

Citation suggérée : Elli MacErid, La Commission, moteur de la construction d'un espace sans contrôle aux frontières intérieures, *Blogdroiteuropeen Working Paper 5/2019*, décembre 2019, Accessible à <https://wp.me/p6OBGR-3x3>

La Commission, moteur de la construction d'un espace sans contrôle aux frontières intérieures, par Elli MacErid, juriste-expert en réglementation transfrontalière

Résumé :

Au sein de l'Union européenne, l'édification d'un espace sans contrôles aux frontières intérieures se poursuit. Toutefois, la mise en place d'une véritable communautarisation des compétences se heurte au bon-vouloir des Etats membres, toujours désireux de garder la main sur le processus d'intégration. Aussi, à côté des réalisations endossées par les partenaires européens, la Commission joue pleinement son rôle de promotrice des intérêts de l'Union. Faisant sienne la philosophie enseignée par les pères fondateurs, elle parvient à impulser une véritable dynamique basée sur l'approfondissement de la coopération et la solidarité entre les Etats membres.

Sommaire :

I. Une communautarisation en construction

A. *En matière de police*

B. *En matière diplomatique*

II. Des réalisations concrètes introduisant le ferment d'une communauté plus large et plus profonde

A. *Réseau des 'EMLO's (European migration liaison officer)'*

B. *Les agents Frontex*

Bien que résolu à établir un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières, et à créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, les États membres mettent un certain allant à freiner la mise en place d'instruments véritablement communautarisés.

Partant de ce constat, la Commission, loin de désespérer, vient pourtant de poser une nouvelle pierre à l'édifice européen, en instituant une véritable force commune, et surtout identifiable comme telle. Renforçant encore un peu plus l'acuité du message délivré par Robert Schuman : « *L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait.* »

I. Une communautarisation en construction

A. En matière de police

L'édification d'une force de police européenne se heurte aux fortes réticences de nombreux pays, qui voient d'un très mauvais œil le fait qu'un étranger – fût-il européen, exerce des pouvoirs d'enquête sur un territoire duquel il ne serait pas ressortissant.

Aussi, c'est bien le principe de « l'égalité souveraine » qui gouverne les modalités de la coopération policière entre les Etats appliquant l'acquis de Schengen : les États doivent coopérer les uns avec les autres, puisque aucun État ne peut légitimement intervenir sur le territoire voisin ou en se substituant à lui sans son consentement¹.

Pour cette raison, la coopération est favorisée (art. 87 TFUE), sans doute au détriment de l'intégration.

Ainsi, l'article 40 de la convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS) institue la possibilité d'une « observation transfrontalière ». Elle permet aux officiers de police d'un pays, dans le cadre d'une enquête judiciaire, de continuer sur le territoire d'un autre pays Schengen la surveillance et la filature d'une personne présumée avoir commis des faits d'une certaine gravité ou d'une personne à l'égard de laquelle il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle peut conduire à l'identification ou à la localisation de la personne susmentionnée. Cette possibilité est cependant très encadrée.

L'observation est en effet soumise, sauf urgence, à l'autorisation préalable de l'État sur le territoire duquel elle s'effectue, sur la base d'une demande d'entraide judiciaire. Si l'autorisation préalable de l'État concerné n'a pu être obtenue en raison de l'urgence, l'observation doit prendre fin dès que l'État sur le territoire duquel se déroule l'observation le demande et au plus tard cinq heures après le franchissement de la frontière, et n'est possible que si les faits visés figurent sur une liste limitative d'infractions graves.

Les agents observateurs doivent obtempérer aux injonctions des autorités localement compétentes et ne peuvent se servir de leur arme de service qu'en cas de légitime défense. Surtout, l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public leur est interdite, et ils ne peuvent ni interpellier ni arrêter la personne observée.

L'article 41 de la CAAS institue quant à lui un « droit de poursuite », qui autorise les officiers de police d'un Etat signataire, sans autorisation préalable, à poursuivre un individu sur le territoire d'un autre Etat Schengen en cas de flagrant délit ou d'évasion. Il est également très encadré. Chaque Etat partie peut en effet faire une déclaration excluant tout droit d'interpellation pour les agents poursuivants, limitant les poursuites dans l'espace ou dans le temps, ou encore les limitant à une liste d'infractions. La France, par exemple, a fait une déclaration par laquelle elle exclut tout droit d'interpellation des agents poursuivants et limite les poursuites aux cas de commission de l'une des infractions figurant dans la liste limitative de l'article 41 § 4 de la CAAS.

Les agents poursuivants ne peuvent ni entrer dans les domiciles et les lieux non accessibles au public, ni se servir de leur arme de service, sauf en cas de légitime défense. Les poursuites ne peuvent en outre se faire que par les frontières terrestres.

1 Cf. notamment : <https://blogdroiteuropeen.com/2019/06/04/souverainetes-nationales-et-franchissement-des-frontieres-de-lue-par-elli-macerid/>

En France, afin de renforcer l'efficacité de la lutte contre la criminalité transnationale, une réflexion avait été engagée sur la nécessité de modifier la déclaration souscrite lors de la signature de la Convention d'application de l'accord de Schengen, pour permettre la reconnaissance d'un droit d'interpellation aux agents étrangers engagés dans une poursuite transfrontalière sur le fondement de l'article 41 de ladite convention. Laquelle avait amené le gouvernement français à saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis sur ce point. Celui-ci avait considéré dans son avis du 25 novembre 2004² que, compte tenu des termes de la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 concernant l'article 41 de la Convention et « *en application du principe de valeur constitutionnelle selon lequel la défense de l'ordre public et la protection des libertés relèvent des seules autorités nationales, un acte de police, dès lors qu'il implique l'usage de contrainte et qu'il est susceptible de conduire à une privation de liberté, ressortit à l'exercice des conditions essentielles de la souveraineté nationale* » et en conséquence « *ne peut, en principe, être exécuté que par une autorité publique française ou sous son contrôle.* »

En ce qui concerne l'office européen de police (Europol), outre le fait que les conditions juridiques ne soient pas totalement réunies³, l'établissement d'une structure *fédérale*, qui aurait compétence pour exercer des missions opérationnelles, à l'instar d'un *FBI* se saisissant d'une affaire au détriment de la police locale – scène vue et revue dans les films américains – est loin de rencontrer l'approbation des États membres, soucieux de préserver leur souveraineté en ce domaine.

Le règlement Europol⁴, paