux ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'interdiction du séjour<sup>152</sup>. Ces données retranscrivent des signalements nationaux, lesquels doivent « *résult[er] d'une décision prise par les autorités administratives ou juridictions compétentes dans le respect des règles de procédure prévues par la législation nationale, sur*

---

<sup>147</sup> Ségolène Barbou des Places, « Entre toile numérique et maillage juridique. L'étranger fiché par l'Union européenne », in Laurence Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière*, Bruylant, 2012, pp. 67-102.

<sup>148</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité », 6 avril 2016, COM(2016) 205 final.

<sup>149</sup> 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).

<sup>150</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine des vérifications aux frontières, modifiant le règlement (UE) n° 515/2014 et abrogeant le règlement (CE) n° 1987/2006 », 21 décembre 2016, COM(2016) 882 final.

<sup>151</sup> Commission européenne, « Union de la sécurité : la Commission propose de renforcer le système d'information Schengen afin de mieux lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontière », 21 décembre 2016, IP/16/4402.

<sup>152</sup> Article 24 du règlement SIS II.



la base d'une évaluation individuelle. Les recours contre cette décision sont formés conformément à la législation nationale ». Il existe deux fondements à l'introduction d'un signalement dans le SIS II. Premièrement, cela concerne des personnes considérées comme présentant « *une menace pour la sécurité publique ou pour la sécurité nationale* » sur le territoire d'un Etat membre. Il peut s'agir d'une personne condamnée pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an, ou d'un individu « *à l'égard duquel il existe des raisons sérieuses de croire qu'il a commis un fait punissable grave, ou à l'égard duquel il existe des indices réels qu'il envisage de commettre un tel fait sur le territoire d'un Etat membre* ». Deuxièmement, le SIS II comporte des signalements relatifs à des personnes ayant « *fait l'objet d'une mesure d'éloignement, de renvoi ou d'expulsion qui n'a pas été abrogée ni suspendue, et qui comporte ou est 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 ressortissants de pays tiers* ». La formulation large des dispositions du règlement donne une latitude importante aux Etats, amalgamant en un même fichier des questions d'immigration et de criminalité.

La base de données contient de nombreux renseignements sur les personnes signalées, dont des photographies et les empreintes digitales, mais aussi « *les nom(s) et prénom(s), nom(s) à la naissance, noms utilisés antérieurement et pseudonymes, éventuellement enregistrés séparément ; les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables ; le lieu et la date de naissance ; le sexe ; [...] la ou les nationalités ; l'indication que la personne concernée est armée, violente ou en fuite ; le motif du signalement ; l'autorité signalante ; une référence à la décision qui est à l'origine du signalement ; la conduite à tenir ; le(s) lien(s) vers d'autres signalements introduits dans le SIS II* »<sup>153</sup>. Les autorités ayant accès aux données introduites dans le SIS II sont nombreuses<sup>154</sup>. Il s'agit en premier lieu des « *autorités qui, en matière d'identification de ressortissants de pays tiers, sont compétentes pour [...] les contrôles aux frontières, conformément au [code frontières Schengen], [et pour] les autres vérifications de police et de douanes effectuées à l'intérieur de l'Etat membre concerné et la coordination de celles-ci par les autorités désignées* ». Ont également accès au SIS II les autorités judiciaires nationales ainsi que les « *autorités qui sont compétentes pour la délivrance des visas, les autorités centrales qui sont compétentes pour l'examen des demandes de visa ainsi que les*

<sup>153</sup> Article 20 du règlement SIS II.

<sup>154</sup> Article 27 du règlement SIS II.

*autorités qui sont compétentes pour la délivrance des titres de séjour et pour la mise en œuvre de la législation sur les ressortissants de pays tiers dans le cadre de l'application des dispositions de l'acquis communautaire relatif à la circulation des personnes* ». En principe, les signalements introduits dans le SIS II ne peuvent être conservés « *que pendant le temps nécessaire à la réalisation des objectifs pour lesquels ils ont été introduits* »<sup>155</sup>. A l'issue d'une période de trois ans, l'Etat membre signalant doit examiner la nécessité de le maintenir et communiquer la prolongation du signalement le cas échéant, faute de quoi celui-ci est effacé.

Un deuxième fichier européen important est la base centralisée Eurodac. Créé par un règlement en 2000<sup>156</sup> et mis en service en 2003, le système Eurodac avait initialement pour seul objet de « *contribuer à déterminer l'Etat membre qui, en vertu de la convention de Dublin, est responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un Etat membre et de faciliter à d'autres égards l'application de la convention de Dublin* »<sup>157</sup>. Le système permet, à travers la comparaison des empreintes digitales relevées, de vérifier si une personne a déjà déposé une demande d'asile dans un autre Etat membre ou est entrée de manière irrégulière sur le territoire d'un Etat membre. La responsabilité en matière de traitement des données incombe principalement aux Etats membres<sup>158</sup>.

Trois catégories d'étrangers peuvent voir leurs empreintes relevées. Premièrement, il est prévu que « *[c]haque Etat membre relève sans tarder l'empreinte digitale de tous les doigts de chaque demandeur d'une protection internationale âgé de 14 ans au moins et la transmet au système central dès que possible et au plus tard 72 heures suivant l'introduction de la demande de protection internationale* »<sup>159</sup>. Les données ainsi collectées sont conservées pendant dix ans à partir de la date du relevé des empreintes<sup>160</sup>. Une comparaison est automatiquement réalisée avec les données transmises par les autres Etats membres<sup>161</sup> et le

<sup>155</sup> Article 29 du règlement SIS II.

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> Article premier du règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000. Il est précisé au troisième paragraphe de cet article que « *les données dactyloscopique et les autres données à caractère personnel ne peuvent être traitées dans Eurodac qu'aux fins prévus à l'article 15, paragraphe 1, de la convention de Dublin* ».

<sup>158</sup> Article 23 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

<sup>159</sup> Article 9 paragraphe 1 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

<sup>160</sup> Article 12 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

<sup>161</sup> Article 9 paragraphe 3 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

résultat est transmis directement à l'Etat ayant relevé les empreintes<sup>162</sup>. Deuxièmement, « [c]haque État membre relève sans tarder l'empreinte digitale de tous les doigts de chaque ressortissant de pays tiers ou apatride, âgé de 14 ans au moins, qui, à l'occasion du franchissement irrégulier de sa frontière terrestre, maritime ou aérienne en provenance d'un pays tiers, a été interpellé par les autorités de contrôle compétentes et qui n'a pas été refoulé ou qui demeure physiquement sur le territoire des États membres et ne fait pas l'objet d'une mesure de confinement, de rétention ou de détention durant toute la période comprise entre son interpellation et son éloignement sur le fondement de la décision de refoulement »<sup>163</sup>. Les données ainsi recueillies sont effacées passé un délai de dix-huit mois, ou avant si l'individu s'est vu délivrer un document de séjour, a quitté le territoire des Etats membres ou a acquis la nationalité d'un Etat membre<sup>164</sup>. Troisièmement et enfin, « [e]n vue de vérifier si un ressortissant de pays tiers ou un apatride séjournant illégalement sur son territoire n'a pas auparavant introduit une demande de protection internationale dans un autre État membre, un État membre peut transmettre au système central les données dactyloscopiques relatives aux empreintes digitales qu'il peut avoir relevées sur un tel ressortissant de pays tiers ou apatride, âgé de 14 ans au moins »<sup>165</sup>. Cela peut notamment concerner les étrangers qui n'indiquent pas l'Etat membre dans lequel ils ont déposé une demande d'asile, ceux qui n'en ont pas déposé mais s'opposent à leur renvoi dans leur pays d'origine en faisant valoir qu'ils s'y trouveraient en danger, ou encore ceux qui font « en sorte d'empêcher d'une autre manière [leur] éloignement en refusant de coopérer à l'établissement de son identité, notamment en présentant aucun document d'identité ou en présentant de faux documents d'identité ». Ce dernier cas de figure laisse entrevoir une utilisation du système aux fins de l'éloignement plutôt que la détermination de l'Etat responsable de la demande d'asile.

Depuis une réforme en 2013<sup>166</sup>, l'accès au système Eurodac a été élargi à l'agence Europol ainsi qu'aux autorités nationales répressives, aux fins de prévention et de détection des

<sup>162</sup> Article 9 paragraphe 5 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

<sup>163</sup> Article 14 paragraphe 1 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

<sup>164</sup> Article 16 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

<sup>165</sup> Article 17 paragraphe 1 du règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

<sup>166</sup> Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE)

infractions terroristes et autres infractions pénales graves, et des enquêtes graves en la matière. Le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) s'est montré très critique vis-à-vis de cette extension de l'accès au système à des fins répressives<sup>167</sup>. En septembre 2012, il a estimé que « *la nécessité et la proportionnalité de l'accès aux données d'EURODAC à des fins répressives ne sont pas suffisamment démontrées* » et que « *la proposition n'examine pas suffisamment les conséquences de l'utilisation des données d'EURODAC à des fins répressives en ce qui concerne les aspects liés à la législation en vigueur en matière de protection des données, et ne prend pas davantage en considération la nouvelle base juridique de la protection des données depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ni la réforme en cours de la protection des données* »<sup>168</sup>.

Une troisième base de données européenne importante est le Système d'information sur les visas (VIS), qui a été créé par une décision du Conseil de 2004<sup>169</sup> et dont les modalités ont été précisées par un règlement adopté en 2008<sup>170</sup>. Entré en service en octobre 2011<sup>171</sup> et pleinement opérationnel depuis décembre 2015<sup>172</sup>, ce système a pour objet « *d'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, dans le but de [...] faciliter la procédure de demande de visa, éviter que les critères de détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande ne soient contournés, faciliter la*

---

n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte).

<sup>167</sup> Avis du CEPD du 5 septembre 2012 sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création du système «EURODAC» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° [...] [...] (Refonte) ; avis du CEPD du 7 octobre 2009 sur la 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) no [...] (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) et la proposition de décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données Eurodac présentées par les services répressifs des États membres et Europol à des fins répressives (2010/C 92/01).

<sup>168</sup> Avis précité du CEPD du 5 septembre 2012, §10.

<sup>169</sup> Décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS) (2004/512/CE).

<sup>170</sup> 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 de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS).

<sup>171</sup> Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le développement du système d'information sur les visas (VIS) en 2012 », 25 avril 2013, COM(2013) 232 final.

<sup>172</sup> Commission européenne, « Visa Information System now fully operational worldwide », 2 décembre 2015, [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/news/news/2015/20151202\\_2\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/news/news/2015/20151202_2_en).

*lutte contre la fraude, faciliter les contrôles aux points de passage aux frontières extérieures et sur le territoire des États membres, aider à l'identification de toute personne qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire des États membres, faciliter l'application du règlement [Dublin], contribuer à la prévention des menaces pesant sur la sécurité intérieure de l'un des États membres »*<sup>173</sup>. Le système est accessible aux autorités chargées des visas, à celles chargées des contrôles aux points de passage aux frontières extérieures, à celles chargées de contrôler le respect des conditions d'entrée et de séjour sur le territoire des États membres, ainsi qu'aux autorités compétentes en matière d'asile. Dans certains cas, il est également possible pour Europol et les autorités répressives des États membres d'accéder au VIS aux fins de la prévention, de la détection et de l'investigation des infractions terroristes et autres infractions pénales graves<sup>174</sup>.

Les données contenues dans le VIS sont les données alphanumériques sur le demandeur et les visas demandés, délivrés, refusés, annulés, retirés ou prorogés, des photographies, les empreintes digitales et les liens avec d'autres demandes<sup>175</sup>. Sont notamment exemptés de l'obligation de donner leurs empreintes digitales les enfants de moins de douze ans et les personnes « *pour lesquelles il est physiquement impossible de recueillir les empreintes* »<sup>176</sup>. Les données sont conservées pendant une période maximale de cinq ans, à compter de la date d'expiration du visa, de la nouvelle date d'expiration du visa en cas de prorogation, de la date de la création du dossier de demande dans le VIS en cas de retrait, clôture ou interruption de la demande, ou encore de la date de la décision de l'autorité chargée des visas en cas de refus, d'annulation ou de retrait du visa<sup>177</sup>. Dans certains cas limitatifs, il est prévu que les données traitées dans le VIS puissent être communiquées à des pays tiers<sup>178</sup>.

En France, les fichiers prolifèrent également, parfois en lien avec les systèmes d'information européens. Ainsi, ont été créés et développés le fichier des personnes recherchées<sup>179</sup> (pendant national du SIS), le fichier VISABIO<sup>180</sup> (pendant national du VIS), le fichier des non-

---

<sup>173</sup> Article 2 du règlement VIS.

<sup>174</sup> Article 3 du règlement VIS.

<sup>175</sup> Article 5 du règlement VIS.

<sup>176</sup> Article 13 paragraphe 7 du code des visas.

<sup>177</sup> Article 23 du règlement VIS.

<sup>178</sup> Article 31 du règlement VIS.

<sup>179</sup> Décret n° 2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées. Le fichier a depuis été élargi à plusieurs reprises. Voir, pour la dernière modification, le décret n° 2017-1219 du 2 août 2017.

<sup>180</sup> Articles L. 611-6 et R. 611-8 Ceseda.

admis<sup>181</sup>, le fichier national transfrontière<sup>182</sup>, le fichier des passagers aériens<sup>183</sup>, ou encore les fichiers municipaux relatifs aux attestations d'accueil<sup>184</sup>.

## II. L'accroissement du fichage généralisé

*« Le Conseil réaffirme qu'il faut, d'urgence et en priorité, finaliser avant la fin de l'année 2015 une directive PNR de l'UE ambitieuse, qui devrait inclure les vols intérieurs dans son champ d'application et prévoir une durée de conservation suffisamment longue des données PNR sous une forme non anonymisée et qui ne devrait pas être limitée aux infractions transnationales. »*

Conseil de l'Union européenne<sup>185</sup>

*« Il est de notoriété publique que des citoyens de l'Union ont franchi les frontières extérieures pour se rendre dans des zones de conflit à des fins terroristes et représentent un danger à leur retour dans l'UE. Il apparaît que des terroristes ont emprunté des itinéraires de migration irrégulière pour pénétrer dans l'UE puis qu'ils se sont déplacés dans l'espace Schengen sans être repérés. »*

Commission européenne<sup>186</sup>

Le contexte sécuritaire actuel semble donner une légitimité renforcée au Conseil et à la Commission européenne pour engager l'extension des fichiers existants et la création de nouveaux fichiers, malgré des préoccupations persistantes en matière de protection des données personnelles.

---

<sup>181</sup> Les dispositions relatives à ce fichier ont été abrogées en décembre 2012. Il avait été mis en place par le décret n° 2007-1136 du 25 juillet 2007 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel des ressortissants étrangers qui, ayant été contrôlés à l'occasion du franchissement de la frontière, ne remplissent pas les conditions d'entrée requises et modifiant la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>182</sup> Arrêté du 3 novembre 2006 portant modification de l'arrêté du 29 août 1991 relatif au traitement informatisé du fichier national transfrontière.

<sup>183</sup> Arrêté du 28 janvier 2009 pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers et portant création, à titre expérimental, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux passagers enregistrés dans les systèmes de contrôle des départs des transporteurs aériens.

<sup>184</sup> Articles L. 211-7 et R. 211-19 et suivants du Cesda.

<sup>185</sup> Conseil de l'UE, « Conclusions du Conseil de l'UE et des États membres, réunis au sein du Conseil, sur la lutte contre le terrorisme », 20 novembre 2015, §2.

<sup>186</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité », 6 avril 2016, COM(2016) 205 final.



Depuis 2016, la Commission européenne envisage une extension des trois principaux fichiers européens, dans la lignée des tendances observées ces dernières années<sup>187</sup>. Le 4 mai 2016, la Commission européenne a d'abord proposé une refonte du règlement Eurodac<sup>188</sup>. La proposition prévoit un élargissement du champ d'application d'Eurodac, puisque l'article premier, point b) assigne au système Eurodac l'objectif de « *contribuer au contrôle de l'immigration illégale vers l'Union et des mouvements secondaires au sein de celle-ci ainsi qu'à l'identification des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, afin de définir les mesures appropriées qui doivent être prises par les États membres, notamment l'éloignement et le rapatriement des personnes séjournant sans autorisation* ». Le nouveau règlement prévoit également l'ajout d'images faciales dans le système et l'abaissement de l'âge minimal à 6 ans pour le relevé des empreintes digitales, défendu comme un outil de « *protection des enfants* ». De plus, le relevé des empreintes digitales devient une obligation, dont le non-respect peut entraîner pour la personne concernée des sanctions administratives, étant précisé que la rétention peut être utilisée, « *en dernier ressort* », pour « *déterminer ou vérifier l'identité d'un ressortissant de pays tiers* »<sup>189</sup>. Enfin, la durée de conservation des données serait désormais de cinq ans et le règlement prévoit des possibilités limitées de partager des données avec des pays tiers. Le CEPD s'est montré préoccupé par ce texte<sup>190</sup>.

Le 21 décembre 2016, la Commission européenne a également proposé une réforme du SIS<sup>191</sup>, qui comporte elle aussi de nombreux changements. L'accès aux données est ouvert à l'agence Frontex et élargi pour Europol. Les signalements des personnes frappées d'une interdiction d'entrée deviennent obligatoires. Une nouvelle catégorie de signalements relatifs aux décisions d'éloignement (prises en application de la directive « *retour* ») est introduite

<sup>187</sup> Sylvia Preuss-Laussinotte, « L'élargissement problématique de l'accès aux bases de données européennes en matière de sécurité », *Cultures & Conflits*, n° 74, été 2009, pp. 81-90.

<sup>188</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'«Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, et de l'identification des ressortissants de pays tiers ou apatrides en séjour irrégulier, et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et par Europol à des fins répressives (refonte) », 4 mai 2016, COM(2016) 272 final.

<sup>189</sup> Article 2 de la proposition précitée.

<sup>190</sup> Avis n° 07/2016 du CEPD sur le premier paquet de mesures pour une réforme d'asile européen commun (Eurodac, EASO et règlement de Dublin) du 21 septembre 2016.

<sup>191</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine des vérifications aux frontières, modifiant le règlement (UE) n° 515/2014 et abrogeant le règlement (CE) n° 1987/2006 », 21 décembre 2016, COM(2016) 882 final.



afin d'en améliorer l'effectivité. De nouveaux identifiants biométriques sont ajoutés dans le système : les images faciales, les empreintes palmaires et les profils ADN. La durée de conservation maximale des données est portée à cinq ans. Face à cette proposition, le CEPD a estimé que, malgré une « *attention accordée à la protection des données* », des « *améliorations peuvent être apportées aux propositions* »<sup>192</sup>.

Enfin, une réforme du VIS est envisagée, pour renforcer les fonctionnalités du système, notamment « *en améliorant la qualité des images faciales pour permettre la mise en correspondance biométrique* », « *en utilisant les données biométriques des demandeurs de visa pour effectuer des recherches dans le futur système automatisé d'identification des empreintes digitales qui sera mis en place pour le SIS* », « *en abaissant l'âge limite fixé pour le relevé des empreintes digitales des enfants âgés de 6 à 12 ans* » et « *en facilitant la vérification dans la base de données SLTD d'Interpol lors des procédures de demande de visa* »<sup>193</sup>.

De nouveaux fichiers sont également en cours de création. En avril 2016, malgré un avis du CEPD critiquant une « *collecte massive et indifférenciée de données* »<sup>194</sup>, a été adopté une directive concernant le système PNR<sup>195</sup> (« *Passenger Name Record* »), qui prévoit le transfert par les transporteurs aériens, et le traitement par les Etats membres, des données de tous les passagers des vols à destination ou en provenance de l'UE (ainsi que les vols intra-UE pour les Etats membres qui en décident ainsi). Le traitement des données doit servir « *à des fins de prévention et de détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité ainsi que d'enquêtes et de poursuites en la matière* »<sup>196</sup>. En France, un tel fichier existe déjà et devrait prochainement être renforcé dans le cadre du projet de loi n° 587 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme déposé par le Gouvernement le 22 juin 2017 et adopté

---

<sup>192</sup> Avis n° 7/2017 du CEPD du 2 mai 2017.

<sup>193</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité », 6 avril 2016, COM(2016) 205 final, p. 10.

<sup>194</sup> Avis n° 5/2015 du CEPD du 24 septembre 2015.

<sup>195</sup> Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière.

<sup>196</sup> Article premier de la directive PNR.

par le Sénat le 18 juillet 2017<sup>197</sup>. Se pose par ailleurs la question de la conclusion d'accords entre l'UE et des pays tiers sur la communication des données des passagers<sup>198</sup>.

Egalement en avril 2016, la Commission européenne a proposé une nouvelle version de sa proposition sur les « *frontières intelligentes* ». Des deux principaux projets initialement envisagés en 2011<sup>199</sup>, celui relatif à un programme d'enregistrement des voyageurs (RTP) a été retiré, suite notamment à un avis très critique du CEPD<sup>200</sup>. L'autre projet, relatif à un système d'entrée/sortie (EES), a dû être amendé<sup>201</sup>. L'ESS consiste à enregistrer dans une base centralisée le lieu et l'heure de l'entrée d'une personne sur le territoire de l'UE, et de sa sortie, ainsi que ses données personnelles, y compris des identifiants biométriques. Il s'agit selon la Commission d'alléger les formalités aux frontières, de garantir systématiquement et de manière fiable l'identification des personnes ayant dépassé la durée de séjour autorisée et de soutenir la lutte contre le terrorisme et les formes graves de criminalité. Un canal de communication direct doit permettre l'interopérabilité avec le VIS. Le CEPD a ici encore fait part de ses inquiétudes<sup>202</sup>.

En novembre 2016, la Commission européenne a proposé la création d'un « *système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages* » (ETIAS), qui permet aux termes de l'article premier de la proposition de règlement<sup>203</sup> « *de déterminer si [la] présence sur le territoire des États membres [d'étrangers exemptés de l'obligation de visa de court séjour] ne pose pas un risque en matière d'immigration irrégulière, de sécurité ou de santé publique* ». Au moment de l'enregistrement des données, c'est-à-dire préalablement au départ vers l'UE, une comparaison serait effectuée avec le SIS, le VIS et d'autres bases de données. Une autorisation de voyage ne serait alors délivrée qu'en l'absence de réponse positive. Dans un

---

<sup>197</sup> Voir les articles 5 à 7 du projet de loi.

<sup>198</sup> Voir par exemple l'avis 1/15 de l'avocat général de la CJUE Paolo Mengozzi du 8 septembre 2016, relatif à la conclusion d'un accord avec le Canada.

<sup>199</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Frontières intelligentes : options et pistes envisageables », 25 octobre 2011, COM(2011) 680 final.

<sup>200</sup> Avis du CEPD du 18 juillet 2013 sur les propositions de règlement portant création d'un système d'entrée/sortie (EES) et de règlement portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs (RTP).

<sup>201</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne l'utilisation du système d'entrée/sortie », 6 avril 2016, COM(2016) 196 final.

<sup>202</sup> Avis 06/2016 du CEPD sur le deuxième train de mesures « Frontières intelligentes » de l'Union européenne du 21 septembre 2016.

<sup>203</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) et modifiant les règlements (UE) n° 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/794 et (UE) 2016/1624 », 16 novembre 2016, COM(2016) 731 final.

avis récent, le CEPD s'est interrogé sur la nécessité et la proportionnalité d'un tel fichier, au regard notamment de sa redondance avec d'autres fichiers, et a relevé le risque paradoxal que les étrangers exemptés de l'obligation de visa fassent l'objet de contrôles plus importants que ceux soumis à l'obligation de visa<sup>204</sup>.

Les préoccupations actuelles comprennent aussi le renforcement prochain du mandat de l'agence EU-lisa<sup>205</sup> (qui gère déjà plusieurs bases européennes) aux fins d'assurer l'interopérabilité<sup>206</sup>, la systématisation des vérifications des bases de données lors du franchissement des frontières extérieures de l'Union<sup>207</sup> et la dimension de plus en plus coercitive du fichage des étrangers, dont l'« *approche hotspot* » déployée en Italie et en Grèce témoigne dernièrement, avec des taux de relevés d'empreintes digitales proches de 100%<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> Avis n° 3/2017 du CEPD du 6 mars 2017.

<sup>205</sup> Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle.

<sup>206</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, modifiant le règlement (CE) n° 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 1077/2011 », 29 juin 2017, COM(2017) 352 final.

<sup>207</sup> Article 8 du code frontières Schengen.

<sup>208</sup> Sur les hotspots, cf. Titre II, Chapitre I, Section 2.

## Chapitre 2 : La frontière matérielle

Outre les visas et les fichiers, qui constituent une frontière immatérielle, le dispositif frontalier européen et français s'appuie sur l'« externalisation » des contrôles (Section I) et sur l'interception physique des personnes, menée notamment sous la coordination de l'agence Frontex (Section II).

### *Section 1 - L'interception externalisée : délocalisation, sous-traitance et privatisation*

Pour endiguer les mouvements migratoires vers l'Europe, l'Union européenne et ses Etats membres procèdent à l'« externalisation » des frontières européennes. Issue du langage économique<sup>209</sup>, cette expression s'efforce d'explicitier la « dimension externe des politique d'asile et d'immigration de l'UE », à laquelle était notamment consacré l'un des deux volets du programme pluriannuel de La Haye « Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », adopté par le Conseil européen à Bruxelles les 4 et 5 novembre 2004. Selon Claire Rodier, l'externalisation se traduit par deux tendances : la délocalisation des contrôles migratoires dans les pays tiers (sanctions aux transporteurs, officiers de liaison, interception maritime), qui continue à faire intervenir les autorités européennes, et le transfert de responsabilités aux pays tiers, qui consiste à « faire reposer sur [ces derniers] une partie de la politique voulue par l'UE dans les domaines de l'asile ou de l'immigration » (programmes de protection régionaux et réinstallation des réfugiés, clauses et accords de réadmission)<sup>210</sup>. Emmanuel Blanchard y voit quant à lui une « quadruple logique » : délocaliser, sous-traiter, privatiser et déresponsabiliser<sup>211</sup>. Le phénomène ainsi décrit se doit d'interpeler le juriste, notamment quant aux modalités de cette déresponsabilisation, qui a des conséquences particulièrement néfastes pour les droits fondamentaux des personnes en migration. Les contrôles migratoires en cause sont aussi bien étatiques (I.) que privés (II.).

<sup>209</sup> Emmanuel Blanchard, « Qu'est-ce que l'externalisation ? » in Gisti, *Externalisation de l'asile et de l'immigration. Après Ceuta et Melilla, les stratégies de l'Union européenne. Actes de la journée du 20 mars 2006*, juin 2006, pp. 6-9, <http://www.gisti.org/spip.php?article192>.

<sup>210</sup> Claire Rodier, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », 8 juin 2006, PE374.366, pp. 11-21.

<sup>211</sup> Emmanuel Blanchard, op. cit., p. 10.

## **I. Les contrôles étatiques**

Les Etats européens délocalisent tout d'abord la frontière en déployant leurs propres corps d'officiers de liaison, qui vont jusqu'à effectuer eux-mêmes des contrôles dans les aéroports des pays de départ et de transit (A.). Pour intercepter plus efficacement les personnes au départ, ce sont aussi les pays tiers eux-mêmes qui sont chargés de « *protéger* » les frontières (B.).

### **A. Le déploiement des officiers de liaison européens**

La présence des Etats membres dans les pays de départ et de transit aux fins de « *lutte contre l'immigration irrégulière* » est notamment assurée par le déploiement d'officiers de liaison. Ces officiers remplissent des missions variées, du simple recueil d'informations au contrôle des passagers avant l'embarquement vers l'UE (1.). Pourtant, aucun cadre véritable n'est prévu pour prévenir ou sanctionner les atteintes aux droits fondamentaux (2.).

#### *1. Des missions variées : du recueil d'informations au contrôle des passagers*

Dès les années 1990, l'article 7 de la CAAS prévoyait un « *échange de fonctionnaires de liaison* » pour faciliter la coopération entre les Etats membres pour une « *exécution efficace des contrôles et des surveillances* »<sup>212</sup>. Un système européen d'officiers de liaison, déployés non plus en Europe mais dans les pays de départ et de transit, a été envisagé à partir de 2002<sup>213</sup>, même si le Conseil avait tenté dès 1996 de coordonner les initiatives existantes des Etats membres<sup>214</sup>. Un réseau européen d'« *officiers de liaison 'immigration'* » a finalement vu le jour en 2004<sup>215</sup>. Dans la mesure où de nombreux Etats membres avaient à ce stade déjà déployé un réseau national d'officiers, il s'agissait surtout de « *formaliser l'existence et le fonctionnement de ce réseau [...] au moyen d'un acte juridique contraignant qui prévoit l'obligation d'établir des formes de coopération entre les officiers de liaison* » « *Immigration* »

<sup>212</sup> Voir aussi l'article 47 de la CAAS, qui fixe de manière plus détaillée un cadre pour le détachement de ces fonctionnaires de liaison.

<sup>213</sup> Lors de sa session du 13 juin 2002, le Conseil adopte un plan pour la gestion des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, dans lequel il propose entre autres d'établir des réseaux d'officiers de liaison « Immigration » détachés dans les pays tiers. Les 21 et 22 juin 2002, le Conseil européen réuni à Séville demande la prompte création d'un réseau européen de tels officiers.

<sup>214</sup> Action commune du 14 octobre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant un cadre d'orientation commun pour les initiatives des Etats membres en matière d'officiers de liaison (96/602/JAI).

<sup>215</sup> Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration » (ci-après « règlement OLI »).

*des Etats membres, les objectifs de cette coopération, les fonctions de ces officiers de liaison et les qualifications qu'ils devront posséder, ainsi que leurs devoirs et obligations vis-à-vis du pays hôte et de l'Etat membre d'origine »<sup>216</sup>.*

Le règlement européen de 2004 portant création du réseau définit l'officier de liaison « Immigration » comme « *un représentant d'un Etat membre détaché à l'étranger par le service de l'immigration ou par d'autres autorités compétentes [...] pour établir et entretenir des contacts avec les autorités du pays hôte en vue de contribuer à la prévention de l'immigration illégale et à la lutte contre ce phénomène, au retour des immigrés illégaux et à la gestion de l'immigration légale* »<sup>217</sup>. Ces officiers peuvent être détachés auprès des autorités consulaires nationales dans le pays tiers, mais aussi directement auprès des autorités du pays tiers. Ils sont chargés de recueillir de très nombreuses informations concernant les « *flux d'immigration illégale provenant du pays hôte ou passant par ce pays* », les routes migratoires vers l'Europe et leurs évolutions à venir, les modes opératoires des personnes en migration, les réseaux de passeurs, la fraude documentaire, les formes de coopération envisageables avec le pays tiers en matière de prévention et de lutte contre l'immigration irrégulière, ainsi que la législation et les pratiques juridiques du pays tiers en matière d'immigration. Les officiers de liaison sont également « *habilités à apporter leur aide en vue d'établir l'identité de ressortissants de pays tiers et de faciliter leur retour dans leur pays d'origine* »<sup>218</sup>.

En réalité, les missions des officiers peuvent être beaucoup plus étendues puisque l'article 1 paragraphe 4 dispose que « *[l]e présent règlement ne préjuge pas des missions que les officiers de liaison « Immigration » doivent remplir dans le cadre de leurs compétences, au titre du droit, des politiques et des procédures sur le plan national ou d'accords spéciaux conclus avec le pays hôte ou des organisations internationales* ». Or il semble que les Etats membres ne se privent pas de confier aux officiers de liaison un rôle beaucoup plus actif que celui de recueillir des informations et de faciliter la coopération avec les pays tiers. Le réseau associatif euro-africain Migreurop estime ainsi que les officiers de liaison contribuent directement (et discrètement) à empêcher des dizaines de milliers de passagers d'embarquer

<sup>216</sup> Point 5 du préambule du règlement OLI.

<sup>217</sup> Article 1 du règlement OLI.

<sup>218</sup> Article 2 du règlement OLI.

chaque année, et qu'ils jouent un rôle dans des domaines très divers<sup>219</sup> : délivrance des visas, interventions aux frontières, « mise aux normes européennes des pays tiers ou des Etats candidats à l'UE en matières de contrôles migratoires », surveillance des compagnies de transport – ou des agences de sécurité embauchées par elles – afin de « vérifier si celles-ci participent 'correctement' au contrôle des frontières »<sup>220</sup>, formation des policiers et gendarmes de pays tiers sur « l'utilité des contrôles sur la voie publique » et plus généralement sur les contrôles aux frontières, etc. L'Anafé considère que les officiers de liaison « peuvent se substituer aux autorités locales ou effectuer un contrôle des documents des passagers après les leurs et ainsi empêcher l'embarquement d'une personne que les autorités locales auraient laissé passer »<sup>221</sup>.

Si le manque de transparence des activités des officiers de liaison empêche de savoir quel rôle ils jouent exactement<sup>222</sup>, il est clair que, de l'aveu même des autorités de certains Etats membres, ils contribuent activement à empêcher de très nombreuses personnes, y compris des demandeurs d'asile, de quitter les pays de départ et de transit. En septembre 2010, le ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire Éric Besson se targuait de ce que la « lutte contre l'immigration irrégulière » avait « enregistré de très bons résultats » dans les huit premiers mois de l'année 2010<sup>223</sup>. A l'appui de son propos, il mettait en avant les « 93 attachés de sécurité intérieure, 22 officiers de liaison immigration et 20 conseillers sureté immigration », affectés dans les pays de départ et couvrant au total plus de 150 pays. Il vantait en outre le fait que « [g]râce au déploiement et à la mobilisation de ce réseau, sur les sept premiers mois de l'année 2010, 11 579 personnes ont été empêchées d'embarquer, soit plus que sur toute l'année 2009 ». Un comité parlementaire britannique a quant à lui révélé que les activités des « officiers de liaison aériens » britanniques (*airline liaison officers*), dont le rôle consiste à « conseiller, former et fournir leur expertise auprès

<sup>219</sup> Migreurop, *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires*, Armand Collin, 2012, p. 45.

<sup>220</sup> Cf. partie II sur les contrôles privés dans les pays de départ et de transit.

<sup>221</sup> Anafé, « La procédure en zone d'attente : guide théorique et pratique », janvier 2013, p. 4, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide\\_anafe\\_web.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide_anafe_web.pdf).

<sup>222</sup> Frank McNamara, « Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited », *European Journal of Migration and Law*, vol. 15, n° 4, 2013, p. 329-330.

<sup>223</sup> Éric Besson, « Discours d'Éric Besson lors de la conférence de presse du lundi 13 septembre 2010 : Bilan des 8 premiers mois de l'année 2010 & programme pour les 4 prochains mois », 13 septembre 2010, <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Archives/Les-archives-du-Cabinet-de-M.-Eric-Besson-2009-2010/Les-discours-du-Cabinet-de-M.-Eric-Besson-2009-2010/Septembre-2010/Discours-d-ERIC-BESSON-lors-de-la-conference-de-presse-du-lundi-13-septembre-2010>.



*des compagnies aériennes* », ont permis d'empêcher l'embarquement de 180 000 personnes vers le Royaume-Uni entre 2002 et 2007<sup>224</sup>.

Ce rôle actif des officiers de liaison est confirmé par les stipulations du traité de Prüm (dit « *Schengen III* » ou encore « *Schengen Plus* »)<sup>225</sup>, signé en 2005 par sept Etats membres (Belgique, Allemagne, Espagne, France, Luxembourg, Pays-Bas et Autriche) et rejoints depuis par sept autres<sup>226</sup>. Les articles 20 et 21 du traité prévoient en effet le déploiement de « *conseillers en faux documents* » dans les pays d'origine ou de transit, avec pour mission de « *conseiller* » et « *former* » les représentations diplomatiques ou consulaires des Parties contractantes<sup>227</sup>, les sociétés de transport<sup>228</sup> ainsi que les autorités des pays tiers compétentes pour les contrôles policiers aux frontières<sup>229</sup>.

S'il est vrai que ce sont principalement les autorités des Etats membres qui occupent une place déterminante au sein des réseaux d'officiers de liaison, les autorités de l'Union européenne jouent un rôle croissant. Tout d'abord, un règlement de 2011<sup>230</sup> modifie le règlement initial de 2004, entre autres pour instaurer une coopération plus étroite entre le réseau européen d'officiers de liaison « *Immigration* » et l'agence Frontex<sup>231</sup>. Ensuite, cette dernière a la possibilité depuis 2011<sup>232</sup> de déployer ses propres officiers de liaison, relevant du personnel propre de l'agence, « *en priorité dans les pays tiers qui constituent, selon une*

---

<sup>224</sup> Lords Select Committee on European Union, « Written evidence by Border Control Heathrow/Airline Liaison Officer's Network, Home Office », 4 décembre 2007, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldcom/60/60we04.htm>.

<sup>225</sup> Caroline Lantero, *Le droit des réfugiés. Entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2010, pp. 475-476.

<sup>226</sup> D'après le site Internet de l'Office des affaires étrangères allemand : <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/607270/publicationFile/165214/Statusliste-EN.pdf>.

<sup>227</sup> Le conseil et la formation portent « *sur des affaires de visas et de passeports, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de documents falsifiés ou contrefaits, ainsi que sur la fraude documentaires et la migration illégale* ».

<sup>228</sup> Le conseil et la formation portent sur les « *obligations découlant pour elles de la [CAAS] et de l'annexe 9 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale* » et sur la « *reconnaissance de document falsifiés ou contrefaits tout comme sur les dispositions relatives à l'entrée* ».

<sup>229</sup> Le périmètre du conseil et de la formation dispensés par les conseillers en faux documents n'est pas précisé.

<sup>230</sup> Règlement (UE) n° 493/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 modifiant le règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « *Immigration* » (ci-après « *règlement OLI de 2011* »).

<sup>231</sup> Voir la section 2, partie II sur l'action de l'agence Frontex.

<sup>232</sup> Article 14 paragraphe 3 du 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, introduit par le règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011.

*analyse des risques, des pays d'origine ou de transit pour l'immigration illégale* »<sup>233</sup>. Le règlement de l'agence précise que « [l]es tâches des officiers de liaison de l'Agence comprennent [...] l'établissement et l'entretien de contacts avec les autorités compétentes du pays tiers dans lequel ils sont affectés, en vue de contribuer à la prévention et la lutte contre l'immigration illégale et au retour des personnes qui font l'objet d'une décision de retour »<sup>234</sup>. La formulation – « les tâches [...] comprennent » – laisse penser que les missions des officiers peuvent être plus étendues que celles mentionnées dans le règlement. En tout état de cause, après le déploiement d'un officier à Ankara en avril 2016<sup>235</sup>, l'agence prévoit, dans les années à venir, d'envoyer une dizaine d'officiers de liaison dans des pays tiers « prioritaires »<sup>236</sup>. Deux officiers devaient également être déployés durant l'été 2017 au Niger et en Serbie (mission couvrant les Balkans occidentaux)<sup>237</sup>.

L'implication de l'Union européenne est aussi financière. Le volet « *Frontières extérieures – Visas* » du Fonds pour la sécurité intérieure, prévu pour la période 2014-2020, peut notamment soutenir « le détachement d'officiers de liaison « Immigration » et de conseillers en matière de documents dans des pays tiers et l'échange ainsi que le détachement de gardes-frontières entre États membres ou entre un État membre et un pays tiers »<sup>238</sup>. Enfin, l'Union européenne met actuellement en place le déploiement de ses propres officiers de liaison. D'abord mentionnée dans un plan d'action en dix points proposé par la Commission européenne le 20 avril 2015 en réponse à la « situation de crise en Méditerranée », la proposition a ensuite été reprise dans l'Agenda européen en matière de migration adopté par la Commission le 13 mai 2015, lequel prévoit que « [d]es officiers de liaison « Migration » européens seront détachés auprès des délégations de l'UE dans les pays tiers clés, en étroite coopération avec le réseau d'officiers de liaison « Immigration » et avec les autorités locales

<sup>233</sup> Article 55 paragraphe 2 du règlement (UE) n° 2016/624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (ci-après « règlement Frontex de 2016 »).

<sup>234</sup> Article 55 paragraphe 3 du règlement Frontex de 2016.

<sup>235</sup> Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes », 25 janvier 2017, COM(2017) 42 final, p. 9.

<sup>236</sup> Ibid.

<sup>237</sup> Commission européenne, « Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes », 13 juin 2017, COM(2017) 325 final, p. 12.

<sup>238</sup> Article 4 f) du règlement (UE) n° 515/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et des visas et abrogeant la décision n° 574/2007/CE.

*et la société civile, afin de recueillir et d'échanger des informations et de les analyser* »<sup>239</sup>. Au 13 juin 2017, douze officiers avaient été déployés en Éthiopie, en Jordanie, au Liban, au Mali, au Niger, au Nigeria, au Pakistan, au Sénégal, en Serbie, au Soudan, en Tunisie et en Turquie<sup>240</sup>. Aucun document ne semble avoir été publié concernant le rôle exact de ces experts nationaux détachés et leurs obligations dans l'exercice de leurs fonctions<sup>241</sup>.

## *2. L'absence de cadre assurant la protection effective des droits fondamentaux*

Au vu du rôle croissant et considérable que peuvent jouer les officiers de liaison au départ des pays d'origine et de transit, il y a lieu de s'interroger sur l'impact qu'ils peuvent avoir sur les droits fondamentaux des étrangers et sur leur responsabilité en cas de violations des droits. En empêchant de nombreuses personnes d'embarquer pour l'Europe, les officiers de liaison sont en particulier susceptibles de porter atteinte au principe de non-refoulement ainsi qu'au principe selon lequel *« toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »*<sup>242</sup>. A cet égard, il est déconcertant de constater l'absence de cadre assurant la protection des droits fondamentaux des étrangers face aux activités diverses des officiers de liaison.

Ainsi que le relève Caroline Lantero, le règlement de 2004 sur les officiers de liaison *« Immigration »* ne comporte *« aucune mention des réfugiés et des demandeurs d'asile et ne contient a fortiori aucune disposition spécifique liée à leur protection »*<sup>243</sup>. Plus généralement, il n'y figure aucune référence aux droits fondamentaux, hormis la précision suivante à l'article 2 paragraphe 4 : *« Les États membres veillent à ce que leurs officiers de liaison « Immigration » remplissent leur mission dans le cadre de leurs responsabilités et conformément aux dispositions, y compris celles relatives à la protection des données à*

---

<sup>239</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Un agenda européen en matière de migration », 13 mai 2015, COM(2015) 240 final, p. 9-10.

<sup>240</sup> Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : quatrième rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration », 13 juin 2017, COM(2017) 350 final, p. 15.

<sup>241</sup> Toutefois, l'organisation Statewatch a publié sur son site Internet le *« concept paper »* confidentiel sur le déploiement des officiers de liaison « Migration » européens, adressé au Comité des représentants permanents et au Conseil en novembre 2015 (lien : <http://www.statewatch.org/news/2015/nov/eu-council-euro-migration-liason-officers-1343-15.pdf>). Ce document comporte des informations plus précises sur le rôle envisagé des officiers de liaison.

<sup>242</sup> Article 12 paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>243</sup> Caroline Lantero, *Le droit des réfugiés. Entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2010, p. 496.

*caractère personnel, prévues dans leur législation nationale et dans tout accord ou arrangement conclu avec des pays hôtes ou des organisations internationales* ». Le règlement de 2011 portant modification du règlement initial<sup>244</sup> comporte certes quelques éléments supplémentaires, mais ceux-ci sont loin d'être suffisants. Tout d'abord, le point 10 du préambule énonce de manière abstraite que « *[l]e présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et mentionnés dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne* ». Le point 5 du préambule dispose, sans autre précision, qu'« *[i]l devrait être possible d'inviter [aux réunions entre les officiers de liaison détachés dans une région ou un pays tiers donné] d'autres organes et autorités, comme le Bureau européen d'appui en matière d'asile et le Haut-Commissariat des Nations Unies* ». L'article 4 modifié du règlement prévoit que les officiers de liaison « *échangent des informations, le cas échéant, sur l'expérience concernant l'accès des demandeurs d'asile à la protection* », sans expliciter en quoi ces informations pourraient infléchir les pratiques. Enfin, l'article 6 instaure un mécanisme de rapports périodiques au Parlement européen, au Conseil et à la Commission « *sur les activités des réseaux d'officiers de liaison « Immigration » dans des pays et/ou régions spécifiques présentant un intérêt particulier pour l'Union, ainsi que sur la situation dans ces pays et/ou régions spécifiques revêtant un intérêt particulier pour l'Union, en tenant compte de tous les aspects importants, y compris des droits de l'homme* ». Le même article dispose également que « *[c]haque année, sur la base des rapports des États membres visés au paragraphe 1 et compte tenu, s'il y a lieu, des aspects liés aux droits de l'homme, la Commission fournit un résumé factuel et, le cas échéant, des recommandations sur le développement des réseaux d'officiers de liaison « Immigration » au Parlement européen et au Conseil* ». Faute d'informations publiques, rien ne permet d'affirmer aujourd'hui que ces dispositions aient permis de documenter, prévenir ou répondre effectivement aux atteintes aux droits fondamentaux des étrangers dans l'exercice des fonctions des officiers de liaison.

S'agissant des nouveaux officiers de liaison « *Migration* » européens, il a déjà été souligné qu'aucun cadre formel ne semble régir leurs activités, ce qui est particulièrement préoccupant

---

<sup>244</sup> Règlement OLI de 2011.

en matière de protection des droits fondamentaux<sup>245</sup>. Concernant enfin les officiers de liaison de l'agence Frontex, le dernier règlement de l'agence comporte de maigres garanties, qui apparaissent insuffisantes. Hormis une précision générique sur le fait que les tâches des officiers s'effectuent « *dans le respect du droit de l'Union et des droits fondamentaux* »<sup>246</sup>, le règlement prévoit que « *[l]es officiers de liaison ne sont déployés que dans les pays tiers dont les pratiques en matière de gestion des frontières respectent les normes minimales en matière de protection des droits de l'homme* ». Leur déploiement intervient après avis de la Commission et information du Parlement européen. Or, la pratique semble montrer une indifférence totale à ces dispositions, puisque, comme cela a été précédemment indiqué, des officiers de liaison sont installés ou s'apprêtent à être installés en Turquie, au Niger et en Serbie, où il est de notoriété publique que les droits des personnes en migration, y compris les réfugiés, sont bafoués par les autorités en charge du contrôle des frontières<sup>247</sup>.

La multiplication des corps d'officiers de liaison, relevant tantôt de la responsabilité des Etats membres, tantôt de celle de l'Union européenne, rend peu aisée la détermination des responsabilités. La confusion règne d'autant plus que l'Union européenne finance les réseaux d'officiers de liaison des Etats membres et l'article 5 du règlement de 2004 sur le réseau européen des officiers de liaison « *Immigration* » permet aux Etats membres de « *convenir bilatéralement ou unilatéralement que les officiers de liaison « Immigration » qui sont détachés dans un pays tiers ou auprès d'une organisation internationale par un État membre veillent également aux intérêts d'un ou de plusieurs autres États membres* ». Il reste enfin et surtout la question complexe de savoir dans quelle mesure les étrangers à qui l'on a refusé l'embarquement à destination d'un pays européen peuvent prétendre à la protection des droits garantis par les instruments internationaux et régionaux pertinents. Pour ce qui est de la Convention européenne des droits de l'homme, la difficulté sera d'établir que le seuil a été atteint pour déclencher la juridiction extraterritoriale de l'Etat concerné, au regard des critères

---

<sup>245</sup> Le « *concept paper* » fuité par l'organisation Statewatch comporte une section sur le profil recherché des officiers de liaison, qui n'évoque aucune compétence particulière en matière de protection des droits fondamentaux. Il ne semble pas davantage prévu qu'ils soient formés spécifiquement sur la question (Commission européenne, « DG HOME hosts European Migration Liaison Officers (EMLOs) », 18 janvier 2017, [https://ec.europa.eu/home-affairs/news/dg-home-hosts-european-migration-liaison-officers-emlos\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/news/dg-home-hosts-european-migration-liaison-officers-emlos_en)).

<sup>246</sup> Article 55 paragraphe 3 du règlement Frontex de 2016.

<sup>247</sup> Voir par exemple Human Rights Watch, « Serbie : La police fait subir des mauvais traitements à des migrants et à des demandeurs d'asile », 15 avril 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/04/15/serbia-police-abusing-migrants-asylum-seekers>, ou encore Human Rights Watch, « Turquie : Des gardes-frontières ont tué et blessé des demandeurs d'asile syriens », 10 mai 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/05/10/turquie-des-gardes-frontieres-ont-tue-et-blesse-des-demandeurs-dasile-syriens>.

stricts établis par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>248</sup>. Si la Cour reconnaît à titre exceptionnel que la juridiction d'un Etat puisse s'exercer en dehors de son propre territoire, elle exige des « *circonstances exceptionnelles* » faisant état soit d'un contrôle ou d'une autorité sur un individu par le biais de ses agents, soit d'un contrôle effectif sur un territoire<sup>249</sup>. Le premier cas de figure semblerait *a priori* correspondre, mais la Cour insiste sur le fait que « *l'élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes en question* »<sup>250</sup>. Or, il n'est pas certain que la Cour estime ce critère rempli concernant l'action des officiers de liaison, dont le périmètre est variable et qui s'inscrit dans une répartition peu claire des rôles avec les compagnies aériennes et les autorités des pays tiers chargées des contrôles frontaliers. Dans l'affaire Hirsi Jaama, la Cour s'était appuyé sur le fait que « *les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes* »<sup>251</sup>. Ceci laisse penser que la Cour est très exigeante sur le degré de contrôle devant être exercé sur les personnes. Quoi qu'il en soit, en pratique, l'écrasante majorité des personnes à qui l'on refuse d'embarquer n'auront ni le réflexe ni la possibilité matérielle de saisir la Cour européenne des droits de l'homme en temps voulu afin de faire valoir leurs droits, à supposer même que ces personnes soient en mesure de comprendre que c'est un officier de liaison de tel Etat européen qui a entravé leur départ. Cette considération pratique vaut pour les autres commentaires doctrinaux qui estiment possible de rechercher la responsabilité internationale des Etats<sup>252</sup>.

## B. La coopération non conventionnelle avec les pays tiers

Depuis près de deux décennies, l'UE et ses Etats membres ont mis en place une intense coopération avec les pays tiers en matière d'immigration<sup>253</sup>. L'instrument le plus emblématique de cette coopération est l'accord de réadmission, par lequel chaque partie s'engage à réadmettre sur son territoire ses propres citoyens ainsi que, dans certains cas, les ressortissants d'autres pays ayant transité par son territoire. Cet engagement se traduit par la mise en place d'une procédure simplifiée de réadmission, qui facilite et accélère

<sup>248</sup> Frank McNamara, « Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited », *European Journal of Migration and Law*, vol. 15, n° 4, 2013, pp. 319-335.

<sup>249</sup> CEDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, §131-140.

<sup>250</sup> *Ibid.*, §138.

<sup>251</sup> CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09, §81.

<sup>252</sup> Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *op. cit.*, pp. 380-390.

<sup>253</sup> Christel Cournil, « La politique de réadmission de l'UE avec les pays tiers : diversification et expansion de l'externalisation des contrôles migratoires », in Laurence Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant, 2012, p. 187-251.



l'éloignement. Dans un premier temps, les accords de réadmission ont été conclus par les Etats membres dans un cadre bilatéral, entre eux puis avec des pays tiers de départ et de transit. Par la suite, l'Union européenne a elle-même entamé des négociations en vue de conclure de tels accords avec des pays tiers. L'article 78 paragraphe 3 du TFUE prévoit explicitement cette possibilité. En outre, le point 7 du préambule de la directive « retour » dispose que « *des accords de réadmission communautaires et bilatéraux avec les pays tiers sont nécessaires pour faciliter le processus de retour* ». A ce jour, l'UE a conclu de tels accords avec 17 pays tiers<sup>254</sup>.

Ces accords suscitent d'importantes inquiétudes en matière de respect des droits fondamentaux<sup>255</sup>. En facilitant la réadmission des étrangers, ces conventions neutralisent le droit au recours effectif et accroissent le risque de refoulement des demandeurs d'asile, qui peut intervenir directement vers le pays d'origine ou « *en cascade* »<sup>256</sup>, puisque les pays de réadmission concluent eux-mêmes des accords avec d'autres pays<sup>257</sup>. Ainsi, les « *clauses de non-incidence* » insérées dans les accords les plus récents, lesquelles se bornent à énoncer un engagement abstrait de respecter le droit international et européen des droits de l'homme, sont loin de suffire pour prévenir les risques. Aucune suspension des accords n'est d'ailleurs prévue en cas de non-respect des droits de l'homme par le pays tiers concerné. En outre, bien qu'il soit difficile de mesurer l'impact concret des accords de réadmission sur les pratiques des pays tiers et en particulier en matière de contrôles aux frontières, il est clair que les accords de réadmission exercent une forme de pression sur les pays tiers, qui sont indirectement incités à mieux verrouiller leurs propres frontières pour éviter de réadmettre des individus ayant transité par leur territoire. De tels accords contribuent donc à externaliser les

---

<sup>254</sup> Hong Kong (2004), Macao (2004), Sri Lanka (2005), Albanie (2006), Russie (2007), Ukraine (2008), Macédoine (2008), Bosnie-Herzégovine (2008), Monténégro (2008), Serbie (2008), Moldavie (2008), Pakistan (2010), Géorgie (2011), Arménie (2014), Azerbaïdjan (2014), Turquie (2014) et Cap-Vert (2014).

<sup>255</sup> Voir, par exemple, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1741 (2010), « Les accords de réadmission, un mécanisme de renvoi des migrants en situation irrégulière », 22 juin 2010.

<sup>256</sup> Voir à cet égard CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09, §147 : « *Il appartient à l'Etat qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle encourt. La Cour observe que cette obligation est d'autant plus importante lorsque, comme en l'espèce, le pays intermédiaire n'est pas un Etat partie à la Convention.* »

<sup>257</sup> C'est par exemple le cas de la Turquie, qui a conclu un accord avec le Pakistan en 2016 et envisage des négociations avec « *14 pays d'origine de migrants en situation irrégulière, à savoir l'Afghanistan, l'Algérie, le Bangladesh, le Cameroun, le Congo, l'Érythrée, le Ghana, l'Iran, l'Iraq, le Maroc, le Myanmar, la Somalie, le Soudan et la Tunisie* » (Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Troisième rapport sur les progrès accomplis par la Turquie dans la mise en œuvre des exigences de la feuille de route sur la libéralisation du régime des visas », 4 mai 2016, COM(2016) 278 final, pp. 5-6).



contrôles des frontières européennes, désormais effectués par les autorités locales dans les pays de départ et de transit, ce qui n'est pas sans impact sur les droits fondamentaux des étrangers qui cherchent à rejoindre le continent européen. D'une part, les pays tiers concernés peuvent être tentés d'instaurer une politique restrictive des visas, vis-à-vis de nationalités « à risque » pour l'Europe<sup>258</sup>. D'autre part, les autorités sont incitées à empêcher par tous moyens la sortie de leur propre territoire, ce qui se traduit dans certains pays par la pénalisation de l'émigration<sup>259</sup>. Au Maroc par exemple, l'article 50 de la loi n°02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières dispose qu'« *[e]st punie d'une amende de 3000 à 10.000 dirhams et d'un emprisonnement de un mois à six mois, ou de l'une de ces deux peines seulement, sans préjudice des dispositions du code pénal applicables en la matière, toute personne qui quitte le territoire marocain d'une façon clandestine, en utilisant, au moment de traverser l'un des postes frontières terrestres, maritimes ou aériens, un moyen frauduleux pour se soustraire à la présentation des pièces officielles nécessaires ou à l'accomplissement des formalités prescrites par la loi et les règlements en vigueur, ou en utilisant des pièces falsifiées ou par usurpation de nom, ainsi que toute personne qui s'introduit dans le territoire marocain ou le quitte par des issues ou des lieux autres que les postes frontières créés à cet effet* »<sup>260</sup>. Ainsi, le droit de chacun à quitter tout pays, y compris le sien, est complètement ignoré.

En pratique, certains pays comme la Turquie ou le Pakistan semblent réticents à coopérer, même en présence d'un accord de réadmission<sup>261</sup>. Ceci explique sûrement en partie que l'accord de réadmission ne soit pas le seul outil utilisé par l'UE et les Etats membres pour renforcer la coopération en matière d'immigration. Une myriade de clauses, de partenariats, de dialogues, de programmes, d'agendas et d'accords politiques ont également été mobilisés

<sup>258</sup> Pour reprendre l'exemple de la Turquie, en 2016, les autorités de ce pays ont décidé d'imposer des VTA aux citoyens de 18 pays (Afghanistan, Afrique du Sud, Bangladesh, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Érythrée, Ghana, Mali, Myanmar, Nigeria, Pakistan, République démocratique du Congo, Somalie, Sri Lanka, Soudan et Ouganda) (rapport précité de la Commission européenne du 4 mai 2016, p. 6).

<sup>259</sup> Pour un recensement des pays « *criminalisant* » le départ en droit ou de fait, voir Charlotte Blondel et al., Maybrit Jill Alpes (dir.), « Post-Deportation Risks: Criminalized Departure and Risks for Returnees in Countries of Origin », mai 2015, <http://refugeelegalaidinformation.org/sites/default/files/uploads/1.%20Post-Deportation%20Risks-%20A%20Country%20Catalogue.compressed%20copy%202.pdf>.

<sup>260</sup> Anafé et Gadem, « Privés de liberté en 'zone de transit'. Des aéroports français aux aéroports marocains », juin 2017, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/rapport\\_zs\\_maroc\\_-\\_anafe-gadem\\_complet.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/rapport_zs_maroc_-_anafe-gadem_complet.pdf).

<sup>261</sup> Sergio Carrera, *Implementation of EU Readmission Agreements. Identity Determination and the Blurring of Rights*, Springer, 2016, pp. 16-18.

depuis vingt ans dans cette optique<sup>262</sup>. Certains ont pu décrire le phénomène, qui est loin d'être nouveau, comme un processus d'« *informalisation* » de la coopération avec les pays tiers<sup>263</sup>. Il y a quelques années déjà, Christel Cournil relevait ainsi que « *la coopération en matière de réadmission ne passe pas toujours par un accord formel mais parfois par des outils alternatifs : des pratiques ou des ententes informelles, des arrangements, des accords de coopération policière, des échanges de lettre, etc.* »<sup>264</sup>. Dans les années 2000, l'Italie et l'Espagne, en particulier, ont par exemple conclu des « *traités d'amitié* » ou « *mémoires d'entente* » avec des pays tiers stratégiques comme la Libye, le Sénégal et la Mauritanie. Toutefois, il est important d'insister sur le fait que c'est moins la forme que la valeur juridique des instruments de coopération qui importe. De plus en plus, les Etats membres et l'UE concluent avec les pays tiers des accords qui, en droit international, s'apparentent plutôt à des « *actes concertés non conventionnels* ». Leur principale caractéristique est le refus des parties de contracter des obligations conventionnelles contraignantes. Ces accords « *politiques* » peuvent ainsi être conclus en dehors des procédures prévues pour l'adoption des traités internationaux et sont en principe dépourvus de justiciabilité, à moins d'être requalifiés par les juridictions compétentes.

Un autre type de coopération, dite « *technique* » ou « *opérationnelle* », intervient également en dehors du cadre classique des traités internationaux. Depuis 2006, l'agence européenne de surveillance des frontières Frontex a, au nom de la « *coopération opérationnelle* », signé dix-huit « *arrangements de travail* » avec les autorités de pays tiers<sup>265</sup>. Ces accords sont conclus directement entre le directeur exécutif de l'agence et les autorités compétentes en matière d'immigration dans le pays tiers concerné. La procédure prévue par l'article 218 du TFUE n'est donc pas suivie et ces arrangements, à la valeur juridique incertaine, ne sont pas considérés comme des accords internationaux. Ils posent des questions de légitimité

<sup>262</sup> Paula García Andrade et Iván Martín, « EU cooperation with third countries in the field of migration », étude pour la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, octobre 2015, PE 536.469.

<sup>263</sup> Jean-Pierre Cassarino, « Informalising Readmission Agreements in the EU Neighborhood », *The International Spectator*, vol. 42, n° 2, juin 2007, pp. 179-196.

<sup>264</sup> Christel Cournil, *op. cit.*, p. 189.

<sup>265</sup> Russie, Ukraine, Moldavie, Géorgie, Macédoine, Serbie, Albanie, Bosnie-Herzégovine, Etats-Unis, Monténégro, Belarus, Canada, Cap-Vert, Nigeria, Arménie, Turquie, Azerbaïdjan, et Kosovo. Des discussions sont actuellement en cours avec le Niger, la Libye, le Maroc, le Sénégal, la Mauritanie, l'Egypte, le Brésil et la Tunisie.

démocratique mais inquiètent aussi quant au respect des droits fondamentaux<sup>266</sup>, surtout si l'on considère que les textes adoptés entre l'agence et les autorités concernées demeuraient jusqu'à peu secrets<sup>267</sup>. Or, mis à part des formules génériques tenant à la protection des droits fondamentaux et au principe de non-refoulement, on ne trouve à l'article 54 du nouveau règlement de l'agence Frontex aucune garantie concrète permettant de s'assurer que la conclusion d'arrangements de travail ne conduit pas à des atteintes aux droits fondamentaux, et ce alors que ces arrangements contribuent à « *promouvoir des normes européennes en matière de gestion des frontières et de retour* »<sup>268</sup> et sont donc susceptibles d'avoir un impact important sur les pratiques policières dans les pays tiers à l'encontre des personnes en migration. Il faut encore souligner que les évaluations sérieuses et indépendantes des activités de l'agence en matière de coopération avec les pays tiers sont (quasiment) inexistantes et en tout état de cause inaccessibles au public<sup>269</sup>.

Des exemples plus récents confirment la tendance à l'injusticiabilité dans la coopération avec les pays tiers. Deux séries d'accords *a priori* non conventionnels ont ainsi participé à fermer la route empruntée en 2015 par de nombreux réfugiés entre la Turquie et l'Europe de l'Ouest, en passant par la Grèce et les Balkans. La première série d'accords, moins connue du grand public, est intervenue pour verrouiller la route des Balkans, dans un contexte où l'Allemagne et l'Autriche avaient décidé de fermer leurs frontières. A la suite de plusieurs rencontres, le 18 février 2016, les directeurs des services de police d'Autriche, de Sloénie, de Croatie, de Serbie et de Macédoine se sont réunis à Zagreb et ont convenu d'une « *déclaration conjointe* » faisant état d'un accord sur la « *gestion des flux migratoires* », qui comprend des mesures dérogatoires aux procédures prévues par la législation, notamment en matière d'asile<sup>270</sup>. Le point 6 de la déclaration précise que « *sur des fondements humanitaires, l'entrée*

<sup>266</sup> Melanie Fink, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding 'Technical Relationships' », *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 28, n° 75, 2012, pp. 20-35 ; Frontexit, « Frontex et la coopération avec les Etats non membres de l'UE. Accords de travail et autre formes de coopération », janvier 2015, <http://www.frontexit.org/fr/docs/71-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-toutcontrôle-démocratique-note-longue/file>.

<sup>267</sup> Ils sont désormais accessibles directement sur le site Internet de l'agence : <http://frontex.europa.eu/partners/third-countries/>.

<sup>268</sup> Article 54 paragraphe 1 du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil.

<sup>269</sup> Paula García Andrade et Iván Martín, *op. cit.*, p. 45.

<sup>270</sup> Le texte de la déclaration est disponible ici en anglais : [https://www.mup.hr/UserDocsImages/topvijesti/2016/veljaca/migranti\\_sastanak/joint\\_statement.pdf](https://www.mup.hr/UserDocsImages/topvijesti/2016/veljaca/migranti_sastanak/joint_statement.pdf).

de ressortissants de pays tiers peut être autorisée aux personnes ne remplissant pas les [conditions d'entrée prévues par le code frontières Schengen] mais arrivant de pays ravagés par la guerre et nécessitant une protection internationale (par exemple, la Syrie ou l'Irak), dans la mesure où ils peuvent prouver leur nationalité (ils sont en possession de documents d'identité ou peuvent prouver leur nationalité par leurs compétences linguistiques, des copies ou scans d'autres documents d'identification) et sont en possession du formulaire d'enregistrement établi par les autorités grecques »<sup>271</sup>. Il est également précisé au point 7 que « si la personne donne de fausses informations (par exemple, qu'elle cherche à échapper à la guerre, alors qu'elle n'arrive pas du pays affecté par le conflit armé) ou refuse de coopérer durant la procédure d'enregistrement, il/elle se verra refuser l'entrée ». Enfin, le point 9 prévoit que « lorsque les Etats autorisent l'entrée et le transit, toute autre restriction des pays de destination sera prise en compte (par exemple, les quotas journaliers actuels) ». La déclaration a été très critiquée, notamment par la société civile<sup>272</sup> et le Haut-Commissaire aux Droits de l'Homme des Nations Unies<sup>273</sup>. Le 24 février 2016, une autre conférence intitulée « *Managing Migration Together* » a réuni à Vienne les ministres des Affaires étrangères et de l'Intérieur de Croatie, de Slovénie et d'Autriche d'une part, et de six pays des Balkans occidentaux d'autre part. La déclaration publiée à l'issue de la conférence<sup>274</sup> confirme les mesures dérogatoires, partant de la conviction qu'« il n'est pas possible de traiter un nombre illimité de migrants et de demandeurs d'asile, du fait des ressources limitées et des capacités d'accueil, des conséquences potentielles pour la sécurité intérieure et pour la cohésion sociale et des défis en matière d'intégration » et proclamant que « le droit d'asile n'inclut pas le droit pour les demandeurs d'asile de voyager plus loin et de choisir le pays de leur préférence »<sup>275</sup>. Le point 9 prévoit en particulier que l'entrée sera refusée aux personnes sans document de voyage, avec des faux documents ou faisant des déclarations erronées à propos de leur nationalité ou leur identité, ainsi que les personnes qui ne coopèrent pas dans la procédure d'enregistrement ou tentent de traverser illégalement la frontière. De vagues

<sup>271</sup> La déclaration n'existant pas en langue française, les passages cités sont une traduction personnelle de l'auteur.

<sup>272</sup> Voir par exemple le communiqué inter-associatif « Statement on the Western Balkan Migration Route », 3 mars 2016, <https://www.nrc.no/news/2016/march/statement-on-the-western-balkan-migration-route/>.

<sup>273</sup> Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, « Europe/migration: Five-country police agreement exacerbates crisis and puts vulnerable migrants at risk -- Zeid », communiqué de presse du 25 février 2016, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17091&LangID=E>.

<sup>274</sup> Le texte de la déclaration est disponible ici en anglais : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6481-2016-INIT/en/pdf>.

<sup>275</sup> Point 3 de la déclaration. Ici également, la déclaration n'existant pas en langue française, les passages cités sont une traduction personnelle de l'auteur.

formules assurent du respect du droit de l'UE et de la convention de Genève, sans expliciter comment ils s'articulent avec les mesures dérogatoires prévues. La déclaration prend acte de la déclaration conjointe des chefs de police du 18 février 2016 et en salue les mesures « opérationnelles ».

La coopération non conventionnelle avec les pays se trouvant sur la route des Balkans a donc joué un rôle non négligeable dans la fermeture de la route turco-grecque. Les refoulements en chaîne et le blocage de dizaines de milliers de personnes en transit ont ainsi pu contribuer à faire diminuer les départs depuis la Turquie. Plus connue est la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016, souvent présentée comme la principale – et parfois, de manière exagérée, la seule – raison de la baisse importante des arrivées en Grèce à partir du printemps 2016. S'inscrivant dans la lignée d'un plan d'action adopté en novembre 2015, le but explicite de la déclaration du 18 mars 2016 est de « *mettre fin à la migration irrégulière de la Turquie vers l'UE* ». Pour rappel, il existait déjà un accord de réadmission gréco-turc de 2004 ainsi qu'un accord de réadmission UE-Turquie adopté en 2014 partiellement entré en vigueur<sup>276</sup>. La déclaration du 18 mars a donc pour objectif de favoriser la mise en œuvre concrète des procédures simplifiées de réadmission. Elle prévoit à cette fin le renvoi en Turquie de « *tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016* », y compris les demandeurs d'asile dont la demande est jugée « *infondée ou irrecevable* »<sup>277</sup>, et la réinstallation d'un nombre égal de Syriens en Europe « *pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques* ». La Turquie s'engage à « *prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter que de nouvelles routes de migration irrégulière, maritimes ou terrestres, ne s'ouvrent au départ de son territoire en direction de l'UE* ». En contrepartie, sont prévus l'accélération de la libéralisation du régime des visas pour les citoyens turcs, le versement accéléré de 3 milliards d'euros au titre de la facilité en faveur des réfugiés en Turquie et la relance du processus d'adhésion à l'Union européenne.

<sup>276</sup> Sa date d'entrée en vigueur a été avancée au 1<sup>er</sup> juin 2016 concernant les ressortissants des pays tiers.

<sup>277</sup> La déclaration s'appuie ici sur les articles 33, 35 et 38 de la directive « *procédure* » (directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale), qui permettent de rejeter comme irrecevable la demande d'un étranger qui provient d'un « *pays tiers sûr* », sans même « *vérifier si le demandeur remplit les conditions requises pour prétendre à une protection internationale* ». La qualification de la Turquie comme un « *pays tiers sûr* » est tout à fait contestable, tel que cela a été souligné par la doctrine (voir notamment Serge Slama, « *Le droit d'asile dans les limbes de l'accord entre l'Union européenne et la Turquie sur les réfugiés* », Dalloz 2016, p. 832).

La déclaration a essuyé de nombreuses critiques, notamment de la part du HCR qui s'est retiré des « *hotspots* » grecs, face aux conséquences néfastes de la déclaration pour les droits fondamentaux des étrangers, bloqués et désormais détenus sur les îles grecques en vue de leur éloignement prochain<sup>278</sup>. Le texte se présentant officiellement sous la forme d'un communiqué de presse, la question de sa valeur juridique s'est d'emblée posée<sup>279</sup>, dans la mesure où elle semblait acter un accord international entre l'UE et la Turquie sans respecter la procédure prévue par l'article 218 du TFUE. S'est également posé la question de la justiciabilité de la déclaration. Trois recours en annulation déposés par deux Pakistanais et un Afghan bloqués en Grèce ont tenté en vain de faire reconnaître sa qualité d'accord international pour en souligner l'illégalité au regard des conditions procédurales requises pour la conclusion d'un traité entre l'UE et un pays tiers. La requête faisait également valoir l'incompatibilité de l'accord avec de nombreux droits protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ainsi qu'avec l'obligation de non-refoulement, au vu des risques de refoulement vers la Turquie, mais aussi indirectement vers la Pakistan et l'Afghanistan. Le 28 février 2017, le tribunal de l'UE s'est déclaré incompétent pour examiner la requête<sup>280</sup>, estimant que « *nonobstant les termes regrettamment ambigus de la déclaration UE-Turquie* »<sup>281</sup>, la déclaration émanait non du Conseil européen mais des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres de l'UE et qu'il ne s'agissait pas d'un accord international. Un recours a été formé contre la décision<sup>282</sup>.

Malgré le tollé provoqué par cet accord et les doutes persistants sur sa légalité, la déclaration UE-Turquie a été présentée ultérieurement par la Commission européenne comme « *une source d'inspiration pour la coopération avec d'autres pays tiers clés et [comme pouvant]*

---

<sup>278</sup> HCR, « Le HCR redéfinit son rôle en Grèce après l'entrée en vigueur de l'accord UE-Turquie », communiqué de presse du 22 mars 2016, <http://www.unhcr.org/fr/news/briefing/2016/3/56f14c5cc/hcr-redefinit-role-grece-apres-lentree-vigueur-laccord-ue-turquie.html>.

<sup>279</sup> Maarten den Heijer et Thomas Spijkerboer, « Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty? », *EU Law Analysis Blog*, 7 avril 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html> ; Olivier Corten et Marianne Dony, « Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile », *EU Migration Law Blog*, 10 juin 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/>.

<sup>280</sup> Tribunal de l'UE, ord., 28 février 2017, *NF, NG et NM c. Conseil européen*, T-192/16, T-193/16 NF et T-257/16.

<sup>281</sup> Ibid., §66.

<sup>282</sup> Pourvoi formé le 21 avril 2017 par NF c. l'ordonnance du Tribunal (première chambre élargie) rendue le 28 février 2017 dans l'affaire T-192/16, NF c. Conseil européen (Affaire C-208/17 P).



*mettre en lumière les grands leviers qu'il convient d'actionner* »<sup>283</sup>. Les nouvelles formes de coopération mises en place depuis juin 2016 semblent aller dans ce sens, notamment avec la mise en place d'un nouveau système de « pactes », dont l'objectif est de « *parvenir à des augmentations spécifiques et quantifiables du nombre et du taux de retours et de réadmissions* »<sup>284</sup>. La nature juridique des « pactes » pose question. Présentés sous la forme de cadres souples et protéiformes de coopération avec les pays tiers<sup>285</sup>, ils peuvent avoir un impact direct sur les politiques de ces pays en matière de contrôles migratoires et donc sur les droits fondamentaux des étrangers qui en font l'objet. Pour autant, ce type d'instruments paraît hors de portée de tout contrôle juridictionnel.

Le même constat semble s'imposer concernant la déclaration conjointe UE-Afghanistan du 2 octobre 2016 intitulée « *Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU* », qui marque « *l'engagement partagé de l'UE et du gouvernement du Pakistan de renforcer la coopération en matière de gestion et de prévention de l'immigration irrégulière et de retour des migrants irréguliers* »<sup>286</sup>. La déclaration précise, dans son introduction, qu'elle « *n'a pas pour intention de créer des droits ou des obligations en droit international* »<sup>287</sup>. La coopération non conventionnelle se poursuit également au niveau bilatéral, l'Italie ayant récemment conclu des « *mémoires d'entente* » de coopération policière avec la Gambie (juin 2015), le Soudan (août 2016) et la Libye (février 2017)<sup>288</sup>. Le Conseil

<sup>283</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'investissement relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration », 7 juin 2016, COM (2016) 385 final, p. 4.

<sup>284</sup> Ibid., p. 8.

<sup>285</sup> « *Chaque pacte est un ensemble de mesures appropriées qui associent différents éléments des politiques relevant de la compétence de l'UE (politique de voisinage, aide au développement, commerce, mobilité, énergie, sécurité, stratégie numérique, etc.) et dont l'effet de levier sert le même objectif. Il importe que cet usage recentré et reprogrammé de l'ensemble des politiques soit reproduit par les États membres pour ce qui est des instruments politiques et des incitations nationaux* » (ibid., p. 9).

<sup>286</sup> Le texte de la déclaration est disponible ici en anglais : [https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu\\_afghanistan\\_joint\\_way\\_forward\\_on\\_migration\\_issues.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf). La déclaration n'existant pas en langue française, les passages cités sont une traduction personnelle de l'auteur.

<sup>287</sup> Pour une analyse plus détaillée, voir Luigi Limone, « EU-Afghanistan 'Joint Way Forward on migration issues': another 'surrealist' EU legal text ? », *European Area of Freedom, Security & Justice* (blog), 11 avril 2017, <https://free-group.eu/2017/04/11/eu-afghanistan-joint-way-forward-on-migration-issues-another-surrealist-eu-legal-text/>.

<sup>288</sup> Les textes des mémoires conclus avec le Soudan et la Libye sont disponibles sur le site Internet de l'association italienne ASGI. Voir aussi ARCI, « Document d'analyse : Les étapes du processus d'externalisation du contrôle des frontières en Afrique, du Sommet de la Valette à aujourd'hui », juin 2016, [http://www.integrationarci.it/wp-content/uploads/2016/06/externalisation\\_docanalyse\\_ARCI\\_FR.pdf](http://www.integrationarci.it/wp-content/uploads/2016/06/externalisation_docanalyse_ARCI_FR.pdf).



européen, dans sa déclaration de Malte du 3 février 2017, s'est félicité du dernier mémoire d'entente conclu avec la Libye et s'est dit « *prêt à soutenir l'Italie dans sa mise en œuvre* ».

## II. Les contrôles privés

A partir de 1987, des lois ont été adoptées en Allemagne, en Belgique, au Royaume-Uni et au Danemark pour imposer des sanctions aux transporteurs qui acheminent des personnes dépourvus des documents nécessaires pour entrer sur leur territoire<sup>289</sup>. En 1990, le principe est inscrit à l'article 26 de la CAAS, qui prévoit que les Etats membres imposent aux transporteurs l'obligation de reprendre en charge et de réacheminer dans le pays tiers de provenance l'étranger à qui l'entrée sur le territoire d'une des Parties Contractantes a été refusée, mais aussi l'obligation de prendre en amont « *toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que l'étranger transporté est en possession des documents de voyage requis pour l'entrée sur les territoires des Parties Contractantes* ». Pour les cas où cette situation se produit néanmoins, les Etats doivent instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs. Les obligations sont imposées « *sous réserve des engagements qui découlent de leur adhésion à la Convention de Genève* », sans plus de précision.

Ces dispositions ont été transposées en droit français en 1992<sup>290</sup>. Deux causes d'exonération ont été prévues. L'une tient à la preuve par le transporteur de la présentation des documents requis au moment de l'embarquement ou à la preuve de l'absence d'« *irrégularité manifeste* » des documents présentés. L'autre tient à l'admission de l'étranger sur le territoire au titre de l'asile ou au fait que sa « *demande d'asile n'était pas manifestement infondée* ». Le Conseil constitutionnel a estimé que ce nouveau régime de sanctions n'était pas contraire au droit constitutionnel d'asile protégé par le quatrième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, sous réserve, concernant la cause d'exonération relative aux demandeurs d'asile, que « *le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche* », afin que la disposition en cause ne puisse « *ainsi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique* »<sup>291</sup>. Dans ces conditions, le Conseil considère que la cause d'exonération suffit à

---

<sup>289</sup> António Cruz, *Nouveaux contrôleurs d'immigration. Transporteurs menacés de sanctions*, L'Harmattan, 1995, p. 19.

<sup>290</sup> Article 3 de la loi n° 92-190 du 26 février 1992 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

<sup>291</sup> CC, décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, §§32-34.

« prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile au motif que les intéressés seraient démunis de visa d'entrée en France ». Malgré tout, le professeur François Julien-Lafferrière avait à l'époque estimé que « le transporteur sera[it] - bon gré, mal gré, autorité de police ou non - forcément conduit à opérer un choix ou un tri entre les passagers, ce qui ressemble fort, en définitive, à l'exercice d'un pouvoir de police »<sup>292</sup>.

Par la suite, le principe des sanctions pesant sur les transporteurs a été développé en droit communautaire par une directive de 2001<sup>293</sup>, suite à une initiative française du 20 septembre 2000. Les dispositions de cette directive n'échappent pas à la critique formulée ci-dessus. Les compagnies de transport sont bel et bien tenues d'assumer un rôle de garde-frontières de l'Europe, sous la menace d'amendes et d'une prise en charge du réacheminement, ce qui peut amener à d'importantes dérives, notamment en matière de profilage<sup>294</sup>. Pour ce qui est des demandeurs d'asile, la compagnie est potentiellement amenée à opérer une sorte de présélection en examinant informellement les motifs invoqués par le passager pour demander l'asile en Europe. Il est plus probable encore que la compagnie ne prenne pas le « risque » d'embarquer le passager<sup>295</sup>. En effet, les sanctions ont été considérablement durcies depuis le début des années 2000, par exemple en France par la loi du 7 mars 2016<sup>296</sup>, qui double le montant des amendes<sup>297</sup> (désormais 10 000 € par passager concerné) et crée deux nouvelles catégories d'amende allant jusqu'à 30 000 € en cas de non-respect des obligations relatives au réacheminement et, le cas échéant, à la prise en charge durant le délai nécessaire au réacheminement<sup>298</sup>. Le nombre des amendes prononcées chaque année en France a également augmenté considérablement, passant de 535 en 2006<sup>299</sup> à 1372 en 2016<sup>300</sup>.

---

<sup>292</sup> François Julien-Lafferrière, « De l'application des accords de Schengen au statut des zones d'attente : chronique d'une loi annoncée », AJDA, 1992, p. 656.

<sup>293</sup> 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.

<sup>294</sup> Véronique Baudet-Caille, « Les 'contrôleurs d'immigration' », *Plein Droit*, n° 55, décembre 2002, pp. 26-28 ; Virginie Guiraudon, « Logiques et pratiques de l'Etat délégué : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance », *Cultures & Conflits*, n° 45, printemps 2002.

<sup>295</sup> Caroline Lantero, *Le droit des réfugiés. Entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2010, pp. 480-481.

<sup>296</sup> Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

<sup>297</sup> Article L. 625-1 du Ceseda.

<sup>298</sup> Nouvel article L. 625-7 du Ceseda.

<sup>299</sup> Anafé, « La procédure en zone d'attente : guide théorique et pratique », janvier 2013, p. 6, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide\\_anafe\\_web.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide_anafe_web.pdf).

<sup>300</sup> Point de contact français du Réseau européen des Migrations, *op. cit.*, p. 87.

Par l'intermédiaire des sanctions pesant sur les transporteurs, la responsabilité de contrôler les passagers à l'embarquement est donc transférée à des acteurs privés, sans qu'un droit de recours ne soit toutefois prévu. En pratique, on retrouve ici une grande confusion quant à la répartition des rôles puisque les officiers de liaison sont amenés à former et conseiller les compagnies de transport et ces dernières sous-traitent parfois elles-mêmes les missions de contrôle à d'autres compagnies privées<sup>301</sup>. Il devient donc difficile dans ce contexte d'établir clairement les responsabilités, ce qui n'est pas sans évoquer le cas de l'agence européenne de surveillance des frontières.

## ***Section 2 - L'interception physique : le cas épineux de l'agence Frontex***

S'inscrivant partiellement dans la dynamique de l'externalisation des frontières, l'interception physique peut intervenir aussi bien en amont qu'en aval de la frontière territoriale, aussi bien en haute mer, comme en Méditerranée centrale<sup>302</sup>, qu'une fois franchie la barrière frontalière, comme à Ceuta et Melilla, où les autorités n'hésitent pas à pratiquer des « *refoulements à chaud* »<sup>303</sup>. La coopération avec les pays tiers permet aussi de confier directement à ces Etats le soin d'intercepter les bateaux lorsque ces derniers se trouvent encore dans leurs eaux territoriales<sup>304</sup>. C'est d'ailleurs la logique sous-jacente de l'opération militaire navale Sophia, initiée par l'Union européenne au printemps 2015<sup>305</sup> et prorogée pour la deuxième fois<sup>306</sup> jusqu'en fin 2018<sup>307</sup>, qui vise notamment à former les garde-côtes libyens, mais aussi à « *démanteler le modèle économique des réseaux de passeurs* » directement en mer, ce qui a

<sup>301</sup> Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalization of Migration Control*, Cambridge University Press, 2011, pp. 165-167.

<sup>302</sup> CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09.

<sup>303</sup> Voir sur ces pratiques les deux affaires pendantes devant la CEDH : CEDH, *N.D. & N.T. c. Espagne* (affaires jointes), req. n° 8675/15 et 8697/15 ; CEDH, *Doumbé Nnabuchi c. Espagne*, req. n° 19420/15. La loi organique 4/2015 du 30 mars 2015 relative à la protection de la sécurité citoyenne est venue encadrer, sans toutefois prévoir des garanties procédurales spécifiques, les refoulements d'étrangers aux frontières de Ceuta et Melilla. Un recours d'inconstitutionnalité présenté par un groupe de parlementaires a été déclaré recevable par le Tribunal constitutionnel en juin 2015 (note informative n° 44/2015 du Tribunal constitutionnel du 12 juin 2015 : [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2015\\_044/NOTA\\_INFORMATIVA\\_NUMERO\\_44-2015.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2015_044/NOTA_INFORMATIVA_NUMERO_44-2015.pdf)).

<sup>304</sup> Pour un exemple, voir FIDH, Migreurop et REMDH, « Frontex. Entre Grèce et Turquie : la frontière du déni », mai 2014, <http://www.migreurop.org/article2512.html?lang=fr>.

<sup>305</sup> Décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED).

<sup>306</sup> L'opération avait déjà été prolongée jusqu'en juillet 2017 par la décision (PESC) 2016/993 du Conseil du 20 juin 2016 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA).

<sup>307</sup> Décision (PESC) 2017/1385 du Conseil du 25 juillet 2017 modifiant la décision (PESC) 2015/778 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED opération SOPHIA).

contribué à rendre les traversées plus dangereuses pour les personnes en migration<sup>308</sup>. De manière générale, les opérations de surveillance en mer posent des questions juridiques complexes, mêlant droit international des droits de l'homme et droit de la mer<sup>309</sup>, dont l'analyse minutieuse, quoique stimulante, dépasserait largement le cadre du présent mémoire. Le choix a donc été fait de concentrer le propos sur l'agence Frontex, dont les prérogatives et le cadre d'action témoignent amplement de la complexité du dispositif frontalier. Malgré la montée en puissance de cette agence et ses pratiques contestables (I.), elle demeure faiblement responsable des violations susceptibles de survenir dans le cadre de son action (II.).

## **I. La montée en puissance de Frontex**

Créée en 2004<sup>310</sup> et active depuis 2005, l'« Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne » (Frontex) est le fruit d'un compromis entre les partisans d'une « gestion intégrée des frontières », pilotée intégralement par l'Union européenne, et ceux d'une simple coopération intergouvernementale en la matière<sup>311</sup>. Finalement, l'agence est initialement dotée d'un mandat essentiellement « technique » et de responsabilités relativement limitées. Les Etats membres demeurent les principaux responsables des contrôles aux frontières extérieures de l'Union, même si l'agence Frontex y coordonne désormais des opérations. Au-delà du langage de la « coopération technique », les missions de l'agence sont aujourd'hui nombreuses et variées (A.). Malgré des atteintes aux droits, ses prérogatives ont été considérablement élargies, notamment à l'occasion de la grande réforme de 2016<sup>312</sup> (B.).

### **A. Frontex, agence de « gestion de la coopération opérationnelle »**

Installée à Varsovie en Pologne, l'agence Frontex est un organisme de l'Union européenne, auquel est confié un mandat spécifique de l'administration européenne. Cet organe

<sup>308</sup> House of Lords European Union Committee, « Operation Sophia: A Failed Mission », juillet 2017, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/lducom/5/5.pdf>.

<sup>309</sup> Voir par exemple Marie-Laure Basilien-Gainche, « Les boat people de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016.

<sup>310</sup> Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

<sup>311</sup> Julien Jeandesboz, *op. cit.*

<sup>312</sup> Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil (ci-après « règlement Frontex de 2016 »).

administratif décentralisé est chargé de favoriser la « *coopération opérationnelle* » entre les Etats membres et avec l'Union européenne en matière de contrôle aux frontières et d'éloignement des étrangers du territoire européen. L'agence dispose de la personnalité juridique et jouit de la capacité juridique dans le droit interne des Etats membres. Elle peut acquérir ou louer des biens et ester en justice. Au niveau de la gouvernance, l'agence comporte un conseil d'administration et un directeur exécutif. Le conseil d'administration est composé d'un représentant de chaque Etat membre et de 2 représentants de la Commission européenne. Il est chargé d'adopter la stratégie de l'agence dans ses grandes lignes et de nommer le directeur exécutif sur proposition de la Commission<sup>313</sup>. Le directeur exécutif est quant à lui responsable de la préparation et de l'exécution des décisions stratégiques prises par le conseil d'administration<sup>314</sup>. Il représente l'agence légalement. L'actuel directeur exécutif est Fabrice Leggeri, un haut fonctionnaire français qui a travaillé pendant de nombreuses années auprès du ministère de la Défense et du ministère de l'Intérieur français, ainsi qu'auprès de la Commission européenne. Il a d'ailleurs contribué à rédiger la Communication de la Commission européenne ayant débouché sur la création de l'agence.

Depuis 2004, le mandat et les missions de l'agence ont été considérablement élargis par les réformes successives. De manière générale, l'objectif de l'agence est aujourd'hui de « *contribuer à un niveau efficace, élevé et uniforme de contrôle aux frontières et de retour* »<sup>315</sup>. On voit apparaître ici les deux domaines dans lesquelles l'agence intervient : d'une part les contrôles aux frontières, et d'autre part le « *retour* », c'est-à-dire l'éloignement des personnes étrangères en situation irrégulière qui se trouvent déjà sur le territoire européen. En ces deux domaines, l'agence agit dans le cadre juridique préétabli : le code frontières Schengen en ce qui concerne les contrôles aux frontières et la directive « *retour* » en ce qui concerne l'éloignement. Les missions de l'agence consistent principalement à des activités de « *contrôle et prévention des risques* » (1.) et à la coordination d'interventions aux frontières et en matière d'éloignement (2.).

---

<sup>313</sup> Article 62 du règlement Frontex de 2016.

<sup>314</sup> Article 68 du règlement Frontex de 2016.

<sup>315</sup> Article premier du règlement Frontex de 2016.

## 1. Le contrôle et la prévention des risques

En amont, l'agence mène une « *analyse de risques* » et une « *évaluation de la vulnérabilité* ». L'analyse de risques, mission d'origine de l'agence Frontex, consiste à identifier les voies de passage les plus empruntées par les personnes migrantes, afin de cibler les actions de l'agence en matière de contrôles aux frontières<sup>316</sup>. Il s'agit d'anticiper les déplacements des personnes, y compris depuis l'extérieur de l'Union européenne. Pour ce faire, l'agence a notamment créé plusieurs réseaux de renseignement avec les pays tiers pour collecter le plus d'informations possible sur les routes migratoires et les réseaux de passeurs<sup>317</sup>.

Outre ces réseaux de renseignement avec les pays tiers, l'analyse de risques s'effectue par trois moyens principaux. Premièrement, l'agence Frontex administre EUROSUR, le système européen de surveillance des frontières. Ce système créé en 2013<sup>318</sup> s'appuie sur le déploiement par les Etats membres d'outils technologiques importants aux frontières : radars, satellites, et bientôt drones. Le système EUROSUR permet à partir des moyens mis en œuvre l'interconnexion des systèmes de surveillance frontaliers, notamment maritimes, des Etats membres situés aux frontières extérieures de l'UE. Par ailleurs et deuxièmement, l'agence déploie des officiers de liaison dans tous les Etats membres<sup>319</sup> et dans les pays tiers<sup>320</sup>. En plus de leur rôle d'interface entre les Etats membres et l'agence, ces experts font remonter des informations à l'agence. Troisièmement, l'agence Frontex collecte également des données sur le terrain à l'occasion des opérations conjointes qu'elle coordonne aux frontières. Lorsque par exemple un bateau est intercepté, les passagers sont interrogés en vue de recueillir des informations sur leur parcours migratoire et sur les éventuels réseaux de passeurs par l'intermédiaire desquels ces personnes seraient arrivées jusque-là<sup>321</sup>. C'est ce que l'agence appelle le « *débriefing* »<sup>322</sup>.

A partir de toutes les informations recueillies, l'agence Frontex est censée disposer d'une vue d'ensemble et pouvoir ainsi analyser la situation aux frontières extérieures de l'UE et établir le « *risque migratoire* ». L'analyse de risques peut alors être publiée dans des rapports qui

<sup>316</sup> Article 11 du règlement Frontex de 2016.

<sup>317</sup> <http://frontex.europa.eu/intelligence/strategic-analysis/>.

<sup>318</sup> Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières.

<sup>319</sup> Article 12 du règlement Frontex de 2016.

<sup>320</sup> Article 55 du règlement Frontex de 2016.

<sup>321</sup> FIDH, Migreurop et REMDH, *op. cit.*, pp. 41-43.

<sup>322</sup> Article 15 paragraphe 5 du règlement Frontex de 2016.



guideront l'action de l'agence et des Etats membres aux frontières extérieures de l'Union européenne. Cette mission d'analyse des risques confie un rôle singulier à l'agence Frontex, puisqu'elle consiste à définir, et même d'une certaine manière à construire, le problème que l'agence est censée combattre. C'est ainsi l'agence elle-même qui légitime son action et son budget à travers une analyse propre qui, nécessairement, justifie amplement son intervention. C'est bien en démontrant l'existence d'une « *crise migratoire* » que l'agence démontre son utilité et donc la nécessité d'élargir son mandat et ses moyens humains et financiers. Récemment, l'agence s'est ainsi prévaluée d'arrivées « *massives* », en présentant des données exagérées. Celles-ci concernaient les franchissements irréguliers détectés aux frontières extérieures de l'Union européenne, lesquels peuvent être multiples pour une même personne, qui entrerait par exemple par la Grèce, emprunterait la route des Balkans et entrerait à nouveau sur le territoire de l'UE par la Hongrie<sup>323</sup>.

En parallèle de l'analyse de risques, depuis la réforme de septembre 2016, l'agence effectue également une « *évaluation de la vulnérabilité* »<sup>324</sup>. Cette vulnérabilité ne concerne pas les personnes en migration mais les frontières. Depuis septembre dernier, l'agence est en effet chargée d'« *évaluer la capacité et l'état de préparation des États membres pour faire face aux défis à venir, notamment aux menaces et défis actuels et futurs aux frontières extérieures* ». Il s'agit plus particulièrement pour l'agence de contrôler et d'évaluer « *la disponibilité des équipements techniques, des systèmes, des moyens, des ressources, des infrastructures et du personnel des Etats membres qualifié et formé de manière appropriée, nécessaires pour les contrôles aux frontières* ». L'agence doit notamment s'assurer de la capacité des Etats membres à « *gérer l'arrivée potentielle d'un grand nombre de personnes sur leur territoire* ». Effectuée sur une base annuelle au moins, l'évaluation de la vulnérabilité vise à anticiper les dysfonctionnements aux frontières extérieures, afin pour le directeur exécutif de Frontex d'émettre des recommandations auprès des Etats membres concernés. En dernier ressort, si les recommandations ne sont pas suivies et sur décision du Conseil, l'agence Frontex a désormais la possibilité de mettre en place des interventions dans l'Etat membre sans son consentement<sup>325</sup>.

---

<sup>323</sup> Nando Sigona, « Seeing Double? How the EU Miscalculates Migrants Arriving at its Borders », The Conversation, 16 octobre 2015, <https://theconversation.com/seeing-double-how-the-eu-miscalculates-migrants-arriving-at-its-borders-49242>.

<sup>324</sup> Article 13 du règlement Frontex de 2016.

<sup>325</sup> Article 19 du règlement Frontex de 2016

## 2. Les interventions aux frontières

Sur la base de l'analyse de risques et de l'évaluation de la vulnérabilité, l'agence coordonne notamment des interventions aux frontières. Ces interventions sont généralement financées par l'agence elle-même. Elles peuvent aussi donner lieu au déploiement de garde-frontières<sup>326</sup> et d'équipement technique. Il existe trois types d'intervention : les opérations conjointes, les interventions rapides aux frontières et les interventions de type « *hotspot* ». Les opérations conjointes s'inscrivent dans la durée et s'effectuent à la demande des Etats membres<sup>327</sup>. Elles sont souvent maritimes. Les deux principales opérations actuelles sont l'opération Triton en Méditerranée centrale et l'opération Poséidon en Grèce. Il est intéressant de noter que bien souvent, ces opérations ont certes fermé des routes migratoires, comme par exemple l'opération Héra au niveau des Canaries au milieu des années 2000, mais elles ont surtout engendré un déplacement des flux migratoires vers des routes plus dangereuses, exposant ainsi les personnes en migration aux abus des passeurs et à des traversées en mer de plus en plus périlleuses<sup>328</sup>. Loin de se réduire, le nombre de morts en Méditerranée a en 2016 atteint le sinistre record de 5000 personnes, indice de ce que les opérations de l'agence tendent à mettre en péril la vie de nombreuses personnes. Les interventions rapides aux frontières (aussi appelées « *RABIT* », acronyme issue du nom des équipes d'intervention en anglais) sont des opérations qui permettent de répondre pour une période limitée à des situations d'« *urgence* » qui nécessitent une réponse immédiate de l'agence<sup>329</sup>.

Pour ces deux types d'interventions (opérations conjointes et interventions rapides aux frontières), les Etats membres et le directeur exécutif élaborent un plan opérationnel qui précise les modalités détaillées de l'intervention<sup>330</sup>. Outre le déploiement de garde-frontières européens et à la fourniture d'équipement technique, les interventions rapides peuvent donner lieu au déploiement de garde-frontières de la réserve de réaction rapide. Cette réserve est l'une des nouveautés de la réforme de 2016. Il s'agit d'un contingent de 1500 garde-frontières, qui doit pouvoir être mobilisé en l'espace de quelques jours seulement<sup>331</sup>. Une

<sup>326</sup> Article 20 du règlement Frontex de 2016.

<sup>327</sup> Article 15 paragraphe 1 du règlement Frontex de 2016.

<sup>328</sup> Claire Rodier, « Frontex, l'agence tout risque », *Plein Droit*, n° 87, décembre 2010, pp. 8-11.

<sup>329</sup> Article 15 paragraphe 2 du règlement Frontex de 2016.

<sup>330</sup> Article 16 du règlement Frontex de 2016.

<sup>331</sup> Article 17 du règlement Frontex de 2016.

autre nouveauté du règlement de 2016 est l'intervention de type « *hotspot* », qui sera détaillée dans une partie ultérieure<sup>332</sup>.

## **B. Des prérogatives toujours plus importantes malgré des atteintes aux droits**

Depuis sa création en 2004, l'agence Frontex a fait l'objet de plusieurs réformes, qui ont considérablement élargi son mandat. En 2007, la première réforme de l'agence crée les interventions rapides aux frontières<sup>333</sup>. En 2011, une deuxième réforme beaucoup plus significative intervient<sup>334</sup>. Elle octroie une plus grande autonomie budgétaire et décisionnelle à l'agence et lui confère des ressources matérielles et humaines plus importantes. Elle prévoit une réserve de garde-frontières européens pouvant être déployés lors des opérations conjointes. Les Etats doivent en outre mettre à disposition des équipements et des moyens techniques. L'agence peut quant à elle désormais acquérir son propre matériel, accroissant ainsi son autonomie vis-à-vis des Etats. Par ailleurs, toutes les opérations font désormais l'objet d'un plan opérationnel préalable détaillant les modalités de l'opération. Enfin, le règlement de 2011 marque un premier tournant en matière de droits fondamentaux, dont nous verrons qu'il s'avère toutefois limité<sup>335</sup>. En 2014, une réforme plus modeste est venue rappeler les obligations des Etats membres en matière de recherche et de sauvetage en mer<sup>336</sup>.

Enfin, en 2016, une réforme importante a encore élargi le mandat de l'agence, qui s'étend désormais à la lutte contre la « *criminalité transfrontière* », définie comme « *toute forme de criminalité grave ayant une dimension transfrontalière, commise aux frontières extérieures ou le long de celles-ci, ou qui est liée aux frontières extérieures* »<sup>337</sup>. L'agence est devenue l'« *Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes* », même si elle reste communément appelée Frontex et demeure la même personne morale. Le règlement de septembre 2016 prévoit de nombreux changements. Tout d'abord, tel que cela a été souligné,

<sup>332</sup> Cf. Titre II, Chapitre 1, Section 2.

<sup>333</sup> Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

<sup>334</sup> Règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

<sup>335</sup> Cf. partie II.

<sup>336</sup> Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

<sup>337</sup> Article 2 du règlement Frontex de 2016.

l'agence peut désormais, sous certaines conditions, lancer une opération sans le consentement d'un Etat membre. Ensuite, la réforme de 2016 crée un parc d'équipement technique de réaction rapide et une réserve de réaction rapide comportant au moins 1500 garde-frontières et garde-côtes des Etats membres pouvant être déployés dans l'urgence. En outre, les prérogatives de l'agence sont élargies en matière d'éloignement : l'agence peut désormais initier des opérations de retour et elle dispose de réserves d'escorte, de contrôleurs des retours forcés et de spécialistes du retour. Par ailleurs, l'agence Frontex est désormais autorisée à déployer des garde-frontières dans des pays tiers<sup>338</sup>. Enfin, un mécanisme de plainte interne est créé pour permettre aux individus de faire état de violations des droits dans le cadre des activités de l'agence<sup>339</sup>. Nous verrons néanmoins qu'il est d'une portée limitée.

Cet élargissement du mandat de l'agence Frontex au fil des années s'est accompagné d'une augmentation considérable de son budget, qui était initialement de 6 millions d'euros et a atteint 250 millions d'euros en 2016<sup>340</sup>. A titre de comparaison, l'Agence des droits fondamentaux de l'UE dispose d'un budget d'environ 20 millions d'euros en 2016<sup>341</sup>. Le budget de Frontex doit encore augmenter puisqu'il est prévu qu'il atteigne 320 millions d'euros en 2020. Ces moyens financiers doivent notamment permettre de porter le nombre de salariés de l'agence à 1000 alors qu'il est aujourd'hui de 400<sup>342</sup>. Au 25 janvier 2017<sup>343</sup>, l'agence annonçait avoir déployé plus de 1550 garde-frontières européens dans les opérations conjointes qu'elle mène, dont 760 en Grèce et en mer Egée (à la frontière terrestre et maritime avec la Turquie, dans les hotspots sur les îles et en vue de l'éloignement prévu par la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016), 600 en Italie et en Méditerranée centrale (en mer et dans les hotspots) et 130 en Bulgarie à la frontière terrestre et pour empêcher les mouvements « *secondaires* » à l'intérieur de l'Europe. L'agence a depuis lancé des opérations en Espagne et dans les Balkans occidentaux, où les équipes « *s'appuient sur 9 équipes cynophiles, 4 véhicules équipés d'une caméra thermique, 31 voitures de patrouille, 1 détecteur de*

<sup>338</sup> Article 54 du règlement Frontex de 2016.

<sup>339</sup> Article 72 du règlement Frontex de 2016.

<sup>340</sup> [http://frontex.europa.eu/assets/About\\_Frontex/Governance\\_documents/Budget/Budget\\_2016.pdf](http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/Governance_documents/Budget/Budget_2016.pdf).

<sup>341</sup> [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/statement-revenue-expenditure-2016-0\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/statement-revenue-expenditure-2016-0_en.pdf).

<sup>342</sup> Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes », 25 janvier 2017, COM(2017) 42 final.

<sup>343</sup> *Ibid.*

*battements de cœur, 10 détecteurs de CO<sub>2</sub> et 12 caméras intelligentes* »<sup>344</sup>. Enfin, la réserve de réaction rapide prévue par la réforme de 2016 était également constituée au 25 janvier 2017 et comptait environ 1500 garde-frontières et autres agents, dont 467 officiers de surveillance des frontières, 458 experts en enregistrement et prise d’empreintes, 97 experts en fraude documentaire et 137 experts en identification de la nationalité.

Le déploiement d’un tel arsenal pose question au regard des violations des droits constatées par la société civile dans les activités de l’agence, notamment lors des opérations de surveillance en mer. Les rapports associatifs font ainsi état de bateaux interceptés et renvoyés vers des pays tiers où les passagers pourraient être en danger de mort, de violences abusives à l’encontre de passagers en pleine mer, y compris l’utilisation complètement inappropriée d’armes à feu et la non-assistance à des bateaux en détresse<sup>345</sup>. D’autres abus de diverses natures ont pu être documentés. Human Rights Watch a ainsi montré qu’une intervention rapide aux frontières en Grèce en 2010 avait participé au transfert dans des centres de rétention aux conditions indignes de nombreuses personnes migrantes arrêtées à la frontière terrestre avec la Turquie<sup>346</sup>. Plus récemment, le média en ligne *News Deeply* faisait état du renvoi de Syriens depuis l’île de Kos vers la Turquie, alors que les ressortissants concernés, des potentiels demandeurs d’asile, étaient convaincus que l’avion dans lequel ils se trouvaient les acheminait vers Athènes<sup>347</sup>.

## **II. La responsabilité limitée de Frontex**

La question du partage des responsabilités entre Frontex et les Etats membres, notamment en matière de violations des droits fondamentaux, s’est posée dès la création de l’agence et a

<sup>344</sup> Commission européenne, « Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l’entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes », 13 juin 2017, COM(2017) 325 final, p. 4.

<sup>345</sup> Human Rights Watch, « Pushed Back, Pushed Around: Italy’s Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya’s Mistreatment of Migrants and Asylum », septembre 2009, [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909webwcover\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909webwcover_0.pdf) ; Sara Casella Colombeau, Marie Charles, Olivia Clochard et Claire Rodier, « Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l’homme ? Etude sur l’Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat », novembre 2010, [http://www.migreurop.org/IMG/pdf/dossier\\_frontex-FR.pdf](http://www.migreurop.org/IMG/pdf/dossier_frontex-FR.pdf) ; Amnesty International, « The Human Cost of Fortress Europe: Human Rights Violations Against Migrants and Refugees at Europe’s Borders », 2014, [http://www.amnesty.eu/content/assets/Reports/EUR\\_050012014\\_Fortress\\_Europe\\_complete\\_web\\_EN.pdf](http://www.amnesty.eu/content/assets/Reports/EUR_050012014_Fortress_Europe_complete_web_EN.pdf).

<sup>346</sup> Human Rights Watch, « The EU’s Dirty Hands: Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece », 21 septembre 2011, <https://www.hrw.org/report/2011/09/21/eus-dirty-hands/frontex-involvement-ill-treatment-migrant-detainees-greece>.

<sup>347</sup> News Deeply, « EU Border Agency Still Unaccountable on Refugees Rights », 18 novembre 2016, <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2016/11/18/e-u-border-agency-still-unaccountable-on-refugees-rights>.

suscité des critiques de la part de la société civile<sup>348</sup>, du Médiateur européen<sup>349</sup> et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>350</sup>. De manière assez inquiétante, le règlement de 2004 ne faisait aucune référence au respect des droits fondamentaux, si ce n'est de manière générique au point 22 du préambule, lequel disposait sans autre précision que « [l]e présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et réaffirmés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Depuis, des réformes successives ont incorporé des références aux droits fondamentaux et des mécanismes internes censés les garantir. Il demeure pourtant impossible de mettre en cause l'agence elle-même (A.) et les mécanismes de contrôle interne sont d'une portée limitée (B.).

### **A. L'impossible mise en cause de l'agence elle-même**

Pour établir la responsabilité de l'agence Frontex en matière de violation des droits fondamentaux, on se heurte à une série de difficultés théoriques et pratiques, à commencer par la nature du mandat de l'agence. Souvent présenté comme essentiellement technique, ce mandat complexe est le reflet d'une compétence partagée de l'Union en matière de politiques migratoires. L'article 5 du règlement de 2016 acte d'ailleurs pour la première fois la responsabilité partagée de l'Union européenne et des Etats membres dans la gestion des frontières extérieures de l'Union.

Pourtant, dans les faits, l'agence continue à échapper très largement à toute mise en cause en matière de violations des droits fondamentaux. En effet, si l'agence Frontex coordonne et finance de nombreuses activités, ce ne sont pas ses propres agents mais bien les garde-frontières des Etats membres qui sont déployés sur le terrain. De plus, les opérations coordonnées par l'agence font intervenir divers acteurs mais ce sont les autorités de l'Etat membre hôte, et parfois les équipes déployées agissant en son nom, qui demeurent responsables de prendre les décisions de refus d'entrée à la frontière ainsi que les décisions d'éloignement du territoire<sup>351</sup>. Concrètement, les garde-frontières européens peuvent donc être

---

<sup>348</sup> Sara Casella Colombeau, Marie Charles, Olivia Clochard et Claire Rodier, *op. cit.*

<sup>349</sup> Médiateur européen, « Rapport spécial de la Médiatrice européenne dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex », 7 novembre 2013, <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/specialreport.faces/fr/52465/html.bookmark>.

<sup>350</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1932 (2013), « Frontex: responsabilités en matière de droits de l'homme », 25 avril 2013.

<sup>351</sup> Article 40 paragraphe 9 du règlement Frontex de 2016.



amenés à effectuer des activités sur le fondement de décisions administratives dont ils n'ont absolument pas la maîtrise. Ceci ne peut qu'interroger au vu des risques de refoulement de demandeurs d'asile vers des pays où ils pourraient se trouver en danger. Dans l'hypothèse de tels refoulements, qui serait tenu responsable ? L'Etat membre hôte qui a pris la décision fondant le renvoi ? L'Etat membre dont les garde-frontières ont exécuté la mesure ? L'agence Frontex, pour n'avoir pas coordonné l'opération de sorte à éviter ce type d'incidents ?

Une autre difficulté tient au fait que le rôle de l'agence varie considérablement selon ses activités. Tantôt elle coordonne, finance ou fournit une assistance, tantôt elle déploie et organise les opérations. Or, les textes définissant les missions de l'agence sont extrêmement techniques – le règlement de 2016 compte 76 pages dans sa version française – et, dans un contexte de prolifération des acteurs, avec l'intervention possible de garde-frontières non-européens, la répartition des tâches n'est souvent pas claire ou en tout cas très complexe et difficile à analyser. Dans ce cadre, on assiste à l'éclatement des règles et des procédures auxquelles sont soumis les garde-frontières européens et l'agence Frontex. Quel que soit le pays où ils interviennent, les garde-frontières demeurent par exemple soumis aux règles disciplinaires de leur Etat d'origine, qui reste donc responsable de prendre à leur encontre des sanctions disciplinaires le cas échéant<sup>352</sup>. En revanche, les garde-frontières sont tenus de suivre les instructions de l'Etat membre hôte durant l'opération, en conformité avec un plan opérationnel élaboré au préalable par l'agence et l'Etat membre hôte<sup>353</sup>. En principe donc, « [l]es membres des équipes ne peuvent accomplir des missions et exercer des compétences que sur les instructions et, en règle générale, en présence de garde-frontières ou d'agents de l'Etat membre hôte impliqués dans les tâches liées au retour ». Toutefois, « [l]'Etat membre hôte peut autoriser les membres des équipes à agir en son nom »<sup>354</sup> et « [l]'Etat membre hôte peut, avec le consentement de l'Etat membre d'origine, autoriser les membres des équipes à employer la force en l'absence de garde-frontières de l'Etat membre hôte »<sup>355</sup>. Par ailleurs, les équipes de garde-frontières peuvent consulter les bases de données européennes mais aussi celles de l'Etat membre hôte<sup>356</sup>, ce qui pose question au regard de la protection des données personnelles.

---

<sup>352</sup> Article 21 paragraphe 5 du règlement Frontex de 2016.

<sup>353</sup> Article 21 paragraphe 1 du règlement Frontex de 2016.

<sup>354</sup> Article 40 paragraphe 3 du règlement Frontex de 2016.

<sup>355</sup> Article 40 paragraphe 6 du règlement Frontex de 2016.

<sup>356</sup> Article 40 paragraphe 8 du règlement Frontex de 2016.

En matière de responsabilité civile, l'article 42 du règlement prévoit que c'est l'Etat membre hôte qui est responsable des dommages causés par les garde-frontières, sauf en cas de négligence grave ou de faute intentionnelle, auquel cas l'Etat membre hôte pourra se retourner contre l'Etat membre du garde-frontière responsable. En matière de responsabilité pénale, l'article 43 du règlement de Frontex dispose 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 [...] qu'ils pourraient commettre* ». Enfin, l'agence Frontex pourrait théoriquement voir sa responsabilité extracontractuelle engagée devant la CJUE<sup>357</sup>. Mais encore faudra-t-il établir le lien de causalité entre le dommage allégué et l'action de l'agence elle-même. Or, d'une part, ce ne sont la plupart du temps pas ses propres agents mais ceux des Etats membres qui peuvent commettre des violations des droits sur le terrain. D'autre part, l'enchevêtrement complexe des rôles assumés par les différents acteurs rendra sûrement difficile l'imputation de la responsabilité à l'un des acteurs. Dans le feu de l'action, il peut en effet être difficile pour les victimes des violations des droits d'identifier précisément les responsables. Certes, les garde-frontières portent leur uniforme national, un identifiant personnel visible et un brassard bleu avec les insignes de l'Union et de Frontex<sup>358</sup>, mais il sera sûrement difficile pour les victimes d'identifier et de mémoriser ces éléments alors qu'elles se trouvent par exemple en détresse en pleine mer et que des agents de différents pays peuvent participer à la même opération. Un autre problème qui se pose également au moment de chercher à identifier les responsables est l'opacité importante de l'action de l'agence. Tel que cela a déjà évoqué, chaque opération s'effectue dans le cadre d'un plan opérationnel, qui en fixe les modalités détaillées, notamment l'intervention de garde-frontières de tel ou tel Etat membre. Or, bien souvent, il est impossible pour le public d'accéder à ces documents. Si en tant qu'organisme de l'Union européenne, l'agence Frontex est tenue de répondre favorablement aux demandes d'accès aux documents<sup>359</sup>, elle peut aussi refuser cet accès pour des motifs d'ordre public et de protection des données personnelles, ce dont elle ne se prive pas<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> Article 60 paragraphes 3 et 4.

<sup>358</sup> Article 40 paragraphe 4 du règlement Frontex de 2016.

<sup>359</sup> Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

<sup>360</sup> FIDH, Migreurop et REMDH, *op. cit.*, p. 12

## B. La faible portée du contrôle interne

Le règlement de 2011 mentionne enfin de manière explicite l'impératif de respecter les droits fondamentaux dans toutes les activités de l'agence. Il prévoit un cadre en matière de protection des données, l'élaboration par l'agence d'une stratégie en matière de droits fondamentaux et la mise en place de deux codes de conduite. Sont également créées au sein de l'agence deux nouvelles instances chargées de favoriser la protection des droits fondamentaux : un officier aux droits fondamentaux et un forum consultatif comportant des organisations internationales, d'autres agences de l'Union européenne et des associations. Ce contrôle interne est une première avancée, mais il repose sur des instances internes essentiellement consultatives et non indépendantes (1.) et sur des mécanismes très peu contraignants (2.).

### 1. Des instances internes essentiellement consultatives et non indépendantes

La réforme de 2011 de l'agence a créé l'officier aux droits fondamentaux et le forum consultatif, deux instances internes censées contribuer à une protection accrue des droits fondamentaux dans le cadre des activités de l'agence. Si ces instances semblent marquer une évolution positive, on peut néanmoins s'interroger sur la portée réelle de leur rôle auprès de l'agence, qui reste essentiellement consultatif. Ainsi, l'agence doit tenir compte des rapports du forum consultatif et de l'officier aux droits fondamentaux<sup>361</sup>, mais rien n'est précisé sur les modalités de cette prise en compte et l'agence n'a pas à se justifier sur ce qu'elle retient ou non.

En examinant chacune des instances, on constate également un rôle limité et une indépendance toute relative. S'agissant tout d'abord de l'officier aux droits fondamentaux, il est chargé « *de contribuer à la stratégie en matière de droits fondamentaux de l'Agence, de contrôler et de promouvoir le respect des droits fondamentaux au sein de l'Agence* »<sup>362</sup>. Il est notamment consulté sur les plans opérationnels, les programmes de formation et la stratégie de l'agence en matière de droits fondamentaux. Depuis la réforme de 2016, il est également responsable d'examiner la recevabilité des plaintes internes déposées auprès de l'agence. Si le règlement le présente comme « *indépendant dans l'accomplissement de ses missions* », il n'en

<sup>361</sup> Article 34 paragraphe 4 du règlement Frontex de 2016.

<sup>362</sup> Article 71 du règlement Frontex de 2016.

demeure pas moins qu'il est désigné par le conseil d'administration et qu'aucune disposition du règlement ne semble garantir concrètement son indépendance vis-à-vis de l'agence, notamment à l'égard du directeur exécutif et du conseil d'administration. L'actuelle officière aux droits fondamentaux est Inmaculada Arnaez Fernandez, une avocate espagnole ayant travaillé dans diverses organisations internationales.

S'agissant ensuite du forum consultatif, il a pour rôle d'« *assister le directeur exécutif et le conseil d'administration par des conseils fournis en toute indépendance dans les matières concernant les droits fondamentaux* »<sup>363</sup>. Il est consulté sur l'élaboration et la mise en œuvre de la stratégie en matière de droits fondamentaux, sur la mise en place du mécanisme de traitement des plaintes, sur les codes de conduite et sur les programmes de formation de l'agence. Il est censé avoir accès aux informations dont il a besoin sur les activités de l'agence et peut effectuer des visites sur place sous certaines conditions, mais surtout sous réserve du consentement de l'Etat membre concerné. Il publie un rapport annuel, mais qui est davantage un rapport d'activités qu'un véritable rapport d'observations sur le respect par l'agence des droits fondamentaux. Ici encore, si le règlement mentionne l'indépendance du forum consultatif, celle-ci est toute relative. En effet, hormis les trois membres permanents que sont le Bureau européen d'appui en matière d'asile, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, les membres du forum consultatif sont désignés par le conseil d'administration, sur proposition du directeur exécutif. Outre les trois membres de droit précités, le forum consultatif compte actuellement douze autres membres : le Conseil de l'Europe, l'Organisation internationale pour les migrations, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, et neuf organisations de la société civile, dont Amnesty International, le Bureau européen de la Croix-Rouge, le Conseil européen pour les réfugiés et les exilés et la Commission internationale des juristes. Une autre limite du forum consultatif a longtemps été son manque d'autonomie dans la définition même de ses règles de travail. Avant 2016, le conseil d'administration fixait en effet les règles de travail du forum consultatif. Le forum a désormais acquis une autonomie dans ses méthodes de travail. Enfin, si les membres du forum consultatif ont théoriquement accès aux informations dont ils ont besoin pour remplir leur rôle, les modalités d'accès aux informations demeurent fixées par le conseil d'administration, sur proposition du directeur exécutif. Il est également à noter que les membres du forum consultatif sont astreints au secret

<sup>363</sup> Article 70 du règlement Frontex de 2016.

le plus complet quant aux informations portées à leur connaissance, quand bien même ces informations révéleraient des violations massives des droits fondamentaux. A cet égard, peut-être faudrait-il envisager un dispositif de lancement d'alerte.

## 2. Des mécanismes peu contraignants

En novembre 2013, la Médiatrice européenne avait conclu une enquête sur l'agence Frontex en recommandant la mise en place d'un mécanisme interne de traitement des plaintes<sup>364</sup>. Cette recommandation avait été rejetée par l'agence. En décembre 2015, le Parlement européen a adopté une résolution soutenant la recommandation de la Médiatrice européenne. En septembre 2016, le nouveau règlement de Frontex a finalement mis en place un mécanisme de plainte, qui doit permettre « *de contrôler et d'assurer le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'agence* »<sup>365</sup>. La possibilité de déposer une plainte auprès de l'agence est ouverte à « *toute personne directement touchée par les actions du personnel participant à une opération conjointe, à un projet pilote, à une intervention rapide aux frontières, au déploiement d'une équipe d'appui à la gestion des flux migratoires, à une opération de retour ou à une intervention en matière de retour, et qui estime que ces actions ont porté atteinte à ses droits fondamentaux* ». La plainte peut également être déposée par « *toute partie représentant une telle personne* ». Un formulaire de plainte se trouve en ligne, en plusieurs langues.

Plusieurs critiques peuvent être émises quant à ce nouveau mécanisme. Tout d'abord, si l'officier aux droits fondamentaux est chargé d'examiner la recevabilité de la plainte, c'est ensuite le directeur exécutif qui en examine le fond. Il y a lieu de s'interroger sur l'indépendance et l'effectivité d'un mécanisme qui confie au mis en cause lui-même le soin de déterminer les responsabilités. Ensuite, le formulaire de plainte se trouve sur le site Internet de l'agence<sup>366</sup>, qui est en langue anglaise uniquement et où il n'existe pas de rubrique dédiée intitulée « *Plainte* ». Il faut se rendre sur la page « *Contact* » pour y trouver un encadré relativement discret mentionnant la possibilité de déposer une plainte et renvoyant à une page

---

<sup>364</sup> Rapport spécial de la Médiatrice européenne dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, 7 novembre 2013, disponible sur <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/specialreport.faces/fr/52465/html.bookmark>.

<sup>365</sup> Article 72 paragraphe 1 du règlement Frontex de 2016.

<sup>366</sup> <http://frontex.europa.eu>.

dédiée. Sur cette page<sup>367</sup>, on trouve des informations sur la procédure en langue anglaise seulement, ainsi qu'un formulaire de plainte en anglais, arabe, français, pashtoun, tigrinya et ourdou. La plainte peut être déposée dans ces langues ainsi que dans les autres langues de l'UE. Une autre limite du mécanisme est le fait que, si la plainte doit être déposée dans un délai d'un an à compter de la violation alléguée, l'agence n'a quant à elle aucun délai spécifique à respecter pour adresser sa réponse, même s'il est précisé qu'elle doit fournir une réponse écrite et motivée. En outre, la sanction ou réparation des violations n'est pas précisée. Le règlement prévoit simplement que « *[s]i la plainte enregistrée concerne un membre du personnel de l'Agence, le directeur exécutif lui donne une suite appropriée, en concertation avec l'officier aux droits fondamentaux, y compris des sanctions disciplinaires, si nécessaire* »<sup>368</sup>. Par ailleurs, aucune procédure de recours devant une instance indépendante n'est prévue en cas de rejet de la plainte. Un autre aspect problématique est que la plupart du temps, les autorités des Etats membres sont directement responsables des violations sur le terrain. Or, dans ce cas, l'officier aux droits fondamentaux se contentera de transmettre la plainte aux autorités nationales concernées. Ainsi, dans la plupart des cas, l'agence ne pourra pas être mise en cause à travers cette procédure de plainte. Enfin, il n'est pas envisagé que les plaintes déposées puissent engendrer la remise en cause d'une activité coordonnée par l'agence. Cela signifie que même s'il est donné suite à une plainte visant le personnel de l'agence, il n'est pas prévu que l'activité dans le cadre de laquelle la violation est survenue soit nécessairement réexaminée en vue de son éventuelle suspension<sup>369</sup>. Concrètement, une dizaine de plaintes ont été traitées jusqu'en juin 2017, dont certaines ont été considérées comme irrecevables et d'autres transférées aux autorités nationales compétentes<sup>370</sup>.

Outre le mécanisme de plainte, deux codes de conduite ont été mis en place suite à la réforme de 2011 : le Code de conduite pour toutes les personnes participant aux activités de Frontex et le Code de conduite pour les opérations conjointes de retour coordonnées par Frontex. De manière générale, ces codes de conduite ne manquent pas de laisser sceptique. Ils se contentent de rappeler par de vagues formules les grands principes du droit international et européen, et surtout ne clarifient en rien les responsabilités durant les opérations coordonnées

---

<sup>367</sup> <http://frontex.europa.eu/complaints/>.

<sup>368</sup> Article 72 paragraphe 6 du règlement Frontex de 2016.

<sup>369</sup> L'article 25 paragraphe 4 du règlement Frontex de 2016 prévoit une simple faculté de mettre un terme à une activité en cas de violations de droits fondamentaux, sans lien aucun avec le mécanisme de plainte.

<sup>370</sup> Voir à ce sujet les différents rapports d'étape de la Commission européenne sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côte.



par l'agence Frontex. Par ailleurs, les sanctions en cas de violation des codes de conduite ne sont pas véritablement précisées. Il est simplement rappelé que le directeur exécutif peut prendre des mesures appropriées à l'encontre des membres de son personnel. Ainsi, même si ces codes de conduite sont officiellement présentés comme étant juridiquement contraignants, ce sont en vérité des instruments de *soft law* dont rien ne permet d'affirmer qu'ils apportent des garanties supplémentaires aux administrés.

D'autres éléments mériteraient sûrement d'être examinés, comme la faculté trop peu encadrée du directeur exécutif de mettre un terme à des activités en cas de violations persistantes des droits, le rôle peu visible du délégué en matière de protection des données personnelles, l'absence d'évaluation du respect des droits de l'homme dans l'évaluation de la vulnérabilité, et enfin la question des évaluations internes au sein de l'agence et des formations destinées au personnel.

## **Titre II - Des frontières territoriales aux frontières intraterritoriales**

Au-delà de la frontière territoriale, le dispositif frontalier contemporain se poursuit, dans une dynamique de « *flexibilisation introvertie* »<sup>371</sup>. A l'intérieur même du territoire européen, de nouvelles frontières apparaissent, prenant la forme soit d'un « *camp* » (Chapitre I), soit d'une « *nasse* » (Chapitre II). Même si en théorie l'application des normes relatives aux droits fondamentaux ne fait plus ici question, la logique de l'exception semble l'emporter, tant les dérogations – informelles d'abord, inscrites dans les textes et confirmées par les juges ensuite – se multiplient.

---

<sup>371</sup> Paolo Cuttitta, *op. cit.*

## Chapitre 1 : La frontière-camp

Il serait trop ambitieux de proposer ici une définition arrêtée du camp. Des projets de recherche sont entièrement dédiés à l'identification de ce concept<sup>372</sup>. Nous nous contenterons d'affirmer avec Gilles Lhuilier qu'il s'agit non de « *zones de non-droit* », mais bien d'« *institutions juridiques* » dont la finalité peut être de « *séparer les nationaux des étrangers* »<sup>373</sup>, mais aussi – et peut-être davantage encore – de catégoriser les étrangers selon les « *risques* » qu'ils présenteraient à la société d'accueil et d'extraire ensuite les plus « *indésirables* » en les soumettant à des régimes coercitifs allant jusqu'à l'enfermement administratif. Nous proposons ici de considérer que le camp est un élément fondamental du dispositif frontalier, y compris en amont de la frontière territoriale, puisque les pays tiers sont eux aussi incités à faire usage de cette technique de contrôle<sup>374</sup>. Il nous semble que les aspects juridiques du camp doivent être pris au sérieux en tant que tel, car ils tendent à révéler la logique intrinsèque du camp. Il est donc tout naturel pour le juriste de s'y intéresser.

Depuis les années 1990, le camp s'incarne à la frontière sous la forme des « *zones de transit* », c'est-à-dire d'un régime d'enfermement administratif spécifique à la frontière, qui prend en France le nom de « *zone d'attente* » (Section 1). Depuis 2015, un nouveau type de camps nommé « *hotspot* » a été mis en place aux frontières extérieures en Italie et en Grèce dans le contexte de la « *crise migratoire* ». Répliquant la logique de catégorisation omniprésente dans le dispositif frontalier contemporain, le « *hotspot* » se pérennise et devient aujourd'hui l'une des nouvelles frontières de l'UE (Section 2).

### *Section 1 - L'enfermement administratif aux frontières françaises*

Le maintien en zone d'attente (II.) ne peut être compris sans évoquer les contrôles réalisés aux points de franchissement frontalier (I.) qui conduisent au refus d'entrée et à un éventuel placement en zone d'attente.

---

<sup>372</sup> Le laboratoire de recherche « Forces du droit » de l'université Paris 8 mène actuellement un projet de recherche intitulé « Camps et droit », qui a donné lieu, depuis octobre 2016, à plusieurs séminaires autour de l'identification du concept de « *camps* ».

<sup>373</sup> Gilles Lhuilier, « Essai de définition : L'institution juridique des camps », Olivier Le Cour Grandmaison, Gilles Lhuilier et Jérôme Valluy (dir.), *Le retour des camps ? Sangatte, Lampedusa, Guantanamo, Autrement*, 2007, pp. 16-30.

<sup>374</sup> La « *Carte des Camps* » du réseau Migreurop en témoigne amplement. Elle est consultable sur le site Internet du réseau associatif (<http://www.migreurop.org/article2746.html?lang=fr>).

## **I. Les contrôles aux frontières extérieures**

Comme nous l'avons vu, l'espace Schengen repose sur l'idée de contrôles renforcés aux frontières extérieures, en particulier au niveau des points de franchissement autorisés que sont les aéroports, les ports et dans une moindre mesure les gares internationales. L'article 5 du code frontières Schengen prévoit ainsi que « *[l]es frontières extérieures ne peuvent être franchies qu'aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture fixées* ». Chaque Etat doit ainsi notifier à la Commission européenne la liste de ses points de passage frontaliers. Il en existe aujourd'hui plusieurs centaines en Europe. En dehors de ces points, les Etats membres sont tenus d'assurer la « *surveillance des frontières* »<sup>375</sup>. Au niveau de ces points, les Etats membres doivent assurer des contrôles tenant à vérifier que chaque étranger qui souhaite entrer sur le territoire européen remplit les conditions d'entrée prévues par le code frontières Schengen. L'article 6 du même code précise ainsi que l'étranger doit présenter un passeport et le cas échéant un visa, « *justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans [le] pays d'origine* », ne pas être signalé aux fins de non-admission et « *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 Etats 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 Etats membres pour ces mêmes motifs* ». Faute de remplir ces conditions, l'article 14 du code frontières Schengen prévoit qu'une décision de refus d'entrée est prise à l'encontre de l'étranger concerné. Un droit de recours est prévu mais « *[l']introduction d'un tel recours n'a pas d'effet suspensif à l'égard de la décision de refus d'entrée* ». Quoi qu'il arrive, l'étranger est donc empêché de pénétrer sur le territoire de l'Etat membre concerné, ce qui implique déjà un certain degré de coercition dans le lieu où se produit le contrôle frontalier. C'est ici qu'apparaît la notion de camp.

L'article 8 du code frontières Schengen prévoit de manière détaillée les procédures de contrôle que doivent mettre en place les garde-frontières à l'entrée et à la sortie de l'espace Schengen. Ces procédures sont différenciées selon qu'il s'agit d'un citoyen de l'Union ou d'un ressortissant de pays tiers. Est notamment prévue la consultation de plusieurs bases de données. On retrouve ainsi certains des dispositifs déployés en amont de la frontière, qui ont

---

<sup>375</sup> Article 13 du code frontières Schengen.

suivi les personnes dans leur voyage (visas, fichiers). La frontière demeure donc ici personnelle. Elle est aussi particulièrement subjective en ce sens qu'elle repose sur les pratiques concrètes de la police aux frontières (PAF), qui ne correspondent jamais en tout point à ce qui est prévu par les textes et comprennent toujours une dimension discrétionnaire<sup>376</sup>. En effet, il s'agit pour les agents de la PAF d'apprécier rapidement le « *risque migratoire* » au moment du contrôle. Ce dernier se décline potentiellement en deux phases : un contrôle « *de première ligne* », qui implique principalement un examen rapide des conditions d'entrée, et un contrôle « *de seconde ligne* », qui consiste en une vérification approfondie en cas de doute. Cette organisation des contrôles démontre bien que le travail de l'agent de la PAF intervient dans un contexte où il ne peut contrôler de manière approfondie toutes les personnes. Il est donc incité à choisir rapidement si le passager peut passer ou si un contrôle supplémentaire est nécessaire. Le doute motivant ce dernier contrôle ne peut être complètement rationnel et il puise nul doute dans l'imaginaire de l'agent de la PAF concernant les profils relevant ou non du « *risque migratoire* ». En cela, le processus de contrôle sert moins à déceler qu'à construire l'« *indésirabilité* » des passagers finalement non-admis. Cette analyse est confirmée par la pratique des contrôles « *passerelle* » qui interviennent en amont des contrôles en aubettes, directement à la sortie des avions en provenance de pays considérés comme « *à risque migratoire* ». Ces contrôles ont pour objectif de « *diminuer le nombre d'étrangers qui ne pourraient être éloignés si leur provenance était inconnue mais aussi de contrôler les personnes qui souhaiteraient profiter de ce transit pour solliciter leur admission sur le territoire au titre de l'asile* »<sup>377</sup>.

## II. Le maintien en zone d'attente

Le refus d'entrée a pour objectif le réacheminement des personnes non-admises. Dans l'attente de ce réacheminement, les personnes sont placées en zone d'attente par l'administration pour une durée initiale de quatre jours. Pour être plus précis, il existe trois catégories de personnes placées en zone d'attente : les personnes non-admises, déjà mentionnées, les demandeurs d'asile, maintenus le temps nécessaire à l'examen de leur demande de protection, et les personnes en transit interrompu. Le régime de la zone d'attente

<sup>376</sup> Andrew Crosby et Andrea Rea, *op. cit.*

<sup>377</sup> Anafé, « La procédure en zone d'attente : guide théorique et pratique », janvier 2013, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide\\_anafe\\_web.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide_anafe_web.pdf).

trouve sa genèse dans une loi de 1992, mais a été étendu à plusieurs reprises par d'autres lois (A.). Il pose de nombreuses questions en matière de respect des droits fondamentaux (B.).

### A. Genèse et extension du régime

D'abord pratique informelle de l'administration française fondée sur l'idée que les personnes concernées ne se trouvaient pas encore sur le territoire français<sup>378</sup>, l'enfermement administratif à la frontière a été entériné par une loi du 6 juillet 1992, en réaction à une mobilisation inter-associative qui s'est traduite par la création de l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé)<sup>379</sup>. Les dispositions d'une première loi de février 1992 avaient été considérées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel, du fait que le régime envisagé de la « *zone de transit* » conférait à l'autorité administrative le « *pouvoir de maintenir durablement un étranger en zone de transit, sans réserver la possibilité pour l'autorité judiciaire d'intervenir dans les meilleurs délais* »<sup>380</sup>. La nouvelle loi a donc incorporé l'intervention du juge des libertés et de la détention qui peut, sur saisine motivée de l'administration, prolonger le maintien pour une durée de huit jours supplémentaires au bout de quatre et douze jours, portant la durée maximale du maintien en zone d'attente à vingt jours.

Le nouvel article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (actuel article L. 221-2 du Cesda) définit en 1992 la zone d'attente comme un espace qui « *s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes* » et qui « *peut inclure, sur l'emprise du port ou de l'aéroport, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier* ». Cette définition n'a cessé d'être étendue depuis, notamment en réaction à des arrivées par voie maritime et suite à la mise en place de dispositifs *ad hoc* non prévus par les textes et parfois sanctionnés par les juges. La loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 a d'abord ajouté à la liste les gares ferroviaires ouvertes au trafic international. La loi du 26 novembre 2003 a encore élargi la définition de la zone d'attente. D'une part, celle-ci peut désormais inclure les lieux « *à proximité du lieu de débarquement* ». D'autre part, elle devient non plus un espace fixe mais une notion élastique puisqu'elle « *s'étend, sans qu'il soit besoin de prendre une décision particulière, aux lieux*

<sup>378</sup> Gilles Lhuillier, *op. cit.*

<sup>379</sup> Nathalie Ferré et Pauline Boutron, « L'Anafé : une lutte au pied des pistes », *Plein Droit*, n° 113, 2017, pp. 32-36.

<sup>380</sup> CC, décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, §17.



*dans lesquels l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale* ». Cette disposition vise à garantir la « *fiction juridique* » de la frontière, y compris lorsque les personnes maintenues se rendent au tribunal ou à l'hôpital. C'est dire combien, ici encore, la frontière est personnelle. Cette dimension a été renforcée par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, dont l'article 10 crée une zone d'attente *ad hoc* (dite aussi « *zone d'attente itinérante* » ou « *zone d'attente sac-à-dos* ») : « *Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche* ». Le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions, n'y voyant aucune atteinte au principe d'indivisibilité de la République et à l'exercice du droit d'asile, et refusant de reconnaître en ce dispositif un risque important d'arbitraire<sup>381</sup>. Une circulaire du 17 juin 2011 précise certes que le « *dispositif a vocation à être utilisé de manière exceptionnelle* », mais rien n'empêche l'administration de l'activer quand bon lui semble. Dans un avis du 21 mai 2015 sur la réforme du droit des étrangers, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a recommandé la suppression pure et simple du régime des zones d'attente *ad hoc*.

## **B. Des « zones d'atteinte aux droits » ?**

L'Anafé documente et dénonce depuis les années 1990 des violations des droits récurrentes dans les zones d'attente<sup>382</sup>. Ces violations comprennent, entre autres, des conditions de maintien indignes, l'enfermement de personnes particulièrement vulnérables (en particulier, des mineurs), le caractère non suspensif du recours contre le refus d'entrée, l'absence de permanence d'avocats gratuite en zone d'attente, des problèmes récurrents dans le déroulement des audiences, le refoulement de personnes vers des pays où elles se trouvent en danger, un accès limité à la santé, des violences policières et de manière générale des pratiques hautement discriminatoires. On se concentrera ici sur les limites du contrôle juridictionnel (1.) et sur le rôle de filtre joué par la procédure d'asile à la frontière (2.).

<sup>381</sup> CC, décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, §§19-23.

<sup>382</sup> Pour des exemples récents, voir Anafé, « Des zones d'atteinte aux droits : rapport d'observations dans les zones d'attente », novembre 2015, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe\\_-\\_rapport\\_des\\_zones\\_d\\_atteintes\\_aux\\_droits.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe_-_rapport_des_zones_d_atteintes_aux_droits.pdf) et Anafé, « Voyage au centre des zones d'attente : rapport d'observations dans les zones d'attente », novembre 2016, <http://www.anafe.org/spip.php?article363>.

### 1. Un contrôle juridictionnel limité

Le contentieux de la zone d'attente est éclaté entre le juge judiciaire et le juge administratif, comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit des étrangers. Gardien de la liberté individuelle, le juge judiciaire est compétent pour prolonger ou non le maintien en zone d'attente et pour s'assurer que les droits des étrangers sont respectés durant la procédure. Le juge administratif est compétent pour connaître de la légalité du refus d'entrée et du placement en zone d'attente ainsi que pour examiner le recours introduit contre le refus d'admission sur le territoire français au titre de l'asile. Cette configuration du contentieux rend la procédure complexe et peu compréhensible pour les étrangers concernés. En tout état de cause, si l'étranger est encore présent au bout de quatre jours, ce qui n'est pas toujours le cas, le juge des libertés et de la détention peut jouer un rôle important, même si celui-ci a été limité par le législateur depuis les années 2000. Ainsi, la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 est venue encadrer la prolongation exceptionnelle du maintien au-delà de douze jours, qui était jusqu'alors refusée par les juges judiciaires lorsque la saisine de l'administration se fondait sur le seul refus d'embarquer de l'étranger<sup>383</sup>. La réforme fait de la « *volonté délibérée de l'étranger de faire échec à son départ* » un motif suffisant à lui seul pour prolonger le maintien au-delà de douze jours.

La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 prévoit également plusieurs changements concernant l'office du JLD, dont certains ont été validés par le Conseil constitutionnel<sup>384</sup>. La loi a tout d'abord encadré le pouvoir d'appréciation du juge en prévoyant que « *l'existence de garanties représentatives de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente* »<sup>385</sup>. Il s'agissait clairement de faire diminuer le nombre de libérations par les JLD, qui intervenaient notamment sur ce fondement auparavant. L'office du juge a également été réduit dans le même esprit concernant les irrégularités de procédure. D'une part, le nouvel article L. 222-8 du Ceseda précise qu'« *[e]n cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de maintien en zone d'attente que lorsque celle-ci a eu pour effet de*

<sup>383</sup> Cass., Civ. 2<sup>e</sup>, 15 mars 2001, n° A 00-50.002.

<sup>384</sup> CC, décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003.

<sup>385</sup> Article L. 222-3 du Ceseda.

*porter atteinte aux droits de l'étranger* ». En d'autres termes, est ici repris le principe « *pas de nullité sans grief* ». D'autre part, en ce qui concerne la seconde comparution devant le JLD, la loi interdit, à peine d'irrecevabilité, d'invoquer des nullités relatives au placement en zone d'attente si elles n'ont pas été invoquées lors du premier passage devant le JLD. Cette purge des nullités limite encore les fondements sur lesquels le juge judiciaire peut refuser de prolonger le maintien.

Une autre préoccupation de longue date concerne la délocalisation des audiences prévue par la loi. Celle-ci était déjà envisagée par la loi du 6 juillet 1992. En effet, le nouvel article 35 quater comportait une disposition selon laquelle « *[l]e président ou son délégué statue au siège du tribunal de grande instance, sauf dans les ressorts définis par décret en Conseil d'Etat. Dans un tel cas, sous réserve de l'application de l'article 435 du nouveau code de procédure civile, il statue publiquement dans une salle d'audience spécialement aménagée sur l'emprise portuaire ou aéroportuaire* ». L'article 50 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 a modifié le texte en prévoyant que « *si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée sur l'emprise ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire, il statue dans cette salle* ». Le juge constitutionnel a validé cette disposition, similaire à celle prévue pour la rétention administrative. Il a estimé que « *le législateur a entendu limiter des transferts contraires à la dignité des étrangers concernés, comme à une bonne administration de la justice* », que « *par elle-même la tenue d'une audience dans une salle à proximité immédiate d'un lieu de rétention n'est contraire à aucun principe constitutionnel* » et « *qu'en l'espèce, le législateur a expressément prévu que ladite salle devra être 'spécialement aménagée' pour assurer la clarté, la sécurité et la sincérité des débats et permettre au juge de 'statuer publiquement'* »<sup>386</sup>. Cet argument purement formaliste ne convainc pas. Il est clair qu'un nombre beaucoup moins élevé d'individus, membres de la famille ou observateurs associatifs, pourront se rendre aux audiences tenues dans la zone cargo d'un aéroport, à côté du lieu d'hébergement d'une zone d'attente. La publicité des audiences sera donc forcément affectée. En 2011, le Conseil constitutionnel a précisé au sujet d'une disposition relative à la rétention administrative que ces audiences ne pouvaient toutefois pas se tenir au sein même des centres de rétention administrative<sup>387</sup>. Concernant la zone d'attente, des audiences par visioconférence sont

<sup>386</sup> CC, décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, §§79-86.

<sup>387</sup> CC, décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, §§61-63.

également prévues pour les audiences devant le juge administratif<sup>388</sup> et devant le juge judiciaire en appel<sup>389</sup>. La perspective d'une délocalisation des audiences des JLD du tribunal de grande instance de Bobigny semble se préciser, suscitant l'inquiétude du monde associatif face à la mise en place de cette « *justice d'exception* »<sup>390</sup>.

## 2. *Le filtre de la procédure d'asile à la frontière*

Du fait des contrôles réalisés en amont de la frontière territoriale, tels que nous les avons décrits dans le titre I, le nombre de personnes maintenues en zone d'attente, et en particulier de demandeurs d'asile, n'a cessé de baisser depuis le début des années 2000<sup>391</sup>. Si ce phénomène est en lui-même préoccupant, il est également difficile de se satisfaire de la procédure d'asile prévue à la frontière. Celle-ci consiste en une procédure d'admission sur le territoire au titre de l'asile, qui repose sur l'examen des motifs invoqués par le demandeur. Après l'avoir auditionné, l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) transmet un avis au ministère de l'Intérieur qui rend une décision sur la demande. Sont en principe admis les étrangers dont la demande d'asile n'est pas « *manifestement infondée* ». Aux termes de l'article L. 213-8-1 du Ceseda, « *constitue une demande d'asile manifestement infondée une demande qui, au regard des déclarations faites par l'étranger et des documents le cas échéant produits, est manifestement dénuée de pertinence au regard des conditions d'octroi de l'asile ou manifestement dépourvue de toute crédibilité en ce qui concerne le risque de persécutions ou d'atteintes graves* ». Au vu de cette définition, l'examen de la demande devrait consister en un examen superficiel des motifs de la demande, et non en un examen au fond, comme cela est le cas sur le territoire. Or, les observations de longue date de l'Anafé révèlent un examen approfondi de la demande, alors que les étrangers viennent d'arriver à la frontière et ne sont généralement pas en mesure de préparer de manière appropriée l'entretien avec l'OFPRA. De manière générale, l'Anafé constate des problèmes au niveau tant de l'audition et de la décision de l'administration que de l'audience devant le tribunal administratif en cas de recours<sup>392</sup>. La dernière véritable avancée remonte à 2007

---

<sup>388</sup> Article L. 213-9 du Ceseda.

<sup>389</sup> Article L. 222-6 du Ceseda.

<sup>390</sup> Observatoire de l'enfermement des étrangers, « Lettre ouverte à l'attention de Mathias Fekl concernant la délocalisation d'une salle d'audience à Roissy », 20 avril 2017, <http://www.anafe.org/spip.php?article411>.

<sup>391</sup> Anafé, « La procédure en zone d'attente : guide théorique et pratique », janvier 2013, pp. 4 et 51, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide\\_anafe\\_web.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide_anafe_web.pdf).

<sup>392</sup> Anafé, « Le dédale de l'asile à la frontière », décembre 2013, <http://www.anafe.org/spip.php?article275>. Voir aussi les derniers rapports annuels précités.

lorsqu'a été instauré le recours suspensif contre les refus d'admission sur le territoire au titre de l'asile<sup>393</sup>.

La loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile a surtout introduit davantage de complexité dans la procédure puisque des cas d'irrecevabilité et d'application du règlement Dublin III sont désormais possibles à la frontière. En revanche, l'un des aspects intéressants de la réforme, bien que prêtant à controverse à certains égards, est la mise en place de « *garanties procédurales particulières* » pour les demandeurs d'asile dits « *vulnérables* ». Ce dispositif, qu'on peut considérer imparfait en raison de la hiérarchisation très contestable qu'il opère entre étrangers, aurait néanmoins pu s'avérer positif pour certains demandeurs. L'article L. 221-1 du Ceseda prévoit que « *lorsque l'[OFPRA], dans le cadre de l'examen tendant à déterminer si la demande d'asile n'est pas irrecevable ou manifestement infondée, considère que le demandeur d'asile, notamment en raison de sa minorité ou du fait qu'il a été victime de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle, nécessite des garanties procédurales particulières qui ne sont pas compatibles avec le maintien en zone d'attente, il est mis fin à ce maintien. L'étranger est alors muni d'un visa de régularisation de huit jours [...]* ».

Dans son dernier rapport d'activité, l'OFPRA se targuait ainsi d'agir « *pour répondre toujours mieux aux nécessités particulières de l'instruction des demandes de protection internationale présentées par les personnes rendues vulnérables* »<sup>394</sup>. Et de préciser plus loin dans le rapport qu'à ce titre en 2016, « *l'Ofpra a permis qu'il soit mis fin au maintien en zone d'attente à cinq reprises* »<sup>395</sup>. Ce chiffre ne manque pas de surprendre. Il paraît en effet très faible, rapporté aux plus de 900 demandeurs d'asile à la frontière sur l'année 2016. Est-ce à penser que seuls 0,5 % des demandeurs d'asile à la frontière sont « *vulnérables* » et peuvent à ce titre être libérés de zone d'attente ? Non seulement tout demandeur d'asile devrait être considéré comme vulnérable, mais il est même possible d'estimer que tout étranger maintenu en zone d'attente est vulnérable du simple fait du contexte de l'enfermement. Ainsi, la réforme de 2015 fait entièrement l'impasse sur la vulnérabilité extrinsèque générée par

<sup>393</sup> Cela faisait suite à la condamnation de la France dans l'affaire Gebremedhin (CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, req. n° 25389/05). Voir l'article L. 213-9 du Ceseda.

<sup>394</sup> OFPRA, « Rapport d'activité 2016 », avril 2017, p. 28.

<sup>395</sup> *Ibid*, p. 42.

l'enfermement, tout en minorant considérablement la « *vulnérabilité inhérente à la qualité de demandeur d'asile* »<sup>396</sup>.

Il faut ajouter à cela que, selon les données recueillies par l'Anafé<sup>397</sup>, au moins quatre des cinq personnes libérées de zone d'attente pour cause de vulnérabilité détectée par l'OFPRA en 2016 étaient en réalité des mineurs isolés, qui n'auraient donc jamais dû être placés en zone d'attente par l'administration. En effet, le 4<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 221-1 du Ceseda – une autre nouveauté de la réforme de 2015 – prévoit désormais que « *le maintien en zone d'attente d'un mineur non accompagné [...] n'est possible que de manière exceptionnelle* », dans quelques cas limitatifs. Ainsi, une libération seulement en 2016 semble répondre à la mise en œuvre véritable du nouveau dispositif prévu pour les demandeurs d'asile vulnérables, de sorte qu'il y a lieu de s'interroger sur cette réforme qui masque mal l'objectif principal de filtrage qui prédomine au sein de la procédure d'asile.

## ***Section 2 - Le « hotspot », nouvelle frontière de l'Union***

En principe, les personnes en migration sont censées entrer en Europe par des points de franchissement autorisés. Néanmoins, dans le contexte de l'immigration maritime importante vers l'Europe en 2015, générée par l'absence de voies légales d'accès au continent européen, de nouvelles frontières *ad hoc* ont été créées, pour enregistrer et trier les individus, suivant une logique similaire à celle des zones d'attente et plus généralement des camps d'étrangers en Europe. D'abord frontière temporaire en temps de « *crise migratoire* » (I.), le « *hotspot* » est actuellement en voie de pérennisation dans le dispositif frontalier, comme nouvel instrument d'« *appui à la gestion des flux migratoires* » (II.).

### **I. Un dispositif *ad hoc* face à la « crise migratoire »**

Issu du vocabulaire policier américain, les « *hotspots* » sont, à l'origine, des lieux de criminalité importante qui requièrent l'attention particulière des forces de l'ordre<sup>398</sup>. Depuis 2015, les « *hotspots* » sont un nouvel élément du dispositif frontalier européen. Mentionné dans une étude commandée par la Commission européenne en 2014 sur la « *faisabilité de la*

<sup>396</sup> CEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

<sup>397</sup> Rapport annuel à paraître fin 2017.

<sup>398</sup> Voir, par exemple, John Eck et al., « Mapping Crime : Understanding Hot Spots », rapport spécial pour le Département américain de la Justice, août 2005, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/209393.pdf>.



création d'un système européen de garde-frontières pour le contrôle des frontières extérieures de l'Union »<sup>399</sup>, le terme trouverait son origine dans le jargon de Frontex, dans lequel il désignerait une « *portion de la frontière extérieure de l'UE risquant de recevoir un nombre important d'arrivées irrégulières* »<sup>400</sup>.

En mai 2015, l'expression a été reprise par la Commission européenne dans l'Agenda européen en matière de migration<sup>401</sup> (du moins dans sa version anglaise<sup>402</sup>) sous la rubrique « *Utiliser les instruments de l'UE pour aider les États membres situés en première ligne* ». Le terme « *hotspot* » décrit ici « *une nouvelle approche [...] selon laquelle le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) ainsi que les agences Frontex et Europol agiront sur le terrain avec les États membres situés en première ligne afin de procéder rapidement à l'identification et à l'enregistrement des migrants et au relevé de leurs empreintes digitales* »<sup>403</sup>. Cette procédure doit permettre de séparer les demandeurs d'asile, « *immédiatement orientés vers une procédure d'asile dans le cadre de laquelle les équipes d'appui de l'EASO contribueront au traitement le plus rapide possible des dossiers d'asile* », des « *personnes n'ayant pas besoin d'une protection* », dont « *Frontex aidera les États membres à coordonner le retour* ». L'intervention d'Europol et Eurojust est également envisagée, pour « *assister l'État membre d'accueil dans ses enquêtes aux fins du démantèlement des réseaux de passeurs et de trafiquants d'êtres humains* ». Le « *hotspot* » apparaît donc d'abord comme une « *approche* ».

<sup>399</sup> Unisys (Marie van de Poele et al.), « Study on the Feasibility of the Creation of a European System of Border Guards to Control the External Borders of the Union », 16 juin 2014, [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/border-crossing/docs/20141016\\_home\\_esbg\\_frp\\_001\\_esbg\\_final\\_report\\_3\\_00\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/border-crossing/docs/20141016_home_esbg_frp_001_esbg_final_report_3_00_en.pdf).

<sup>400</sup> Elspeth Guild, Cathryn Costello et Violeta Moreno-Lax, « Implementation of the 2015 Council Decisions establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece », étude pour la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, mars 2017, PE 583 132, p. 44.

<sup>401</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Un agenda européen en matière de migration », 13 mai 2015, COM(2015) 240 final.

<sup>402</sup> La version française évoque une « *nouvelle approche dite des points d'accès* ». L'expression a par la suite été abandonnée. Elle n'était assurément pas représentative de la logique du dispositif. Dans d'autres documents, on trouve l'expression « *centres de crise* » (Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : 8<sup>e</sup> rapport semestriel sur le fonctionnement de l'espace Schengen. 1<sup>er</sup> mai – 10 décembre 2015 », 15 décembre 2015, COM(2015) 675 final, p. 3 ; Commission européenne, « Communication au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : Gestion de la crise des réfugiés : mesures opérationnelles, budgétaires et juridiques immédiates au titre de l'agenda européen en matière de migration », 23 septembre 2015, COM(2015) 490 final, pp. 5-6).

<sup>403</sup> Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Un agenda européen en matière de migration », 13 mai 2015, COM(2015) 240 final, p. 7.

En juillet 2015, le commissaire Dimitris Avramopoulos a fait parvenir aux ministères de la Justice et des Affaires étrangères des Etats membres une lettre accompagnée d'une « *note explicative* » sur l'approche « *hotspot* », qui comprend en annexe deux feuilles de route relatives à la mise en œuvre du dispositif en Italie et en Grèce<sup>404</sup>. En l'absence de règles préalables, ce document de douze pages, qui n'a fait l'objet d'aucune publication officielle, fait office de cadre informel pour le nouveau dispositif. Le « *hotspot* » y est présenté à la fois comme une approche, faisant intervenir différentes agences de l'UE, mais aussi comme un lieu, se caractérisant par une « *pression migratoire disproportionnée et spécifique, consistant en des flux migratoires mixtes largement dus au trafic de migrants, et où l'Etat membre concerné peut solliciter un soutien et une assistance pour mieux gérer la pression migratoire* »<sup>405</sup>. Il est également précisé qu'« *en principe, une portion de frontière extérieure ne devrait être considérée comme un 'hotspot' que pour une durée limitée pendant laquelle la situation d'urgence ou de crise subsiste et durant laquelle le soutien de l'approche 'hotspot' est nécessaire* ». Le dispositif a donc théoriquement vocation à être temporaire. Il est déployé à la demande de l'Etat membre concerné, mais aussi sur proposition de la Commission européenne. Sous la coordination d'une « *task force* » régionale de l'UE (« *European Union Regional Task Force* »), le soutien opérationnel apporté comprend notamment l'enregistrement et le tri des « *migrants irréguliers* » par Frontex, le « *débriefing* » par la même agence pour comprendre les routes migratoires et analyser les réseaux de passeurs, l'intensification des enquêtes et de l'échange d'informations sur l'« *aide au transit et au séjour* » dans l'UE, un soutien en matière d'asile, en particulier pour l'application d'un mécanisme temporaire de relocalisation (transfert de demandeurs d'asile vers d'autres Etats membres), et la coordination du « *retour* » des migrants ne disposant pas d'un droit au séjour.

La procédure est détaillée dans la note explicative ainsi que dans un schéma en annexe<sup>406</sup>. Elle vise à mettre en place une prompte catégorisation des personnes. Un premier entretien doit ainsi permettre d'identifier les personnes souhaitant déposer une demande d'asile, celles pouvant être renvoyée « *immédiatement* », et celles dont la situation est peu claire et à laquelle la procédure « *normale* » s'applique. S'agissant des demandeurs d'asile, le soutien consiste, à

---

<sup>404</sup> Le document se trouve sur le site Internet de l'organisation Statewatch, qui a fuité le document : <http://www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf>.

<sup>405</sup> La note explicative n'existant qu'en langue anglaise, les passages cités sont une traduction personnelle de l'auteur.

<sup>406</sup> Ce schéma est reproduit en annexe du présent mémoire.

travers le « *traitement conjoint* » des demandes par les autorités nationales et l'EASO, à « *canaliser les demandeurs d'asile dans la procédure d'asile appropriée (normale, procédure accélérée/à la frontière, procédure prioritaire/article 78(3), selon le système national applicable)* » et à fournir une assistance dans l'enregistrement des demandeurs et « *la préparation ultérieure de leur dossier* ». L'EASO doit se focaliser sur les personnes « *en besoin manifeste de protection* », pour assurer le bon fonctionnement du mécanisme de relocalisation envisagé, qui consiste à transférer vers d'autres Etats membres des demandeurs d'asile dont l'examen de la demande de protection incomberait normalement au pays d'arrivée, en application du règlement Dublin<sup>407</sup>.

En septembre 2015, deux décisions du Conseil instituent le mécanisme temporaire de relocalisation<sup>408</sup>, sur le fondement de l'article 78 paragraphe 3 TFUE, lequel dispose que « *[a]u cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés. Il statue après consultation du Parlement européen* ». Le mécanisme de relocalisation mis en place à partir de septembre 2015 concerne uniquement les nationalités dont le taux moyen de reconnaissance du statut de réfugié dans l'UE est égal ou supérieur à 75%<sup>409</sup>. Si les décisions prévoient la relocalisation de 96 000 demandeurs d'asile (66 400 depuis la Grèce et 39 500 depuis l'Italie)<sup>410</sup>, les obligations des Etats membres ont été allégées ensuite par une nouvelle décision du Conseil, qui prévoit que la réinstallation sur leur territoire de ressortissants syriens présents en Turquie permet aux Etats membres de s'exonérer du nombre correspondant de relocalisations<sup>411</sup>. Des incitations financières sont également prévues : pour chaque personne relocalisée, l'Etat membre de relocalisation reçoit 6 000 €<sup>412</sup>. Enfin, sauf exception, les Etats membres ne peuvent refuser de relocaliser un

---

<sup>407</sup> Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).

<sup>408</sup> Décision (UE) n° 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce ; Décision (UE) n° 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (ci-après « décisions sur la relocalisation »).

<sup>409</sup> Article 3 des décisions sur la relocalisation.

<sup>410</sup> Article 4 des décisions sur la relocalisation.

<sup>411</sup> Décision (UE) 2016/1754 du Conseil du 29 septembre 2016 modifiant la décision (UE) 2015/1601 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

<sup>412</sup> Article 10 des décisions sur la relocalisation.

demandeur<sup>413</sup>. Toutefois, la Slovaquie et la Hongrie, qui avaient voté contre les décisions du Conseil, ont décidé de ne pas les appliquer et ont formé un recours en annulation devant la CJUE. Le 26 juillet 2017, l'avocat général Yves Bot a proposé le rejet de la requête<sup>414</sup>. Pour autant, la réticence des Etats membres à relocaliser des demandeurs n'a pour l'instant fait l'objet d'aucune sanction, même si cela pourrait évoluer. Au niveau européen, la Commission a lancé en juin 2017 une procédure d'infraction à l'encontre de la République tchèque, de la Hongrie et de la Pologne<sup>415</sup>. Aux Pays-Bas, la Cour du district de La Haye a rejeté en mars 2017 le recours d'une fondation contre l'Etat néerlandais pour l'application insuffisante des engagements contenus dans les décisions du Conseil de septembre 2015<sup>416</sup>. La juridiction saisie a notamment estimé que les dispositions pertinentes des décisions du Conseil n'avaient aucun effet direct en droit national, mais aussi que le terme prévu par les textes (septembre 2017) n'avait pas encore expiré. La fondation a interjeté appel. Le débat sur la justiciabilité des décisions du Conseil demeure donc entier, d'autant que chaque juridiction nationale saisie pourra avoir sa propre appréciation sur la question. Une question préjudicielle sur l'interprétation des décisions du Conseil pourrait alors s'avérer utile.

Les demandeurs d'asile n'ont quant à eux pas le choix du pays de relocalisation. Les seules considérations prises en compte sont l'intérêt supérieur de l'enfant et l'unité familiale<sup>417</sup>. Le demandeur se voit simplement informé de la procédure puis de la décision le concernant, sans que des voies de recours ne soient prévues. Toute réticence de sa part peut éventuellement être sanctionnée puisque « *les demandeurs qui se dérobent à la procédure de relocalisation sont exclus de la relocalisation* », étant précisé que cette procédure comprend « *l'identification, l'enregistrement et le relevé d'empreintes digitales* »<sup>418</sup>. Les décisions du Conseil comprennent aussi des dispositions sur le « *soutien opérationnel à l'Italie et à la Grèce* », qui reprennent les éléments clés de l'approche « *hotspot* » envisagée<sup>419</sup>. A cette fin,

<sup>413</sup> Article 5 paragraphe 7 des décisions sur la relocalisation.

<sup>414</sup> Conclusions de l'avocat général du 26 juillet 2017 dans les affaires C-643/15 et C-647/15, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*.

<sup>415</sup> Commission européenne, « Relocalisation: la Commission engage des procédures d'infraction contre la République tchèque, la Hongrie et la Pologne », communiqué de presse, 14 juin 2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1607\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_fr.htm).

<sup>416</sup> Barbara Oomen et Ricardo Rodrigues de Oliveira, « Relocation and its Numbers – Which Role for the Courts? », *EU Migration Law Blog*, 31 mai 2017, <http://eumigrationlawblog.eu/relocation-and-its-numbers-which-role-for-the-courts/>. La décision se trouve en néerlandais ici : <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2017:2809>.

<sup>417</sup> Article 6 des décisions sur la relocalisation.

<sup>418</sup> Article 5 paragraphe 9 des décisions sur la relocalisation.

<sup>419</sup> Article 7 des décisions sur la relocalisation.

l'Italie et la Grèce doivent chacune présenter à la Commission une « *feuille de route prévoyant des mesures adéquates en matière d'asile, de premier accueil et de retour, destinées à renforcer la capacité, la qualité et l'efficacité des régimes qu'elles ont mis en place dans ces domaines, ainsi que des mesures visant à assurer une mise en œuvre correcte de la présente décision* ». Le non-respect de cette feuille de route, à la valeur juridique incertaine, peut entraîner la suspension du mécanisme de relocalisation par la Commission. L'Italie et la Grèce sont par-là sérieusement incitées à appliquer tous les aspects de l'approche « *hotspot* », y compris les plus coercitifs tels que le relevé d'empreintes digitales et le « *retour* ».

L'approche « *hotspot* » s'est traduite par la mise en place progressive de neuf centres communément appelés « *hotspots* »<sup>420</sup>, dont 4 en Italie (Lampedusa, Trapani, Pozzallo et Taranto) et 5 en Grèce (sur les îles de Lesbos, Chios, Samos, Leros et Kos). Huit autres centres pourraient être mis en place en Italie prochainement<sup>421</sup>. Actuellement, la capacité officielle des centres est de 1 600 places en Italie et de 5 450 en Grèce<sup>422</sup>. En réalité, ces centres sont souvent surpeuplés, ce qui crée des situations explosives liées aux conditions très précaires d'accueil<sup>423</sup>. Cette surpopulation est notamment due à l'échec du mécanisme de relocalisation des demandeurs d'asile, qui apparaissait de prime abord comme la clef de voûte du dispositif. Au 24 juillet 2017, moins de 25 000 personnes avaient été relocalisées (16 803 depuis la Grèce et 7 873 depuis l'Italie)<sup>424</sup>. En contraste, le volet coercitif de l'approche « *hotspot* » a connu un relatif succès et s'est accompagné de nombreuses atteintes aux droits fondamentaux<sup>425</sup>. L'objectif d'identification absolue des nouveaux arrivants est ainsi pleinement satisfait, puisque le taux de relevé des empreintes digitales a atteint 100% dans les « *hotspots* »<sup>426</sup>. En Italie, ce taux est dû en partie à des mesures coercitives pouvant

<sup>420</sup> Souvent, ce sont des centres d'accueil déjà existants qui ont été utilisés pour le dispositif.

<sup>421</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE) et al., « Italy: Strengthening NGO involvement and capacities around EU 'hotspots' developments. Update on the implementation of the hotspots in Greece and Italy », juillet 2017, [http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/update\\_report\\_cir.pdf](http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/update_report_cir.pdf).

<sup>422</sup> EASO, « Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2016 », 2017, p. 80.

<sup>423</sup> Voir par exemple Human Rights Watch, « Grèce : insécurité et insalubrité dans les 'hotspots' pour réfugiés », 19 mai 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/05/19/grece-insecurite-et-insalubrite-dans-les-hotspots-pour-refugies>.

<sup>424</sup> Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : Quatorzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », 26 juillet 2017, COM(2017) 405 final.

<sup>425</sup> De manière générale, voir ECRE et al., « The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece. A Study », décembre 2016, <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf>.

<sup>426</sup> ECRE et al., *op. cit.*, p. 11.

s'apparenter à des traitements inhumains et dégradants<sup>427</sup>. Le volet coercitif de l'approche « *hotspot* » comprend aussi le recours accru à l'enfermement des nouveaux arrivants<sup>428</sup>, surtout en Grèce après l'intervention de la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016<sup>429</sup>. Cette détention doit permettre d'augmenter les expulsions directement depuis les « *hotspots* », pour ceux qui n'ont pas demandé l'asile ou ceux dont la demande a été rejetée à l'issue d'une procédure accélérée.

Une grande confusion règne quant au rôle des différents acteurs et aux règles applicables. En Italie, aucune réforme législative n'est intervenue pour régir les « *hotspots* ». Seul un document comportant des « *standard operating procedures* » a été élaboré par le ministre de l'Intérieur italien, avec la contribution de la Commission européenne, Frontex, Europol, l'EASO, le HCR et l'Organisation internationale pour les migrations (OIM)<sup>430</sup>. Le document se présente comme un « *guide opérationnel pour les activités organisées dans les Hotspots* ». Il y est précisé qu'en cas d'écart entre ce document et la législation actuelle, cette dernière s'appliquera. En Grèce, l'approche « *hotspot* » n'a pas de cadre similaire, même souple. Les lois déjà en vigueur s'appliquent. A cet égard, la déclaration UE-Turquie a eu un impact important<sup>431</sup>. En avril 2016, une réforme est intervenue pour transposer les directives européennes en matière d'asile et incorporer en droit grec les procédures accélérées à la frontière et les notions de « *premier pays d'asile* » et de « *pays tiers sûr* », afin de pouvoir déclarer irrecevables les demandes d'asile des personnes provenant de Turquie, en dépit du fait que ce pays ne répond pas aux critères prévus par les textes. Pour verrouiller les décisions en seconde instance sur les demandes d'asile, la composition des comités de recours a également été modifiée. Auparavant, un expert spécialisé dans les droits de l'homme siégeait au sein du comité de trois membres comprenant également un représentant du HCR et un représentant du ministère de l'Intérieur. Désormais, les comités comprennent le représentant du HCR et deux représentants de l'administration. Cette composition pose d'évidentes questions d'indépendance et d'impartialité. Face à cette nouvelle procédure d'asile et aux

<sup>427</sup> Amnesty International, « Hotspot Italy : How EU's Flagship Approach Leads to Violations of Refugees and Migrant Rights », octobre 2016, pp. 14 et s., <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/en/%20/>.

<sup>428</sup> Cette tendance se poursuit en 2017 : ECRE, « New detention centers at the external EU borders », 24 février 2017, <https://www.ecre.org/new-detention-centres-at-the-external-eu-borders/>.

<sup>429</sup> Human Rights Watch, « Grèce : Des demandeurs d'asile enfermés », avril 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/04/14/grece-des-demandeurs-dasile-enfermes>.

<sup>430</sup> Le document est disponible ici : <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/hotspot>.

<sup>431</sup> Catharina Ziebritzki, « Chaos in Chios : Legal questions regarding the administrative procedure in the Greek Hotspots », *EU Migration Law Blog*, 26 juillet 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/chaos-in-chios-legal-questions-regarding-the-administrative-procedure-in-the-greek-hotspots/>.



atteintes aux droits fondamentaux engendrées par le dispositif des « *hotspots* » grecs, plusieurs recours ont été déposés devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>432</sup>.

Le rôle des agences européennes, en particulier Frontex et l'EASO, dans les « *hotspots* » n'est pas toujours clair. Elles peuvent être amenées à jouer un rôle considérable, comme par exemple en Grèce, où les agents de l'EASO réalisent eux-mêmes les entretiens de recevabilité auprès des demandeurs d'asile, ce qui pose question du point de vue du mandat de l'agence<sup>433</sup>. Dans la mesure où ce sont ensuite les autorités grecques qui statuent sur la demande d'asile, on peut se demander qui est responsable en cas de violations de droits fondamentaux. La même question se pose quant au rôle de Frontex dans les « *hotspots* ». On renverra ici aux considérations présentées dans la partie précédente sur Frontex, qui s'appliquent en grande partie à l'EASO, puisque les règles de responsabilité sont similaires. Il faut simplement signaler que l'agence Frontex s'est vu doter d'un nouveau règlement en 2016, lequel comprend désormais un cadre spécifique concernant les interventions d'« *appui à la gestion des flux migratoires* », de sorte que l'approche « *hotspot* » déployée en temps de « *crise migratoire* » se pérennise désormais.

## **II. Un dispositif pérennisé d'« *appui à la gestion des flux migratoires* »**

Malgré ses dysfonctionnements et les atteintes aux droits qu'elle facilite, l'approche « *hotspot* » intègre actuellement le droit commun, tel que le préfigurait un rapport commandé par la Commission européenne en 2014<sup>434</sup>. La pérennisation du dispositif pourrait marquer une évolution significative des agences de l'Union européenne vers l'émergence d'une « *administration européenne intégrée* »<sup>435</sup>, par l'institutionnalisation d'un rôle accru de ces agences dans les domaines de l'asile, des frontières extérieures et du « *retour* ».

Le nouveau règlement de Frontex adopté en 2016 formalise l'approche « *hotspot* » et précise le rôle de l'agence dans ce type d'intervention. L'article 18 du règlement, intitulé « *Equipes*

---

<sup>432</sup> CEDH, *Ahmadi et autres c. Grèce*, req. n° 39065/16 (communiquée le 3 mars 2017) ; CEDH, *J.B c. Grèce*, req. n° 54796/16 (communiquée le 18 mai 2017 et priorisée selon l'article 41 du règlement intérieur de la Cour) ; CEDH, *Raoufi et autres c. Grèce*, req. n° 22696/16 (communiquée le 26 mai 2016) ; voir aussi Gisti, « 51 migrants prisonniers en Grèce de l'accord UE-Turquie », communiqué de presse du 8 juin 2016, <http://www.gisti.org/spip.php?article5414>.

<sup>433</sup> Catharina Ziebritzki, *op. cit.*

<sup>434</sup> Unisys (Marie van de Poele et al.), *op. cit.*

<sup>435</sup> Lilian Tsourdi, « Hotspots and EU Agencies: Towards an integrated European administration? », *EU Migration Law Blog*, 26 janvier 2017, <http://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-eu/>.

*d'appui à la gestion des flux migratoires », prévoit que « [l]orsqu'un État membre est confronté à des défis migratoires disproportionnés dans certaines zones d'urgence migratoire situées à ses frontières extérieures, caractérisés par des afflux migratoires mixtes importants, cet État membre peut demander le renfort technique et opérationnel d'équipes d'appui à la gestion des flux migratoires ». L'Etat concerné doit « présente[r] une demande de renfort et une évaluation de ses besoins à l'Agence et à d'autres agences de l'Union compétentes, en particulier l'EASO et Europol ». La Commission européenne, en lien avec l'Etat membre hôte et les agences européennes, est responsable de la coordination des activités. Les équipes de garde-frontières déployées peuvent apporter leur « renfort » dans plusieurs domaines<sup>436</sup>. Tout d'abord, l'agence peut fournir son « assistance au filtrage des ressortissants de pays tiers arrivant aux frontières extérieures, y compris à l'identification, à l'enregistrement et au débriefing de ces ressortissants de pays tiers et, si l'État membre le demande, au relevé des empreintes digitales des ressortissants de pays tiers, et la fourniture d'informations concernant l'objectif de ces procédures ». Elle peut aussi participer à la fourniture d'une première information aux demandeurs d'asile et à l'orientation vers les autorités compétentes. L'agence a en outre la possibilité d'accorder une « assistance technique et opérationnelle dans le domaine du retour, y compris la préparation et l'organisation d'opérations de retour ». Enfin, il est prévu que « [s]i nécessaire, les équipes d'appui à la gestion des flux migratoires comprennent du personnel ayant une expertise en matière de protection des enfants, de traite des êtres humains, de protection contre les persécutions fondées sur le genre et/ou de droits fondamentaux ».*

En l'absence de réglementation unifiée sur les interventions de type « hotspot », c'est l'instrument de chaque agence qui devra préciser son rôle. La transformation envisagée du Bureau européen d'appui en matière d'asile en « Agence de l'Union européenne pour l'asile » (AUEA) en prend compte<sup>437</sup>. La proposition de règlement de la Commission européenne prévoit ainsi des dispositions sur le rôle de l'agence dans les « zones de crises », définies comme des « zones déterminées des frontières extérieures où les États membres sont confrontés à des pressions migratoires disproportionnées caractérisées par d'importants

<sup>436</sup> La formulation – « le renfort technique et opérationnel [...] peut inclure » - pourrait signifier que la liste n'est pas exhaustive.

<sup>437</sup> Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010 », 4 mai 2016, COM(2016) 271 final (ci-après « proposition de règlement relatif à l'AUEA »).

*afflux migratoires mixtes* », où pourront être envoyés des « équipes d'appui à la gestion des flux migratoires » composées d'experts provenant des Etats membres et déployés par l'AUEA, Frontex, Europol et d'autres agences compétentes, ainsi que des experts du personnels de l'AUEA et de Frontex<sup>438</sup>. Aux termes de l'article 21 paragraphe 2 de la proposition de règlement, le renfort apporté par les équipes de l'AUEA « peut inclure : a) le filtrage des ressortissants de pays tiers, notamment leur identification, leur enregistrement et, si les États membres le demandent, le relevé de leurs empreintes digitales; (b) l'enregistrement des demandes de protection internationale et, si les États membres le demandent, leur examen; (c) la communication d'informations sur les procédures d'asile, notamment la relocalisation et l'assistance spécifique aux demandeurs réels ou potentiels pouvant faire l'objet d'une relocalisation ». Certaines des activités envisagées étant quasiment identiques à celles confiées à Frontex dans le nouveau règlement de 2016, il y a lieu de s'interroger sur la manière dont les tâches seront réparties et les responsabilités déterminées en cas de violations des droits fondamentaux. En tout état de cause, le Parlement européen a pris acte du rôle considérablement renforcé de la nouvelle agence, en incorporant dans la proposition de règlement les garanties déjà prévues dans le règlement « Frontex » : un officier aux droits fondamentaux, une stratégie en matière de droits fondamentaux, un mécanisme de plainte individuelle et un forum consultatif<sup>439</sup>. S'il est louable que le Parlement européen se préoccupe de renforcer les droits des administrées, ces quelques garanties paraissent largement insuffisantes, tel que le démontre le cas de l'agence Frontex.

---

<sup>438</sup> Point 20 de la proposition de règlement relatif à l'AUEA.

<sup>439</sup> Parlement européen, « Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010 », 21 décembre 2016, A8-0392/2016.

## Chapitre 2 : La frontière-nasse

A l'intérieur même des territoires français et européens, des frontières subsistent et prennent la forme de « *nasses* »<sup>440</sup> qui fragmentent les espaces et piègent les individus dans des espaces coupés du reste. Au sein du territoire français, les départements d'outre-mer<sup>441</sup>, et en particulier Mayotte, correspondent à cette réalité à travers l'exception juridique qui les caractérise (Section 1). A l'intérieur de l'espace Schengen, les frontières censées avoir été abolies resurgissent au gré des replis sécuritaires (Section 2).

### *Section 1 - Les exceptions ultramarines : l'exemple de Mayotte*

Mayotte demeure aujourd'hui un territoire juridiquement isolé de la France et de l'Europe, mais aussi du reste de l'archipel des Comores (I.). Malgré la départementalisation, un droit dérogatoire subsiste aux frontières mahoraises, avec des conséquences particulièrement néfastes pour les droits fondamentaux des Comoriens rendus « *étrangers en situation irrégulière* » sur leur propre archipel (II.).

#### **I. Un territoire juridiquement isolé**

Devenu le 101<sup>e</sup> département français en 2011 suite à un référendum local tenu en 2009, Mayotte est devenue en 2014 une région ultrapériphérique de l'UE<sup>442</sup>. La conséquence logique de cette évolution administrative du territoire de Mayotte, longtemps doté d'un statut sur mesure, devrait être la pleine application du droit français, mais aussi du droit européen. S'agissant du droit français, l'article 73 alinéa 1 de la Constitution française du 4 octobre 1958 dispose que « *[d]ans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit* », étant néanmoins précisé qu'« *[i]ls peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ». Cela signifie qu'en principe le *Ceseda* devrait s'appliquer. En 2014, une

<sup>440</sup> Pour une utilisation de ce terme dans un sens similaire, voir Violaine Carrère, « Sangatte et les nasses aux frontières de l'Europe », *Projet*, 2002, n° 272, pp. 88-96.

<sup>441</sup> Olivier Lecucq, « Droit métropolitain et droit de l'outre-mer », in Emmanuelle Saulnier-Cassia et Vincent Tchen (dir.) *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p. 25-38. Pour saisir l'ampleur des dérogations en outre-mer, on pourra aussi consulter utilement les deux cahiers juridiques du Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (Gisti) entièrement dédiés à la question : « Régimes d'exception en outre-mer pour les personnes étrangères », juin 2012 ; « Singularités mahoraises du droit des personnes étrangères. Un droit dérogatoire dans un département d'exception », janvier 2015.

<sup>442</sup> Décision du Conseil européen du 11 juillet 2012 modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de Mayotte (2012/419/UE).

ordonnance<sup>443</sup> et un décret<sup>444</sup> ont ainsi étendu ce code à Mayotte, tout en maintenant un certain nombre d'exceptions. Plusieurs associations ont tenté en vain de faire annuler par le Conseil d'Etat les exceptions contenues dans l'ordonnance et le décret<sup>445</sup>. Auparavant, une ordonnance régissait spécifiquement l'entrée et le séjour des étrangers à Mayotte<sup>446</sup>. L'ordonnance de 2014 a été ratifiée par la loi du 7 mars 2016<sup>447</sup> sans véritable débat parlementaire<sup>448</sup>. S'agissant du droit européen, conformément à l'article 355 du TFUE, les dispositions des traités européens sont applicables aux régions ultrapériphériques, dont fait désormais partie Mayotte. Les règlements et directives européens devraient donc y être appliqués. Toutefois, au même titre que les enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla<sup>449</sup>, l'outre-mer français ne fait pas partie de l'espace Schengen. L'article 138 de la CAAS adoptée en 1990 prévoit en effet que « *les dispositions de la présente Convention ne s'appliqueront, pour la République française, qu'au territoire européen de la République française* ». Le Conseil constitutionnel, saisi sur la loi autorisant l'approbation de la CAAS, avait considéré qu'en raison du « *but poursuivi* » par la CAAS, à savoir « *la suppression des contrôles opérés aux 'frontières communes' des Etats signataires* », la limitation du champ d'application territoriale de la convention n'était pas contraire au principe d'indivisibilité de la République affirmé par l'article 2 de la Constitution<sup>450</sup>. Cette exclusion de l'espace Schengen a été maintenue. Le point 37 du préambule du code frontières Schengen dispose ainsi que « *[p]ar dérogation à l'article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les territoires français et néerlandais auxquels s'applique le présent règlement s'entendent des seuls territoires européens de la France et des Pays-Bas* ». Par ailleurs, le

<sup>443</sup> Ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>444</sup> Décret n° 2014-527 du 23 mai 2014 portant modification du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire) en ce qui concerne Mayotte, Wallis-et-Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle Calédonie.

<sup>445</sup> CE, 22 juillet 2015, n° 381550 et 383034.

<sup>446</sup> Ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte.

<sup>447</sup> Article 64 de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

<sup>448</sup> Gisti, « Droit des étrangers en France : ce que change la loi du 7 mars 2016 », janvier 2017, p. 97.

<sup>449</sup> Le point 37 du préambule du code frontières Schengen dispose qu'« *[e]n ce qui concerne Ceuta et Melilla, il n'a pas d'incidence sur le régime spécifique qui s'y applique, tel que défini dans l'accord d'adhésion du Royaume d'Espagne à la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985* » (voir aussi l'acte final de l'accord d'adhésion du Royaume d'Espagne à la CAAS).

<sup>450</sup> CC, décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, §§52-55.

règlement Dublin III n'est pas non plus applicable en dehors du « *territoire européen* » de la France<sup>451</sup>. La directive « *retour* » est en revanche applicable<sup>452</sup>.

Isolée par son droit d'exception et son extériorité à l'espace Schengen, Mayotte l'est aussi plus particulièrement par le visa. Depuis janvier 1995, un visa (communément appelé « *visa Balladur* ») est exigé des ressortissants comoriens pour entrer à Mayotte. Cette formalité met un terme à des siècles de circulation entre les îles de l'archipel des Comores. L'arrêté du 4 février 2015 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire de Mayotte prévoit ainsi une obligation de visa de court séjour pour tous les étrangers, sauf ceux bénéficiaires de la libre circulation en application de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 et ceux inscrits sur une liste en annexe. Les obligations de VTA imposées en métropole sont également applicables à Mayotte. Le visa d'entrée pour Mayotte est à validité limitée et ne permet pas de se rendre en métropole. Même les étrangers titulaires d'un titre de séjour à Mayotte doivent solliciter un visa spécifique auprès du représentant de l'Etat à Mayotte pour se rendre dans un autre département français<sup>453</sup>. En pratique, le « *visa Balladur* » est difficile à obtenir, comme le relève l'Anafé dans un rapport récent : « *Les ressortissants comoriens rencontrent beaucoup de difficultés pour obtenir ce visa. Sur le site de l'Ambassade de France aux Comores, seul est disponible le formulaire de visa court séjour pour entrer dans l'espace Schengen. De plus, ce site n'est pas à jour : certains liens internet ne fonctionnent pas. La liste des pièces à fournir est conséquente et la liste des garanties à fournir à l'arrivée n'est pas à jour (l'obligation de justificatif d'hébergement n'est plus obligatoire en cas de ressources suffisantes). En pratique, peu de personnes ont accès au consulat et donc aux informations pour obtenir un visa* »<sup>454</sup>. En conséquence, des personnes qui pouvaient auparavant circuler légalement entre Mayotte et les autres archipels des Comores sont désormais contraintes à « *l'immigration irrégulière* », notamment pour maintenir des liens familiaux. Cette immigration a lieu principalement par voie maritime et présente des dangers importants pour les passagers des bateaux de fortune (« *kwassa* ») qui cherchent, la plupart du temps, à rallier Mayotte depuis l'île d'Anjouan. On compterait jusqu'à 10 000 morts dans le

---

<sup>451</sup> Article 43 du règlement Dublin III.

<sup>452</sup> Voir en ce sens TA Mayotte, réf., 8 avril 2014, n° 1400246.

<sup>453</sup> Article L. 832-2 et R. 832-2 du Cesda.

<sup>454</sup> Anafé, « 976 : Au-delà des frontières de la légalité. Rapport de mission de l'Anafé à Mayotte et à la Réunion en 2016 », mars 2017, p. 11, <http://www.anafe.org/spip.php?article409>.



canal du Mozambique depuis 1995<sup>455</sup>. Pour autant, contrairement aux idées reçues, Mayotte ne connaît pas une « *immigration massive* » mais plutôt une émigration importante de sa propre population, qui se traduit par un solde migratoire négatif<sup>456</sup>.

## II. Un droit dérogatoire aux frontières mahoraises

Pour les étrangers qui ont réussi la traversée ou ont été interceptés en mer par la police aux frontières française, une série de normes dérogatoires s'applique. En matière de contrôles d'identité, l'article 78-2 alinéa 11 du code de procédure pénale prévoit que « *l'identité de toute personne peut [...] être contrôlée [...] en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi [...] [à] Mayotte, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà* ». Normalement, les étrangers interceptés en mer ou à l'arrivée sur le littoral devraient se voir refuser l'entrée et placer en zone d'attente. Cette procédure est applicable à Mayotte, mais les étrangers n'y bénéficient pas du droit au jour franc<sup>457</sup>. Or, comme le souligne l'Anafé, « *l'absence de jour franc favorise les refoulements expéditifs et fragilise les droits des étrangers, les empêchant de contacter toute personne de leur choix, de produire des documents manquants, de désigner un avocat, etc.* »<sup>458</sup>. En pratique, le refus d'entrée n'est toutefois pas utilisé : « *Pour les autorités, les personnes arrivant à Mayotte à bord de kwassas ne relèvent pas de la zone d'attente. Elles sont débarquées, interpellées pour contrôle d'identité (considérées comme étant entrées sur le territoire français), placées en rétention pour situation irrégulière puis renvoyées avec une [obligation de quitter le territoire français]. Les refus d'entrée formellement enregistrés sont donc très peu nombreux à Mayotte (57 en 2015 selon la PAF). Les maintenus en zone d'attente sont principalement des personnes contrôlées à l'aéroport qui ne repartent pas directement ou des personnes arrivant de Madagascar au port avec un bateau de voyageurs* »<sup>459</sup>. Selon l'Anafé, cette « *confusion des régimes applicables en centre de rétention administrative (CRA) et en zone d'attente (ZA) permet à l'administration d'avoir recours au système le moins protecteur des deux et le plus attentatoire aux droits des personnes privées de liberté. La confusion des régimes permet*

<sup>455</sup> Jean-Pierre Sueur, Christian Cointat et Félix Desplan, « Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) à la suite d'une mission effectuée à Mayotte du 11 au 15 mars 2012 », n° 675, 18 juillet 2012, p. 76.

<sup>456</sup> Antoine Math, « Mayotte, terre d'émigration massive », *Plein Droit*, n° 96, 2003, pp. 31-34.

<sup>457</sup> Article L. 213-2 du Cesda.

<sup>458</sup> Anafé, *op. cit.*, p. 20.

<sup>459</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

*d'appliquer aux personnes arrivant par kwassas la procédure la moins protectrice afin de faciliter le renvoi. Par exemple, un mineur doit être accompagné par un administrateur ad hoc tout au long de la procédure en zone d'attente mais pas en rétention* ». La confusion est renforcée par le fait que l'ordonnance de 2014 instaure une dérogation pour cinq ans au principe posé par le dernier alinéa de l'article L. 221-2 du Ceseda, selon lequel « *[s]ont matériellement distincts et séparés les locaux qui ne relèvent pas de l'administration pénitentiaire et qui sont soit des zones d'attente, soit des zones de rétention* ». L'article L. 221-2-1 prévoit ainsi pour Mayotte que les personnes maintenues et retenues puissent être enfermées dans les mêmes locaux, tout en maintenant la distinction entre les deux régimes et les dispositions applicables aux maintenus d'une part (livre II) et aux retenus d'autre part (livre III).

Quoi qu'il en soit, c'est en pratique l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) et la rétention administrative qui sont privilégiées. Les chiffres de l'éloignement et de la rétention méritent ici d'être soulignés, pour saisir les enjeux. En 2016, 22 677 personnes ont été éloignées, en 19 heures en moyenne. 19 753 personnes ont été placées en rétention (265 en local de rétention administrative), dont 4 325 enfants (contre 182 en métropole)<sup>460</sup>. Les conditions matérielles de rétention sont dénoncées depuis longtemps par des acteurs associatifs et institutionnels comme étant particulièrement indignes<sup>461</sup>. Dans ce contexte, le rôle du juge des libertés et de la détention (JLD), bien que fortement limité au regard des délais moyens de renvoi très brefs, est crucial. Or, alors que la loi du 7 mars 2016 avait ramené à 48 heures le délai d'intervention du JLD, l'article 31 de la loi du 28 février 2017 relative à l'égalité réelle<sup>462</sup> a réintroduit la présentation de l'étranger devant le JLD à 5 jours, sous prétexte d'un contexte migratoire particulier et de l'engorgement des juridictions. L'écrasante majorité des retenus ne sont donc pas présentés au JLD puisqu'ils ont été éloignés bien avant ce délai de 5 jours. La question de l'accès au juge se pose aussi dans le cadre du contentieux de l'éloignement. Une procédure dérogatoire existe en outre-mer et permet d'exécuter d'office une OQTF sans délai de départ volontaire, ce qui pose l'évidente question de l'effectivité du recours au regard de l'article 13 de la Convention européenne des droits de

<sup>460</sup> Assfam, Forum Réfugiés, France Terre d'Asile, La Cimade, Ordre de Malte France et Solidarité Mayotte, « Centres et locaux de rétention administrative. Rapport 2016 », juin 2017, <http://www.lacimade.org/publication/rapport-2016-sur-les-centres-et-locaux-de-retention-administrative/>.

<sup>461</sup> Anafé, *op. cit.*, p. 18.

<sup>462</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique.

l'homme<sup>463</sup>. La loi du 7 mars 2016 a introduit une légère amélioration en donnant un effet suspensif au référé-liberté introduit par l'étranger visé par une telle mesure d'éloignement<sup>464</sup>. Toutefois, l'effectivité d'un tel recours demeure toute relative si l'on considère qu'il faut que l'étranger parvienne en très peu de temps à saisir le juge pour réussir à faire suspendre l'exécution de l'OQTF par laquelle il est visé.

Enfin, la situation des mineurs à Mayotte est particulièrement alarmante, notamment au regard des milliers d'enfants retenus chaque année. Tout aussi préoccupant est leur éloignement vers les Comores, alors qu'ils sont souvent isolés. La pratique courante et de longue date de l'administration consiste alors à rattacher arbitrairement l'enfant à un adulte présent à bord du même *kwassa*, afin de pouvoir procéder à l'éloignement vers les Comores. Bien qu'illégal, cette pratique perdure<sup>465</sup>. Le juge administratif a semblé davantage prêt à condamner ces pratiques plus récemment<sup>466</sup>, même si son intervention s'avère insuffisante<sup>467</sup>. Il semblerait que le JLD ait été plus enclin à intervenir, y compris en sanctionnant le placement en rétention lorsque le lien avec l'adulte rattachant n'est pas établi<sup>468</sup>.

## ***Section 2 - Les contrôles aux frontières intérieures***

L'espace Schengen est censé constituer un espace de libre circulation. L'article 2 de la CAAS adoptée en 1990 prévoyait ainsi que « *les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué* ». Sur le fondement de l'article 67 du TFUE<sup>469</sup>, l'article 22 du code frontières Schengen, qui a développé l'acquis Schengen, a repris le principe : « *Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité* ». Toutefois, le principe de libre circulation est loin d'être absolu. Tout d'abord,

---

<sup>463</sup> CEDH, GC, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07.

<sup>464</sup> Article L. 514-1 du *Ceseda*.

<sup>465</sup> Anafé, op. cit., pp. 27-28.

<sup>466</sup> CE, 9 janvier 2015, n° 386865 : « *l'autorité administrative doit s'attacher à vérifier, dans la mesure du possible, l'identité d'un mineur placé en rétention et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement forcé par voie de conséquence de celle ordonnée à l'encontre de la personne qu'il accompagne, la nature exacte des liens qu'il entretient avec cette dernière ainsi que sa prise en charge dans le lieu de destination* ».

<sup>467</sup> Camille Escuillié, « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 27 février 2015.

<sup>468</sup> Assfam, Forum Réfugiés, France Terre d'Asile, La Cimade, Ordre de Malte France et Solidarité Mayotte, op. cit., p. 65.

<sup>469</sup> Celui-ci dispose 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 États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers* ».

les conditions d'entrée requises pour se rendre dans un autre Etat membre ne sont pas supprimées et continuent à s'appliquer pour les ressortissants de pays tiers, y compris ceux exemptés de visa et titulaires d'un titre de séjour<sup>470</sup>. Ensuite, le code frontières Schengen – et avant lui, la CAAS – permet aux Etats membres d'effectuer des contrôles d'identité dans les zones frontalières (I.) et, sous certaines circonstances, de rétablir des contrôles aux frontières intérieures (II.). Ces deux possibilités, qui ne sont pas toujours évidentes à distinguer l'une de l'autre, ont été largement mobilisées dans le contexte de la « crise migratoire » à partir de 2015, pour « nasser » les pays de première arrivée et éviter par tous moyens d'accueillir les nouveaux arrivants.

## **I. Les contrôles d'identité « Schengen »**

La CAAS admettait déjà des exceptions au principe de libre circulation, dont la possibilité pour les Etats membres d'effectuer des vérifications d'identité à l'intérieur du territoire. L'article 2 de la convention prévoyait entre autres que « [l]a suppression du contrôle des personnes aux frontières intérieures ne porte atteinte ni aux dispositions de l'article 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 ». Le principe a été maintenu par le code frontières Schengen, dont l'article 23, a) dispose que « l'absence de contrôle aux frontières intérieures ne porte pas atteinte [...] à l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes de l'Etat en vertu du droit national, dans la mesure où l'exercice de ces compétences n'a pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières ». La disposition ajoute que « cela s'applique également dans les zones frontalières ». Les mesures de police autorisées sont en particulier celles qui « n'ont pas pour objectif le contrôle aux frontières », celles « fondées sur des informations générales et l'expérience des services de police relatives à d'éventuelles menaces pour la sécurité publique et visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontalière », celles « conçues et exécutées d'une manière clairement distincte des vérifications systématiques effectuées sur les personnes aux frontières extérieures » et celles « réalisées sur la base de vérifications réalisées à l'improviste ». L'article 23, c) du même code précise aussi que les

---

<sup>470</sup> Article 19 à 22 de la CAAS.

Etats membres peuvent « *prévoir dans [leur] droit national l'obligation de détention et de port de titres et de documents* ».

En 2010, la CJUE a admis qu'une législation nationale puisse prévoir des vérifications d'identité spécifiquement dans des zones frontalières, mais a précisé que les Etats membres doivent encadrer cette compétence afin de garantir que « *l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* ». La législation doit ainsi prévoir des précisions et des limitations de la compétence, notamment concernant l'intensité et la fréquence des contrôles<sup>471</sup>. La législation française en cause a été modifiée en conséquence, entre autres avec une durée limite de contrôle de six heures<sup>472</sup>. En 2012, la CJUE a précisé que les vérifications d'identité dans les zones frontalières peuvent avoir pour objectif la lutte contre le séjour irrégulier « *lorsque lesdits contrôles sont fondés sur des informations générales et l'expérience en matière de séjour illégal de personnes sur les lieux des contrôles* » et lorsqu'ils restent limités dans leur intensité et leur fréquence<sup>473</sup>. Sur le fondement de cette jurisprudence, les Pays-Bas ont amendé leur législation en 2014 pour intensifier la fréquence et la durée des contrôles mobiles dans les zones frontalières<sup>474</sup>. Une nouvelle règle a également été introduite en droit néerlandais, selon laquelle il est possible pour les autorités d'intensifier temporairement les contrôles aux frontières intérieures terrestres, maritimes et aériennes face à « *une augmentation soudaine ou attendue des franchissements irréguliers aux frontières* ». Cette possibilité a été utilisée en septembre 2015, quand le gouvernement a estimé nécessaire, dans un contexte d'augmentation des arrivées de réfugiés, d'intensifier les contrôles afin d'« *empêcher les trafiquants de personnes d'abuser de la position vulnérable des demandeurs d'asile* ». Il est significatif de noter que, dans ces conditions, les Pays-Bas n'avaient aucune obligation de notifier la Commission européenne et les autres Etats membres des mesures prises, comme c'est normalement le cas lorsqu'un Etat rétablit les contrôles aux frontières intérieures.

La frontière semble fine entre contrôles d'identité intensifiés dans les zones frontalières et rétablissement des contrôles aux frontières intérieures. Cela est d'autant plus vrai que la CJUE

<sup>471</sup> CJUE, GC, 22 juin 2010, *Melki et Abedli*, C-188/10 et C-189/10.

<sup>472</sup> Article 69 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

<sup>473</sup> CJUE, 19 juillet 2012, *Adil*, C-278/12 PPU.

<sup>474</sup> Evelien Brouwer, « Migration flows and the reintroduction of internal border controls: assessing necessity and proportionality », *EU Migration Law Blog*, 12 novembre 2015, <http://eumigrationlawblog.eu/migration-flows-and-the-reintroduction-of-internal-border-controls-assessing-necessity-and-proportionality/>.

a admis en 2017, toujours sous réserve que la législation nationale encadre l'intensité et la fréquence des contrôles, que les vérifications d'identité dans les zones frontalières puissent poursuivre la finalité de « *prévenir ou faire cesser l'entrée ou le séjour illégaux* »<sup>475</sup>. Dans la même affaire, la Cour estime également que n'est pas contraire au droit de l'UE « *une réglementation nationale [...] qui permet aux services de police de l'État membre concerné d'effectuer, à bord des trains et dans l'enceinte des installations ferroviaires de cet État membre, des contrôles de l'identité ou des documents de franchissement de frontière de toute personne, ainsi que d'arrêter brièvement et d'interroger toute personne à cette fin, lorsque ces contrôles sont fondés sur des informations matérielles ou l'expérience de la police frontalière, à condition que l'exercice desdits contrôles soit soumis en droit national à des précisions et à des limitations déterminant l'intensité, la fréquence et la sélectivité de ces mêmes contrôles, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* ».

En France, le législateur envisage de modifier l'article 78-2 du code de procédure pénale afin d'élargir la durée et le périmètre des zones des vérifications d'identité à proximité des frontières intérieures. L'article 10 du projet de loi n° 587 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme déposé par le gouvernement le 22 juin 2017 et adopté par le Sénat le 18 juillet 2017 prévoit ainsi une durée maximale de contrôle de douze heures et une extension des lieux de contrôles aux « *abords des gares* » ouvertes au trafic international ainsi que dans les zones comprises dans un rayon de 20 kilomètres autour des points de passage frontaliers. Ce changement est justifié à l'exposé des motifs par la nécessité de « *mieux contrôler l'immigration et prévenir les actes de terrorisme* ».

## **II. Le rétablissement des contrôles frontaliers**

Dans le contexte de la « *crise migratoire* », plusieurs Etats membres ont décidé de rétablir les contrôles aux frontières intérieures (A.). En France, le rétablissement des contrôles a été formalisé en novembre 2015, même si des contrôles discriminatoires étaient déjà pratiqués depuis un certain temps à certaines frontières intérieures (B.).

---

<sup>475</sup> CJUE, 21 juin 2017, A., C-9/16.



## A. Un dispositif d'urgence face à la « crise migratoire »

Après une mini-crise entre l'Italie et la France en 2011, la faculté de rétablir les contrôles aux frontières intérieures a été renforcée (1.). En 2015-2016, celle-ci a été pleinement mobilisée par les Etats pour éviter d'accueillir les réfugiés arrivés dans le Sud de l'Europe (2.).

### 1. Une faculté renforcée après la « crise franco-italienne » de 2011

L'article 2 paragraphe 2 de la CAAS prévoyait déjà que « *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* ». En 2006, le code frontières Schengen<sup>476</sup> a maintenu et précisé cette possibilité, notamment en son article 23 : « *En cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, un État membre peut exceptionnellement réintroduire le contrôle à ses frontières intérieures durant une période limitée d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à trente jours, conformément à la procédure prévue à l'article 24 ou, en cas d'urgence, conformément à la procédure prévue à l'article 25. L'étendue et la durée de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour répondre à la menace grave* ». Le dispositif est prévu en cas d'événements prévisibles (article 24) et dans les « *cas nécessitant une action urgente* » (article 25). Le rétablissement des contrôles peut exceptionnellement être prolongé (article 26). En pratique, ces dispositions s'appliquaient surtout aux événements sportifs ou culturels et aux sommets de responsables politiques.

En avril 2011, dans le contexte des révolutions du « *printemps arabe* », plusieurs dizaines de milliers de réfugiés sont arrivés en Italie depuis l'Afrique du Nord. Les autorités italiennes ont octroyé aux Tunisiens nouvellement arrivés des permis de résidence temporaires pour raison humanitaire, lesquels permettaient à leurs titulaires de se déplacer librement au sein de

---

<sup>476</sup> 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).

l'espace Schengen. Un certain nombre de personnes ont alors tenté de rejoindre la France, qui a rétabli les contrôles à la frontière franco-italienne, arguant de ce que les personnes concernées ne remplissaient pas les conditions d'entrée et devaient par conséquent être réadmissibles par l'Italie, sur le fondement de l'accord franco-italien de Chambéry signé en 1997. Cette mini-crise entre la France et l'Italie a amené la Commission à proposer une modification du code frontières Schengen, qui a finalement été adoptée en 2013<sup>477</sup>. Ce texte comporte plusieurs modifications. Un nouvel article (23 bis) vient préciser les critères de la réintroduction des contrôles, qui ne peut intervenir qu'« *en dernier recours* ». L'article 23 est modifié pour limiter la durée maximale du rétablissement des contrôles à six mois. Les Etats doivent évaluer à chaque nouvelle décision la nécessité et la proportionnalité de la mesure envisagée au regard de la menace à l'ordre public et à la sécurité intérieure. Par ailleurs, l'article 26 ouvre un nouveau cas de rétablissement des contrôles « *[d]ans des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures du fait de manquements graves persistants liés au contrôle aux frontières extérieures* ». Les contrôles peuvent alors être réintroduits pour une durée initiale de six mois et prolongés trois fois « *si les circonstances exceptionnelles persistent* », pour une durée maximale de deux ans. Cette procédure s'applique sur recommandation du Conseil, qui se fonde sur la Commission. Les Etats membres peuvent eux-mêmes demander à la Commission de présenter une proposition de recommandation au Conseil.

## 2. Une faculté explorée face à la « crise migratoire » de 2015

Aux termes du point 5 du préambule du règlement adopté en 2013, « *[l]a migration et le franchissement des frontières extérieures par un grand nombre de ressortissants de pays tiers ne devraient pas être considérés, en soi, comme une menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure* ». La suite des événements a démenti cette affirmation. En effet, les arrivées importantes à partir de 2015 ont motivé l'entière mobilisation des dispositions du code frontières Schengen en matière de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures. Après un premier élan de solidarité et une annonce de l'Allemagne qu'elle n'appliquerait plus le règlement Dublin aux demandeurs d'asile syriens, l'Allemagne et l'Autriche ont finalement notifié à la Commission européenne le rétablissement de contrôles à leurs frontières

<sup>477</sup> Règlement (UE) n° 1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles.

intérieures les 13 et 16 septembre 2015. Cette première décision s'est fondée sur l'actuel article 28 du code frontières Schengen (ancien article 26), qui régit les « *cas nécessitant une action urgente* » dans lesquels les Etats membres peuvent rétablir des contrôles pour une durée maximale de deux mois. D'autres Etats ont suivi cette même démarche : la Suède le 12 novembre 2015, la Norvège le 26 novembre 2015 et le Danemark le 4 janvier 2016. Concernant le cas de l'Allemagne notamment, la Commission européenne a publié un avis dans lequel elle a estimé que la décision était « *motivée par une menace grave pour la sécurité intérieure et l'ordre public imputable à l'afflux exceptionnel de personnes en quête d'une protection internationale franchissant les frontières de l'Allemagne de manière spontanée, souvent sans disposer des documents nécessaires et/ou sans avoir été dûment enregistrées dans Eurodac à leur première arrivée sur le territoire de l'UE* »<sup>478</sup>. Tout en relevant que l'Allemagne n'apportait pas de preuves tangibles des « *risques liés à la criminalité organisée et aux menaces terroristes* » qu'elle invoquait, la Commission a retenu l'argument.

Une fois le délai de deux mois expiré, les cinq pays concernés n'ont eu d'autre choix, pour ne pas lever le rétablissement des contrôles, de se prévaloir des articles 25 à 27 du code frontières Schengen (ancien article 24), qui autorisent la réintroduction des contrôles en ce qui concerne les « *événements prévisibles* ». Suite à la période maximale autorisée de six mois, le 12 mai 2016, le Conseil a adopté une décision d'exécution<sup>479</sup> autorisant les cinq Etats membres à se prévaloir de l'article 29 du code frontières Schengen, c'est-à-dire de la nouvelle procédure prévue par le règlement adopté en 2013 pour les cas où des « *des circonstances exceptionnelles mettent en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures du fait de manquements graves persistants liés au contrôle aux frontières extérieures* ». Ces circonstances sont en l'espèce considérées comme réunies par le Conseil, au vu des « *importants mouvements secondaires* » liés à la persistance de « *manquements* » aux frontières extérieures de la Grèce. Des considérations similaires ont

---

<sup>478</sup> Avis de la Commission du 23 octobre 2015 sur la nécessité et la proportionnalité du contrôle aux frontières intérieures réintroduit par l'Allemagne et l'Autriche en application de l'article 24, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 562/2006 (code frontières Schengen).

<sup>479</sup> Décision d'exécution (UE) 2016/894 du Conseil du 12 mai 2016 arrêtant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen.

motivé la prolongation du rétablissement des contrôles en novembre 2016<sup>480</sup>, février 2017<sup>481</sup> et mai 2017<sup>482</sup>. Finalement, toutes les possibilités d'empêcher les nouveaux arrivants d'atteindre l'Europe de l'Ouest auront donc été explorées, avec la bienveillance de la Commission européenne et du Conseil et malgré des dispositions plutôt exigeantes qui auraient pu être interprétées plus strictement.

## **B. Le cas particulier de la France**

La France a elle aussi rétabli des contrôles aux frontières intérieures en 2015, mais sur un fondement différent. Dans un premier temps, des contrôles ont été rétablis à partir du 13 novembre dans le contexte de l'accueil de la COP 21 à Paris, sur le fondement des articles 25 à 27 du code frontières Schengen. Suite aux attentats, le rétablissement des contrôles a été maintenu et prolongé sur le fondement des mêmes dispositions en novembre 2015, février 2016, mai 2016, juillet 2016, janvier 2017 et juillet 2017, à chaque nouvelle prolongation de l'état d'urgence. Les autorités françaises avancent comme principale justification la « *menace terroriste persistante* », mais ont aussi invoqué l'organisation estivale de l'Euro 2016 et du Tour de France. Le rétablissement des contrôles a eu des conséquences importantes aux frontières aussi bien aériennes que terrestres. En effet, l'article 32 du code frontières Schengen prévoit que les dispositions du même code relatives au franchissement des frontières extérieures s'appliquent aux frontières intérieures en cas de rétablissement des contrôles. Ainsi, on trouve depuis fin 2015 de nouveaux profils d'étrangers maintenus en zone d'attente, en provenance d'autres Etats membres de l'espace Schengen<sup>483</sup>. Certains sont touristes voyageant à l'intérieur de l'Europe, d'autres sont titulaires de cartes de séjour d'autres Etats membres, d'autres encore sont détenteurs en France d'une autorisation provisoire de séjour ou d'un récépissé de première demande de titre de séjour et se voient

---

<sup>480</sup> Décision d'exécution (UE) 2016/1989 du Conseil du 11 novembre 2016 arrêtant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen.

<sup>481</sup> Décision d'exécution (UE) 2017/246 du Conseil du 7 février 2017 arrêtant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen.

<sup>482</sup> Décision d'exécution (UE) 2017/818 du Conseil du 11 mai 2017 arrêtant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen.

<sup>483</sup> Anafé, « Note d'analyse : Rétablissement des contrôles aux frontières internes et état d'urgence – Conséquences en zone d'attente », mai 2017, <http://www.anafe.org/spip.php?article412>.

exiger un visa de retour. De manière générale, on constate une insécurité juridique importante pour les passagers en provenance de l'espace Schengen.

Le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures a également un impact aux frontières terrestres, en particulier au niveau de la frontière franco-italienne, théâtre de violations des droits fondamentaux des étrangers de longue date. Ici, l'administration n'avait pas attendu l'état d'urgence pour verrouiller le passage. En 2011, l'Anafé et le Gisti dénonçaient déjà la multiplication des contrôles d'identité discriminatoires et permanents<sup>484</sup>. Face à l'intensification de ces pratiques en 2015, en particulier au niveau des Alpes-Maritimes, l'Anafé, le Gisti, la Cimade et l'Association des avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE) ont saisi le Conseil d'État en référé-liberté afin de faire cesser les contrôles d'identité contraires aux dispositions du code frontières Schengen (notamment au regard de l'article 20 du code dans sa version de 2006) et portant des atteinte grave à plusieurs libertés fondamentales, en particulier le droit constitutionnel d'asile, la liberté de circulation et le droit de ne pas faire l'objet de discriminations. Le Conseil d'Etat a toutefois estimé qu'« *il ne ressort[ait] ni des pièces des dossiers, ni des informations données au cours de l'audience que ces contrôles, par leur ampleur, leur fréquence et leurs modalités de mise en œuvre, excèderaient manifestement le cadre défini par ces dispositions et procéderaient ainsi d'une décision du ministre de l'intérieur ou d'une autre autorité nationale, de rétablir à la frontière franco-italienne un contrôle permanent et systématique* »<sup>485</sup>. Aucun examen des faits n'apparaît dans la décision pour motiver une telle appréciation. Le juge se borne simplement à relever en amont que « *de nombreux contrôles d'identité ou de titres de séjour ou de circulation sont opérés par les forces de l'ordre, depuis quelques semaines dans le département des Alpes-Maritimes, en raison d'un afflux particulièrement important de migrants de divers pays et provenant d'Italie ; que ces contrôles ont lieu tant à la frontière qu'à l'intérieur du territoire français, dans certaines villes ainsi que dans les trains en provenance d'Italie* », sans en tirer de conséquences particulières. La situation a continué à se détériorer depuis, les contrôles permanents à la frontière se doublant notamment de blocages,

<sup>484</sup> Anafé et Gisti, « L'Europe vacille sous le fantasme de l'invasion tunisienne – Vers une remise en cause du principe de libre-circulation dans l'espace 'Schengen' ? », juin 2011, <http://www.anafe.org/spip.php?article132>.

<sup>485</sup> CE, ord., 29 juin 2015, n° 391192.

de refoulements systématiques et du renvoi de mineurs vers l'Italie en dehors de toute procédure<sup>486</sup>.

Depuis novembre 2015, les autorités françaises ont officiellement rétabli les contrôles aux frontières internes. Des contrôles systématiques sont ainsi pratiqués aux sept points de passage autorisés localisés sur les routes et dans trois gares, dont celle de Menton Garavan. Face à cette situation inquiétante et aux multiples témoignages concordants de violations des droits, l'Anafé et La Cimade ont réalisé une mission exploratoire à la frontière franco-italienne du 15 au 20 mai 2017. Elles ont pu y constater que les locaux de la police aux frontières (PAF) des Alpes-Maritimes, qui se trouvent à Menton pont Saint-Louis, servent au préfet du département de « *zone de rétention provisoire pour personnes non admises* » (selon les déclarations du commandant de la PAF), où les personnes migrantes sont enfermées en dehors de tout cadre légal (aucune zone d'attente officielle n'étant déclarée) avant d'être refoulées en Italie. Selon plusieurs témoignages, une partie de la gare de Menton Garavan sert également de lieu d'enfermement aux autorités. L'Anafé, la Cimade, le Gisti, l'ADDE et le Syndicat des avocats de France (SAF) ont à nouveau déposé une requête en référé-liberté, cette fois-ci auprès du tribunal administratif de Nice, afin de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales à plusieurs libertés fondamentales résultant de la création par le préfet des Alpes-Maritimes d'une « *zone de rétention provisoire* ». Les associations requérantes faisaient notamment valoir une atteinte à la liberté personnelle, puisque ni le cadre de la zone d'attente ni celui de la rétention administrative ne correspondaient à la situation d'enfermement dénoncée. En première instance, le juge n'a fait que très partiellement droit à la requête<sup>487</sup>. En appel, le Conseil d'Etat a considéré que, s'il est vrai que les étrangers se voient refuser l'entrée à la frontière, « *[leur] situation [...] n'entre pas, en tant que telle, dans les prévisions des dispositions du [Ceseda] relatives aux zones d'attente, qui s'appliquent aux personnes qui arrivent en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et peuvent être maintenues dans une zone d'attente [...] pour une période allant jusqu'à quatre jours* »<sup>488</sup>. Alors qu'il reconnaît par-là que la détention est sans fondement, et partant arbitraire puisque la rétention administrative n'est pas davantage applicable, le Conseil d'Etat estime qu'aux fins de vérification aux frontières, les personnes « *puissent être retenues le temps strictement*

<sup>486</sup> Amnesty International, « Des contrôles aux confins du droit : violations des droits humains à la frontière avec l'Italie. Synthèse de mission d'observation », février 2017. Voir aussi TA Nice, ord., 31 mars 2017, n° 1701211.

<sup>487</sup> TA Nice, ord., 8 juin 2017, n° 1702161.

<sup>488</sup> CE, ord., 5 juillet 2017, n° 411575.



*nécessaires à ces opérations ».* En plus d'affirmer que « *l'existence d'un tel dispositif, dans son principe, n'est pas manifestement illégale* », le Conseil d'Etat ajoute que « *s'il appartient aux autorités compétentes de prendre toutes les mesures utiles pour que ce délai soit le plus réduit possible, il convient également de tenir compte, à cet égard, des difficultés que peut engendrer l'afflux soudain d'un nombre inhabituel de personnes en un même lieu et des contraintes qui s'attachent à l'éventuelle remise des intéressés aux autorités de l'Etat frontalier* ». Une détention arbitraire pratiquée en dehors de tout cadre apparaît donc légale au Conseil d'Etat et justifiée par « *l'afflux massif* ».

## **Conclusion : La « crise migratoire », laboratoire de la frontière**

Il ressort de notre analyse que la « crise migratoire » a très largement joué un rôle de laboratoire de la frontière européenne et française. Elle a servi aux responsables politiques d'immense terrain d'expérimentation en matière de politiques migratoires<sup>489</sup>. La rhétorique de la crise<sup>490</sup> a ainsi permis aux institutions européennes et aux autorités des Etats membres de déployer de nouvelles stratégies au sein du dispositif frontalier et de les pérenniser progressivement. Ce processus est toujours en cours, comme en témoigne la volonté récemment exprimée par le président français Emmanuel Macron de mettre en place des « hotspots » en Libye, au Niger et au Tchad<sup>491</sup>. En fait, la pérennisation des dispositifs d'urgence créés sur fond de « crise » est loin de constituer une nouveauté. On pourrait même affirmer qu'il s'agit d'une caractéristique récurrente des mutations contemporaines de la frontière<sup>492</sup>.

De façon notable, aucune réflexion ne semble avoir été menée par les acteurs du dispositif frontalier sur les causes véritables de la « crise » de 2015, et en particulier sur les effets induits par les politiques migratoires elles-mêmes. La mobilité importante des individus à un moment donné et selon certaines modalités paraît être conçue par les acteurs du système comme un phénomène entièrement étanche au droit de l'UE et à celui des Etats membres, s'expliquant plutôt par le « modèle économique des trafiquants » ou le laxisme des pays tiers censés garder les frontières européennes. Pourtant, il y a tout lieu de penser que le système juridique européen, en ne mettant pas en place des voies légales vers l'Europe malgré des données prévisibles sur les arrivées, a généré sa propre crise. De manière générale, on est en droit de se demander si ce n'est pas le système juridique lui-même qui engendre la « crise

---

<sup>489</sup> Nous nous inspirons ici de la réflexion développée dans le rapport suivant : ASGI, « Greece : Europe's laboratory. An Idea for Europe », juin 2017, [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/06/2017\\_An-idea-for-europe-def.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/06/2017_An-idea-for-europe-def.pdf).

<sup>490</sup> Karine Parrot et Louis Imbert, « La 'crise migratoire' fantasmée ou l'échec programmé de la forteresse Europe », *Revue des Juristes de Sciences Po*, automne 2016, pp. 49-62.

<sup>491</sup> France 24, « 'Hotspots' en Libye : l'annonce problématique d'Emmanuel Macron », 27 juillet 2017, <http://www.france24.com/fr/20170727-hotspots-libye-annonce-emmanuel-macron-probleme-ofpra-demandes-asile>.

<sup>492</sup> Voir par exemple Lorenzo Gabrielli, « Récurrence de la crise frontalière : l'exception permanente en Espagne », *Cultures & Conflits*, n° 99-100, automne-hiver 2015, pp. 75-98.

*migratoire* »<sup>493</sup>, construit l'illégalité de l'immigration<sup>494</sup> et fabrique les « *indésirables* »<sup>495</sup> qu'il se donne ensuite pour mission de maintenir à distance par tous moyens.

Si le droit frontalier issu de la dernière « *crise* » ne diffère pas fondamentalement du droit antérieur, les tendances observées depuis les années 1990 se trouvent aujourd'hui exacerbées. La « *crise de l'asile* » des années 2015-2016 semble en effet avoir renforcé l'émergence d'un « *supra infra-droit européen* »<sup>496</sup>, qui échappe dans une certaine mesure aux régimes contemporains de protection des droits fondamentaux.

---

<sup>493</sup> Jaya Ramji-Nogales, « Migration Emergencies », *Hastings Law Journal*, n° 68, pp. 609-655.

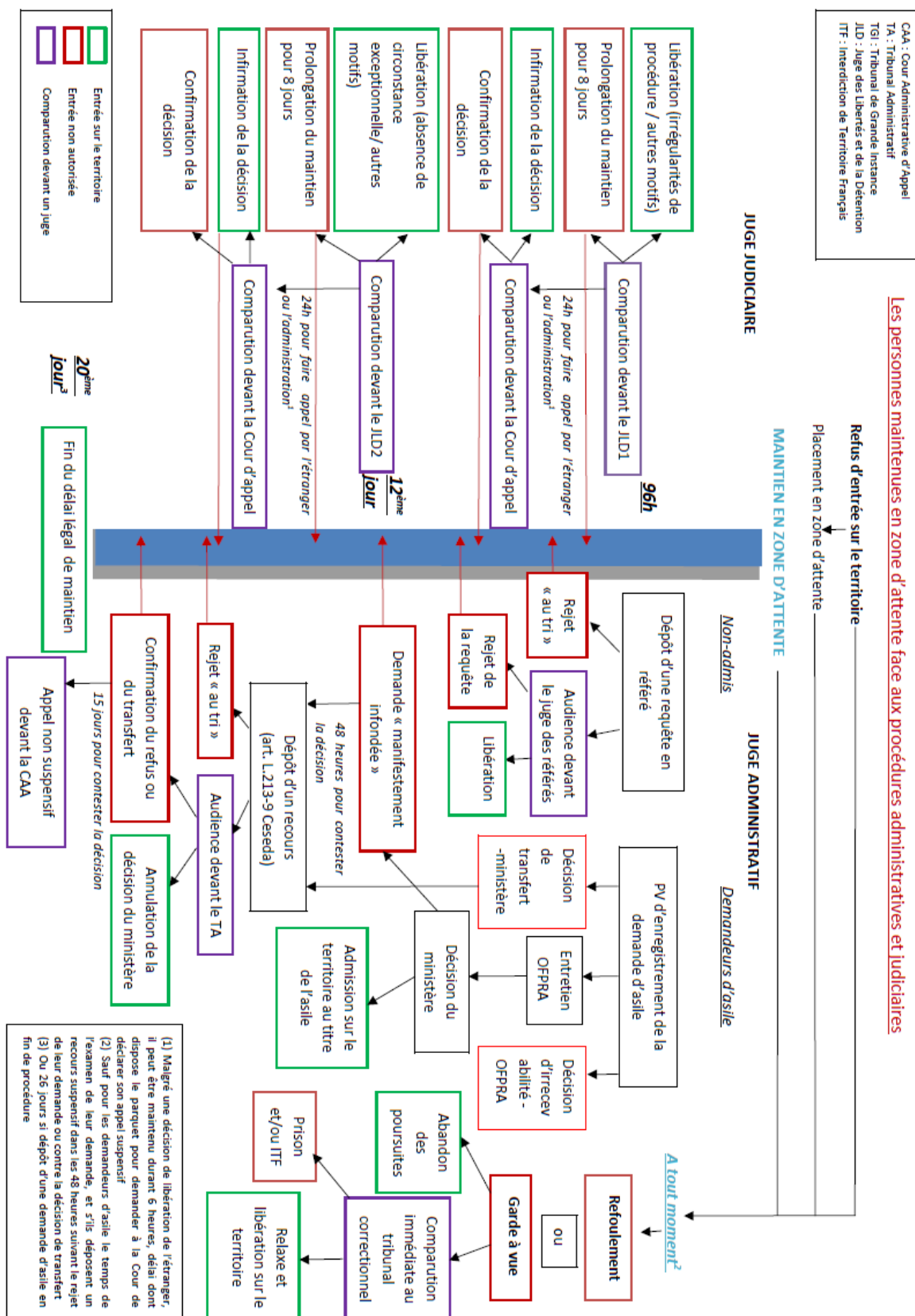
<sup>494</sup> Nicholas de Genova, « Migrant 'Illegality' and Deportability in Everyday Life », *Annual Review of Anthropology*, n° 31, 2002, pp. 419-447.

<sup>495</sup> Andrew Crosby et Andrea Rea, *op. cit.*

<sup>496</sup> Serge Slama « Crise de l'asile : un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ? », *Plein Droit*, n° 111, décembre 2016, pp. 49-56.

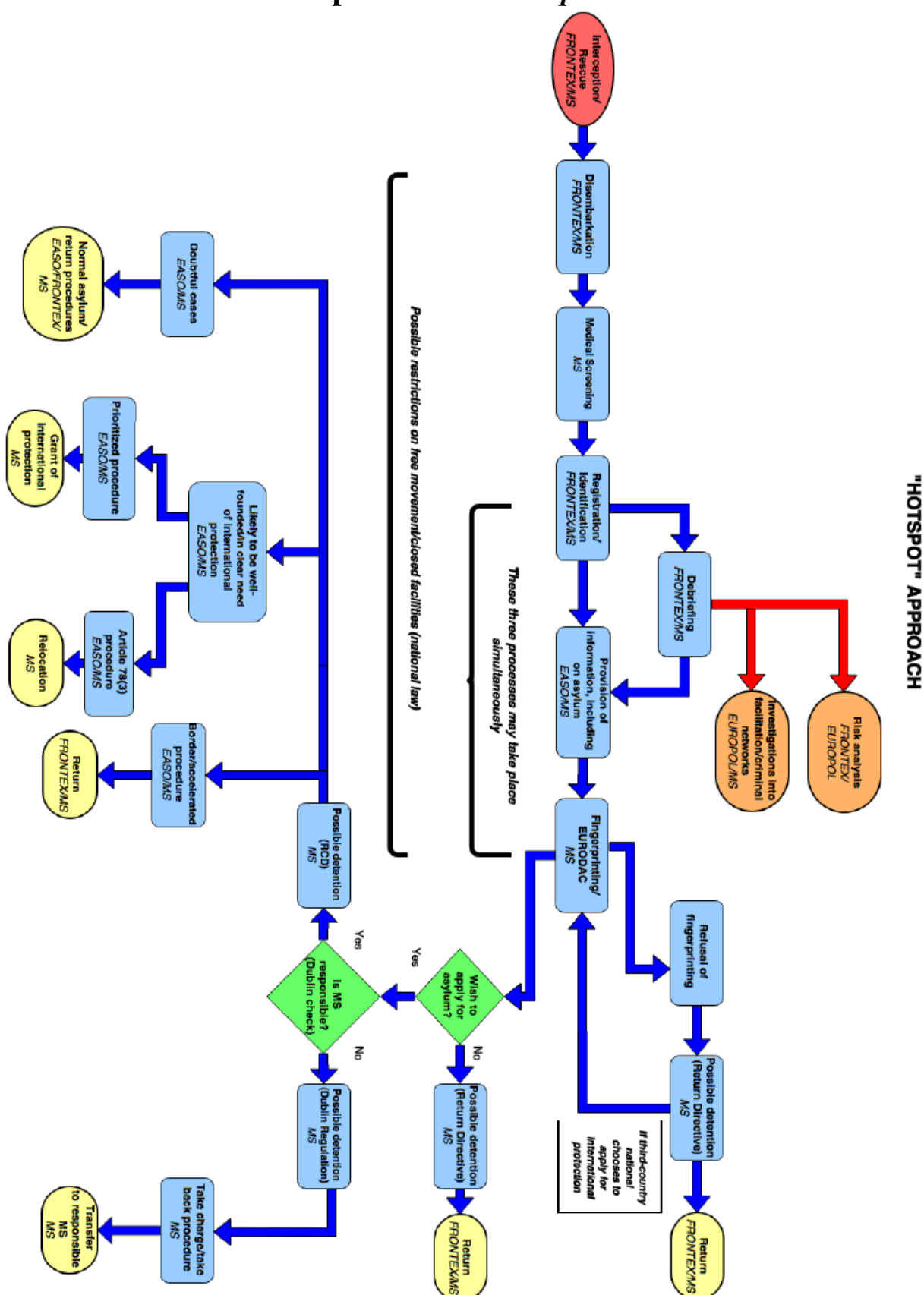
## **Annexes**

## Annexe 1 : Schéma de la procédure en zone d'attente



Source : Anafé.

## Annexe 2 : Schéma de la procédure « hotspot »



Source : note explicative sur l'approche « hotspot » de la Commission européenne du 15 juillet 2017.



## **Références bibliographiques**

### **Dictionnaires juridiques**

Rémy Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2017*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2016, 568 p.

Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2011, 1095 p.

Serge Guinchard et Thierry Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, 24<sup>e</sup> éd., 2016, 1163 p.

Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, 1198 p.

Jean-Marc Sorel, « Frontière », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 2000.

### **Ouvrages**

Anne-Laure Amilhat Szary, *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, PUF, 2015, 164 p.

Wendy Brown, *Walled States, Waning Sovereignty*, MIT Press, 2014, 168 p.

Sergio Carrera, *Implementation of EU Readmission Agreements. Identity Determination and the Blurring of Rights*, Springer, 2016, 93 p.

Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, 266 p.

Cathryn Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2016, 400 p.

Xavier Crettiez et Pierre Piazza (dir.), *Du papier à la biométrie. Identifier les individus*, Presses de Sciences Po, 2006, 332 p.

António Cruz, *Nouveaux contrôleurs d'immigration. Transporteurs menacés de sanctions*, L'Harmattan, 1995, 207 p.

Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980, 645 p.

Jean-Luc Deshayes et Didier Francfort (dir.), *Du barbelé au pointillé : les frontières au regard des sciences humaines et sociales*, Presses Universitaires de Nancy, 2010, 297 p.

Alexander C. Diener et Joshua Hagen, *Borders: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2012, 152 p.

Laurence Dubin (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant, 2012, 392 p.

Didier Fassin (dir.), *Les nouvelles frontières de la société française*, La Découverte, 2012, 608 p.

Étienne Forestier-Peyrat (dir.), *Les frontières mondialisées*, PUF, coll. « La Vie des Idées », 2015, 100 p.

Michel Foucher, *L'obsession des frontières*, Perrin, 2007, 240 p.

Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalization of Migration Control*, Cambridge University Press, 2011, 310 p.

Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2007, 848 p.

Caroline Lantero, *Le droit des réfugiés : entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2010, 618 p.

Olivier Le Cour Grandmaison, Gilles Lhuillier et Jérôme Valluy (dir.), *Le retour des camps ? Sangatte, Lampedusa, Guantanamo*, Autrement, 2007, 210 p.

Danièle Lochak (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2007, 250 p.

Emmanuelle Saulnier-Cassia et Vincent Tchen (dir.) *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, 170 p.

Bertrand Vayssière (dir.), *Penser les frontières européennes au XXIe siècle. Réflexion croisée des sciences sociales*, Peter Lang, *Europe des cultures* n° 13, 2015, 235 p.

## Articles de périodique

Marie-Laure Basilien-Gainche, « Les *boat people* de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016.

Marie-Laure Basilien-Gainche, « Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite », *Revue de l'Union européenne*, n° 609, juin 2017.

Véronique Baudet-Caille, « Les 'contrôleurs d'immigration' », *Plein Droit*, n° 55, décembre 2002, pp. 26-28.

Gérard Beaudu, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 68, hiver 2007.

Gérard Beaudu, « L'externalisation dans le domaine des visas Schengen (actualisation le 1<sup>er</sup> mai 2009) », *Cultures & Conflits*, n° 74, été 2009.

Dennis Broeders, « The New Digital Borders of Europe: EU Databases and the Surveillance of Irregular Migrants », *International Sociology*, vol. 22, n° 1, 2007, pp. 71-92.

Violaine Carrère, « Sangatte et les nasses aux frontières de l'Europe », *Projet*, 2002, n° 272, pp. 88-96.

Sara Casella-Colombeau, « La frontière définie par les policiers », *Plein Droit*, n° 87, décembre 2010, pp. 12-15.

Jean-Pierre Cassarino, « Informalising Readmission Agreements in the EU Neighborhood », *The International Spectator*, vol. 42, n° 2, juin 2007, pp. 179-196.

Ayse Ceyhan, « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration. Vers une gestion électronique des 'personnes à risque' », *Réseaux*, n° 159, 2010, pp. 131-150.

Olivier Clochard, « Le contrôle des flux migratoires aux frontières de l'Union européenne s'oriente vers une disposition de plus en plus réticulaire », *Carnets de géographes*, n° 1, octobre 2010.

Sarah Collinson, « Visa Requirements, Carrier Sanctions, 'Safe Third Countries' and 'Readmission': The Development of an Asylum 'Buffer Zone' in Europe », *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 21, n° 1, 1996, p. 76-90.

Kimberlé Crenshaw, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167.

Kimberlé Crenshaw, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », *Stanford Law Review*, vol. 43, n° 6, juillet 1991, pp. 1241-1299.

Andrew Crosby et Andrea Rea, « La fabrique des indésirables. Pratique de contrôle aux frontières dans un aéroport européen », *Cultures & Conflits*, n° 103-104, automne-hiver 2016.

Paolo Cuttitta, « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures & Conflits*, n° 68, hiver 2007.

Camille Escuillie, « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 27 février 2015.

Nathalie Ferré et Pauline Boutron, « L'Anafé : une lutte au pied des pistes », *Plein Droit*, n° 113, 2017, pp. 32-36.

Melanie Fink, « Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding ‘Technical Relationships’ », *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 28, n° 75, 2012, pp. 20-35.

Marie-Laurence Flahaux et Hein De Haas, « African Migration: Trends, Patterns, Drivers », *Comparative Migration Studies*, vol. 4, n° 1, 2016.

Lorenzo Gabrielli, « Récurrence de la crise frontalière : l’exception permanente en Espagne », *Cultures & Conflits*, n° 99-100, automne-hiver 2015, pp. 75-98.

Nicholas de Genova, « Migrant ‘Illegality’ and Deportability in Everyday Life », *Annual Review of Anthropology*, n° 31, 2002, pp. 419-447.

Nicholas de Genova, « Spectacles of Migrant ‘Illegality’: the Scene of Exclusion, the Obscene of Inclusion », *Ethnic and Racial Studies*, vol. 36, n° 7, p. 1180-1198.

Elsbeth Guild et Didier Bigo, « Le visa Schengen : expression d’une stratégie de police à distance », *Cultures & Conflits*, n° 49, printemps 2003.

Elsbeth Guild et Didier Bigo, « Le visa : instrument de la mise à distance des ‘indésirables’ », *Cultures & Conflits*, n° 49, printemps 2003.

Virginie Guiraudon, « Logiques et pratiques de l’Etat délégateur : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance », *Cultures & Conflits*, n° 45, printemps 2002.

François Julien-Lafferrière, « De l’application des accords de Schengen au statut des zones d’attente : chronique d’une loi annoncée », *AJDA*, 1992, p. 656.

Caroline Lantero, « Consécration du visa de transit aéroportuaire comme instrument de police de mise à distance des demandes d’asile », *Revue des Droits de l’Homme*, Actualités Droits-Libertés, 3 mars 2013.

Antoine Math, « Mayotte, terre d’émigration massive », *Plein Droit*, n° 96, 2003, pp. 31-34.

Frank McNamara, « Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited », *European Journal of Migration and Law*, vol. 15, n° 4, 2013, pp. 319-335.

Violeta Moreno-Lax, « Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers’ Sanctions with EU Member States’ Obligations to Provide International Protection to Refugees », *European Journal of Migration Law*, n° 10, 2008, pp. 315-364.

Noel Parker et Nick Vaughan-Williams, « Lines in the Sand? Toward an Agenda for Critical Border Studies », *Geopolitics*, vol. 14, n° 3, 2009, pp. 582-587.

Karine Parrot et Louis Imbert, « La ‘crise migratoire’ fantasmée ou l’échec programmé de la forteresse Europe », *Revue des Juristes de Sciences Po*, automne 2016, pp. 49-62.

Sylvia Preuss-Laussinotte, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire », *Cultures & Conflits*, n° 64, hiver 2006.

Sylvia Preuss-Laussinotte, « L’élargissement problématique de l’accès aux bases de données européennes en matière de sécurité », *Cultures & Conflits*, n° 74, été 2009, pp. 81-90.

Jaya Ramji-Nogales, « Migration Emergencies », *Hastings Law Journal*, n° 68, pp. 609-655.

Claire Rodier, « Frontex, l’agence tout risque », *Plein Droit*, n° 87, décembre 2010, pp. 8-11.

Claire Saas, « Les refus de délivrance fondés sur une inscription au Système Information Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 50, été 2003.

Serge Slama, « Le droit d’asile dans les limbes de l’accord entre l’Union européenne et la Turquie sur les réfugiés », *Dalloz* 2016, p. 832.

Said Saddiki, « Les clôtures de Ceuta et Melilla : une frontière européenne multidimensionnelle », *Etudes internationales*, vol. 43, n° 1, mars 2012.

John Torpey, « Aller et venir : le monopole étatique des ‘moyens légitimes de circulation’ », *Cultures & Conflits*, n° 31-32, printemps-été 1998.

## Documents institutionnels

### *Nations Unies*

Comité exécutif du HCR, « Interception de demandeurs d’asile et de réfugiés : Le cadre international et les recommandations en vue d’une approche globale », 9 juin 2000, EC/50/SC/CRP.17.

Haut-Commissariat aux Droits de l’Homme des Nations Unies, « Europe/migration: Five-country police agreement exacerbates crisis and puts vulnerable migrants at risk -- Zeid », communiqué de presse du 25 février 2016, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17091&LangID=E>.

HCR, « Global Trends: Forced Displacement in 2016 », 19 juin 2017.

HCR, « Le HCR redéfinit son rôle en Grèce après l’entrée en vigueur de l’accord UE-Turquie », communiqué de presse du 22 mars 2016, <http://www.unhcr.org/fr/news/briefing/2016/3/56f14c5cc/hcr-redefinit-role-grece-apres-lentree-vigueur-laccord-ue-turquie.html>.

## *Union européenne*

### Commission européenne

Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Un agenda européen en matière de migration », 13 mai 2015, COM(2015) 240 final.

Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'investissement relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration », 7 juin 2016, COM (2016) 385 final.

Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité », 6 avril 2016, COM(2016) 205 final.

Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Frontières intelligentes : options et pistes envisageables », 25 octobre 2011, COM(2011) 680 final.

Commission européenne, « Quatrième rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes », 13 juin 2017, COM(2017) 325 final.

Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : Quatorzième rapport sur la relocalisation et la réinstallation », 26 juillet 2017, COM(2017) 405 final.

Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : quatrième rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration », 13 juin 2017, COM(2017) 350 final.

Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : Sixième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », 13 juin 2017, COM(2017) 323 final.

Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes », 25 janvier 2017, COM(2017) 42 final.

Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil : Troisième rapport sur les progrès accomplis par la Turquie dans la mise en œuvre des

exigences de la feuille de route sur la libéralisation du régime des visas », 4 mai 2016, COM(2016) 278 final.

Commission européenne, « Relocalisation: la Commission engage des procédures d'infraction contre la République tchèque, la Hongrie et la Pologne », communiqué de presse, 14 juin 2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1607\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_fr.htm).

### **Contrôleur européen de la protection des données**

CEPD, avis du 7 octobre 2009 sur la 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) no (.../...) (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) et la proposition de décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données Eurodac présentées par les services répressifs des États membres et Europol à des fins répressives (2010/C 92/01).

CEPD, avis du 5 septembre 2012 sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création du système «EURODAC» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° [.../...] [...] (Refonte).

CEPD, avis du 18 juillet 2013 sur les propositions de règlement portant création d'un système d'entrée/sortie (EES) et de règlement portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs (RTP).

CEPD, avis n° 5/2015 du 24 septembre 2015 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière.

CEPD, avis n° 6/2016 du 21 septembre 2016 sur le deuxième train de mesures « Frontières intelligentes » de l'Union européenne.

CEPD, avis n° 7/2016 du 21 septembre 2016 sur le premier paquet de mesures pour une réforme d'asile européen commun (Eurodac, EASO et règlement de Dublin).

CEPD, avis n° 3/2017 du 6 mars 2017 sur la proposition de règlement portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS).

CEPD, avis n° 7/2017 du 2 mai 2017 sur la nouvelle base juridique du système d'information Schengen.



## **Autres**

Paula García Andrade et Iván Martín, « EU cooperation with third countries in the field of migration », étude pour la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, octobre 2015, PE 536.469.

Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO), « Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2016 », 2017.

Elsbeth Guild, Cathryn Costello et Violeta Moreno-Lax, « Implementation of the 2015 Council Decisions establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece », étude pour la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, mars 2017, PE 583.132.

Ulla Iben Jensen, « Humanitarian visas : option or obligation ? », étude pour la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, septembre 2014, PE 509.986.

Médiateur européenne, « Rapport spécial de la Médiatrice européenne dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex », 7 novembre 2013, <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/specialreport.faces/fr/52465/html.bookmark>.

Parlement européen, « Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010 », 21 décembre 2016, A8-0392/2016.

Claire Rodier, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », 8 juin 2006, PE 374.366.

Unisys (Marie van de Poelle et al.), « Study on the Feasibility of the Creation of a European System of Border Guards to Control the External Borders of the Union », 16 juin 2014, [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/border-crossing/docs/20141016\\_home\\_esbg\\_frp\\_001\\_esbg\\_final\\_report\\_3\\_00\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/border-crossing/docs/20141016_home_esbg_frp_001_esbg_final_report_3_00_en.pdf).

## ***Conseil de l'Europe***

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1741 (2010), « Les accords de réadmission, un mécanisme de renvoi des migrants en situation irrégulière », 22 juin 2010.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1932 (2013), « Frontex: responsabilités en matière de droits de l'homme », 25 avril 2013.

## ***France***

Éric Besson, « Discours d'Éric Besson lors de la conférence de presse du lundi 13 septembre 2010 : Bilan des 8 premiers mois de l'année 2010 & programme pour les 4 prochains mois », 13 septembre 2010, <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Archives/Les-archives-du-Cabinet-de-M.-Eric-Besson-2009-2010/Les-discours-du-Cabinet-de-M.-Eric-Besson-2009-2010/Septembre-2010/Discours-d-Eric-BESSON-lors-de-la-conference-de-presse-du-lundi-13-septembre-2010>.

CNIL, délibération n° 2009-494 du 17 septembre 2009 portant avis sur le projet de décret modifiant les articles R. 611-10 et R. 611-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans le but de pouvoir confier à des prestataires agréés le recueil des données biométriques des demandeurs de visa.

CNIL, délibération n° 2012-293 du 13 septembre 2012 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application de gestion des dossiers de ressortissants étrangers en France et au traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers sollicitant la délivrance d'un visa.

Ministère de l'Intérieur, « La biométrie et l'externalisation », 10 novembre 2016, <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Immigration/Les-visas/La-biometrie-et-l-externalisation>.

OFPPA, « Rapport d'activité 2016 », avril 2017.

Point de contact français du Réseau européen des Migrations, « Rapport annuel 2016 sur les politiques d'asile et d'immigration », avril 2017, <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/content/download/102769/810983/file/Rapport-politique-du-REM-2016.pdf>.

Jean-Pierre Sueur, Christian Cointat et Félix Desplan, « Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) à la suite d'une mission effectuée à Mayotte du 11 au 15 mars 2012 », n° 675, 18 juillet 2012.

## ***Autres pays***

Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (Belgique), « Statistiques d'asile – Bilan 2015 », 7 janvier 2016, <http://www.cgra.be/fr/actualite/statistiques-dasile-bilan-2015>.

John Eck et al., « Mapping Crime : Understanding Hot Spots », rapport spécial pour le Département américain de la Justice, août 2005, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/209393.pdf>.

House of Lords European Union Committee, « Operation Sophia: A Failed Mission », juillet 2017, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldeucom/5/5.pdf>.

Lords Select Committee on European Union, « Written evidence by Border Control Heathrow/Airline Liaison Officer's Network, Home Office », 4 décembre 2007, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/60/60we04.htm>.

## **Documents associatifs**

### ***Associations internationales***

Amnesty International, « Des contrôles aux confins du droit : violations des droits humains à la frontière avec l'Italie. Synthèse de mission d'observation », février 2017.

Amnesty International, « Hotspot Italy: How EU's Flagship Approach Leads to Violations of Refugees and Migrant Rights », octobre 2016, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/en/%20/>.

Amnesty International, « The Human Cost of Fortress Europe: Human Rights Violations Against Migrants and Refugees at Europe's Borders », 2014, [http://www.amnesty.eu/content/assets/Reports/EUR\\_050012014\\_Fortress\\_Europe\\_complete\\_web\\_EN.pdf](http://www.amnesty.eu/content/assets/Reports/EUR_050012014_Fortress_Europe_complete_web_EN.pdf).

Charlotte Blondel et al., Maybrit Jill Alpes (dir.), « Post-Deportation Risks: Criminalized Departure and Risks for Returnees in Countries of Origin », mai 2015, <http://refugeelegalaidinformation.org/sites/default/files/uploads/1.%20Post-Deportation%20Risks-%20A%20Country%20Catalogue.compressed%20copy%202.pdf>.

Sara Casella-Colombeau, Marie Charles, Olivia Clochard et Claire Rodier, « Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l'homme ? Etude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat », novembre 2010, [http://www.migreurop.org/IMG/pdf/dossier\\_frontex-FR.pdf](http://www.migreurop.org/IMG/pdf/dossier_frontex-FR.pdf).

ECRE et al., « Italy: Strengthening NGO involvement and capacities around EU 'hotspots' developments. Update on the implementation of the hotspots in Greece and Italy », juillet 2017, [http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/update\\_report\\_cir.pdf](http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/update_report_cir.pdf).

ECRE, « New detention centers at the external EU borders », 24 février 2017, <https://www.ecre.org/new-detention-centres-at-the-external-eu-borders/>.

ECRE et al., « The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece. A Study », décembre 2016, <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf>.

FIDH, Migreurop et REMDH, « Frontex. Entre Grèce et Turquie : la frontière du déni », mai 2014, <http://www.migreurop.org/article2512.html?lang=fr>.

Frontexit, « Frontex et la coopération avec les Etats non membres de l'UE. Accords de travail et autre formes de coopération », janvier 2015, <http://www.frontexit.org/fr/docs/71-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-toutcontrôle-démocratique-note-longue/file>.

Human Rights Watch, « Grèce : Des demandeurs d'asile enfermés », avril 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/04/14/grece-des-demandeurs-dasile-enfermes>.

Human Rights Watch, « Grèce : insécurité et insalubrité dans les 'hotspots' pour réfugiés », 19 mai 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/05/19/grece-insecurite-et-insalubrite-dans-les-hotspots-pour-refugies>.

Human Rights Watch, « Pushed Back, Pushed Around: Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum », septembre 2009, [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909webwcover\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909webwcover_0.pdf).

Human Rights Watch, « Serbie : La police fait subir des mauvais traitements à des migrants et à des demandeurs d'asile », 15 avril 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/04/15/serbia-police-abusing-migrants-asylum-seekers>.

Human Rights Watch, « The EU's Dirty Hands: Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece », 21 septembre 2011, <https://www.hrw.org/report/2011/09/21/eus-dirty-hands/frontex-involvement-ill-treatment-migrant-detainees-greece>.

Human Rights Watch, « Turquie : Des gardes-frontières ont tué et blessé des demandeurs d'asile syriens », 10 mai 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/05/10/turquie-des-gardes-frontieres-ont-tue-et-blesse-des-demandeurs-dasile-syriens>.

GADEM, Migreurop, La Cimade et APDHA, « Ceuta & Melilla : centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Europe », décembre 2015.

Migreurop, *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires*, Armand Collin, 2012.

### ***Associations nationales***

Anafé, « Des zones d'attente aux droits : rapport d'observations dans les zones d'attente », novembre 2015, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe\\_-\\_rapport\\_des\\_zones\\_d\\_attente\\_aux\\_droits.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/anafe_-_rapport_des_zones_d_attente_aux_droits.pdf).

Anafé, « La procédure en zone d'attente : guide théorique et pratique », janvier 2013, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide\\_anafe\\_web.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/guide_anafe_web.pdf).

Anafé, « Le dédale de l'asile à la frontière », décembre 2013, <http://www.anafe.org/spip.php?article275>.

Anafé et Gisti, « L'Europe vacille sous le fantasme de l'invasion tunisienne – Vers une remise en cause du principe de libre-circulation dans l'espace 'Schengen' ? », juin 2011, <http://www.anafe.org/spip.php?article132>.

Anafé, « Note d'analyse : Rétablissement des contrôles aux frontières internes et état d'urgence – Conséquences en zone d'attente », mai 2017, <http://www.anafe.org/spip.php?article412>.

Anafé et Gadem, « Privés de liberté en 'zone de transit'. Des aéroports français aux aéroports marocains », juin 2017, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/rapport\\_zammaroc\\_-\\_anafe-gadem\\_complet.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/rapport_zammaroc_-_anafe-gadem_complet.pdf).

Anafé, « Voyage au centre des zones d'attente : rapport d'observations dans les zones d'attente », novembre 2016, <http://www.anafe.org/spip.php?article363>.

Anafé, « 976 : Au-delà des frontières de la légalité. Rapport de mission de l'Anafé à Mayotte et à la Réunion en 2016 », mars 2017, p. 11, <http://www.anafe.org/spip.php?article409>.

ARCI, « Document d'analyse : Les étapes du processus d'externalisation du contrôle des frontières en Afrique, du Sommet de la Valette à aujourd'hui », juin 2016, [http://www.integrationarci.it/wp-content/uploads/2016/06/externalisation\\_docanalyse\\_ARCI\\_FR.pdf](http://www.integrationarci.it/wp-content/uploads/2016/06/externalisation_docanalyse_ARCI_FR.pdf).

ASGI, « Greece : Europe's laboratory. An Idea for Europe », juin 2017, [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/06/2017\\_An-idea-for-europe\\_def.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/06/2017_An-idea-for-europe_def.pdf).

Assfam, Forum Réfugiés, France Terre d'Asile, La Cimade, Ordre de Malte France et Solidarité Mayotte, « Centres et locaux de rétention administrative. Rapport 2016 », juin 2017, <http://www.lacimade.org/publication/rapport-2016-sur-les-centres-et-locaux-de-retention-administrative/>.

Sophie-Anne Bisiaux et Marine Doisy, « Les visas de transit aéroportuaire imposés par la France : état des lieux et enjeux », juillet 2017, [http://www.anafe.org/IMG/pdf/note\\_sur\\_les\\_vta\\_imposes\\_par\\_la\\_france\\_-\\_etat\\_des\\_lieux\\_et\\_enjeux.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/note_sur_les_vta_imposes_par_la_france_-_etat_des_lieux_et_enjeux.pdf).

Gisti, *Externalisation de l'asile et de l'immigration. Après Ceuta et Melilla, les stratégies de l'Union européenne. Actes de la journée du 20 mars 2006*, juin 2006, <http://www.gisti.org/spip.php?article192>.

Gisti, « Régimes d'exception en outre-mer pour les personnes étrangères », juin 2012.

Gisti, « Singularités mahoraises du droit des personnes étrangères. Un droit dérogatoire dans un département d'exception », janvier 2015.

Norwegian Refugee Council et al, « Statement on the Western Balkan Migration Route », communiqué inter-associatif du 3 mars 2016, <https://www.nrc.no/news/2016/march/statement-on-the-western-balkan-migration-route/>.

Observatoire de l'enfermement des étrangers, « Lettre ouverte à l'attention de Mathias Fekl concernant la délocalisation d'une salle d'audience à Roissy », 20 avril 2017, <http://www.anafe.org/spip.php?article411>.

## Articles de blog et de presse

Evelien Brouwer, « Migration flows and the reintroduction of internal border controls: assessing necessity and proportionality », *EU Migration Law Blog*, 12 novembre 2015, <http://eumigrationlawblog.eu/migration-flows-and-the-reintroduction-of-internal-border-controls-assessing-necessity-and-proportionality/>.

Olivier Corten et Marianne Dony, « Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile », *EU Migration Law Blog*, 10 juin 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/>.

Maarten den Heijer et Thomas Spijkerboer, « Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty? », *EU Law Analysis Blog*, 7 avril 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>.

France 24, « 'Hotspots' en Libye : l'annonce problématique d'Emmanuel Macron », 27 juillet 2017, <http://www.france24.com/fr/20170727-hotspots-libye-annonce-emmanuel-macron-probleme-ofpra-demandes-asile>.

Luigi Limone, « EU-Afghanistan 'Joint Way Forward on migration issues': another 'surrealist' EU legal text ? », *European Area of Freedom, Security & Justice* (blog), 11 avril 2017, <https://free-group.eu/2017/04/11/eu-afghanistan-joint-way-forward-on-migration-issues-another-surrealist-eu-legal-text/>.

News Deeply, « EU Border Agency Still Unaccountable on Refugees Rights », 18 novembre 2016, <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2016/11/18/e-u-border-agency-still-unaccountable-on-refugees-rights>.

Barbara Oomen et Ricardo Rodrigues de Oliveira, « Relocation and its Numbers – Which Role for the Courts? », *EU Migration Law Blog*, 31 mai 2017, <http://eumigrationlawblog.eu/relocation-and-its-numbers-which-role-for-the-courts/>.

Nando Sigona, « Seeing Double? How the EU Miscalculates Migrants Arriving at its Borders », *The Conversation*, 16 octobre 2015, <https://theconversation.com/seeing-double-how-the-eu-miscalculates-migrants-arriving-at-its-borders-49242>.

Lilian Tsourdi, « Hotspots and EU Agencies: Towards an integrated European administration? », *EU Migration Law Blog*, 26 janvier 2017, <http://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-eu/>.

Elisabeth Vallet, « Inefficace, coûteux, mortel, l’emmurement du monde se poursuit », *The Conversation*, 6 juillet 2017, <https://theconversation.com/inefficace-couteux-mortel-lemmurement-du-monde-se-poursuit-79476>.

Catharina Ziebritzki, « Chaos in Chios : Legal questions regarding the administrative procedure in the Greek Hotspots », *EU Migration Law Blog*, 26 juillet 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/chaos-in-chios-legal-questions-regarding-the-administrative-procedure-in-the-greek-hotspots/>.



## **Jurisprudence**

### **Cour européenne des droits de l'homme**

CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81

CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, req. n° 25389/05

CEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09

CEDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07

CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09

CEDH, GC, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07

### **Cour de justice et tribunal de l'Union européenne**

CJUE, GC, 22 juin 2010, *Melki et Abedli*, C-188/10 et C-189/10

CJUE, 19 juillet 2012, *Adil*, C-278/12 PPU

CJUE, GC, 26 février 2013, *Åkerberg Franson*, C-617/1

CJUE, GC, 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, C-84/12

CJUE, 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, C-265/13

CJUE, GC, 7 mars 2017, *X et X c. État belge*, C-638/16 PPU

CJUE, 21 juin 2017, *A.*, C-9/16

Tribunal de l'UE, ord., 28 février 2017, *NF, NG et NM c. Conseil européen*, T-192/16, T-193/16 NF et T-257/16

### **Conseil constitutionnel**

CC, décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991

CC, décision n° 92-307 DC du 25 février 1992

CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993

CC, décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003

CC, décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011

CC, décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011

### **Cour de cassation**

Cass., Civ. 2<sup>e</sup>, 15 mars 2001, n° A 00-50.002

## **Conseil d'Etat**

CE, 28 février 1986, n° 41550

CE, 25 juillet 2008, n° 313710-313713

CE, ord., 15 février 2013, n° 365709

CE, ord., 20 mars 2013, n° 366308

CE, 18 juin 2014, n° 366307

CE, 9 janvier 2015, n° 386865

CE, ord., 29 juin 2015, n° 391192

CE, ord., 9 juillet 2015, n° 391392

CE, 22 juillet 2015, n° 381550 et 383034

CE, ord., 5 juillet 2017, n° 411575

## **Cours administratives d'appel et tribunaux administratifs**

CAA Nantes, 17 octobre 2016, n° 16NT01001

TA Mayotte, réf., 8 avril 2014, n° 1400246

TA Nantes, ord., 16 septembre 2014, n° 1407765

TA Nice, ord., 31 mars 2017, n° 1701211

TA Nice, ord., 8 juin 2017, n° 1702161

# **Table des matières**

<b>Liste des abréviations.....</b>	<b>4</b>
<b>Introduction : La frontière contemporaine, au-delà des lignes et des murs .</b>	<b>5</b>
<b>Titre I - Des frontières extraterritoriales aux frontières territoriales .....</b>	<b>15</b>
<i>Chapitre 1 : La frontière immatérielle .....</i>	<i>16</i>
Section 1 - L'interception administrative : le visa .....	16
I. Le régime général des visas .....	17
A. La multiplication des acteurs impliqués .....	17
1. Une compétence partagée entre l'UE et les Etats membres.....	17
2. L'externalisation partielle de la procédure de délivrance des visas .....	19
B. Une frontière catégorielle et personnelle.....	21
1. Un régime catégoriel en perpétuelle évolution .....	21
2. Une frontière personnelle fondée sur la notion de « risque » .....	25
II. La neutralisation du droit d'asile.....	27
A. Le visa de transit aéroportuaire, visa « <i>anti-asile</i> » .....	28
B. Le « <i>visa asile</i> », simple faculté discrétionnaire des Etats membres .....	32
1. L'absence d'obligation en droit constitutionnel français.....	33
2. L'absence d'obligation en droit de l'UE .....	34
Section 2 - L'interception numérique : le fichier .....	38
I. Des fichiers multiples et conséquents .....	40
II. L'accroissement du fichage généralisé .....	46
<i>Chapitre 2 : La frontière matérielle .....</i>	<i>51</i>
Section 1 - L'interception externalisée : délocalisation, sous-traitance et privatisation ..	51
I. Les contrôles étatiques .....	52
A. Le déploiement des officiers de liaison européens.....	52
1. Des missions variées : du recueil d'informations au contrôle des passagers .....	52
2. L'absence de cadre assurant la protection effective des droits fondamentaux .....	57
B. La coopération non conventionnelle avec les pays tiers.....	60
II. Les contrôles privés.....	69
Section 2 - L'interception physique : le cas épineux de l'agence Frontex.....	71
I. La montée en puissance de Frontex .....	72
A. Frontex, agence de « <i>gestion de la coopération opérationnelle</i> » .....	72
1. Le contrôle et la prévention des risques.....	74
2. Les interventions aux frontières.....	76
B. Des prérogatives toujours plus importantes malgré des atteintes aux droits .....	77

II.	La responsabilité limitée de Frontex .....	79
A.	L'impossible mise en cause de l'agence elle-même.....	80
B.	La faible portée du contrôle interne.....	83
1.	Des instances internes essentiellement consultatives et non indépendantes .....	83
2.	Des mécanismes peu contraignants .....	85
<b>Titre II -</b>	<b>Des frontières territoriales aux frontières intraterritoriales .....</b>	<b>88</b>
<i>Chapitre 1 : La frontière-camp</i> .....		89
Section 1 - L'enfermement administratif aux frontières françaises .....		89
I.	Les contrôles aux frontières extérieures .....	90
II.	Le maintien en zone d'attente .....	91
A.	Genèse et extension du régime .....	92
B.	Des « zones d'atteinte aux droits » ? .....	93
1.	Un contrôle juridictionnel limité .....	94
2.	Le filtre de la procédure d'asile à la frontière .....	96
Section 2 - Le « hotspot », nouvelle frontière de l'Union.....		98
I.	Un dispositif <i>ad hoc</i> face à la « crise migratoire » .....	98
II.	Un dispositif pérennisé d'« appui à la gestion des flux migratoires » .....	105
<i>Chapitre 2 : La frontière-nasse</i> .....		108
Section 1 - Les exceptions ultramarines : l'exemple de Mayotte.....		108
I.	Un territoire juridiquement isolé .....	108
II.	Un droit dérogatoire aux frontières mahoraises .....	111
Section 2 - Les contrôles aux frontières intérieures .....		113
I.	Les contrôles d'identité « Schengen » .....	114
II.	Le rétablissement des contrôles frontaliers .....	116
A.	Un dispositif d'urgence face à la « crise migratoire » .....	117
1.	Une faculté renforcée après la « crise franco-italienne » de 2011 .....	117
2.	Une faculté explorée face à la « crise migratoire » de 2015 .....	118
B.	Le cas particulier de la France .....	120
<b>Conclusion : La « crise migratoire », laboratoire de la frontière .....</b>		<b>124</b>
<b>Annexes.....</b>		<b>126</b>
<i>Annexe 1 : Schéma de la procédure en zone d'attente</i> .....		127
<i>Annexe 2 : Schéma de la procédure « hotspot »</i> .....		128
<b>Références bibliographiques .....</b>		<b>129</b>
<b>Jurisprudence .....</b>		<b>143</b>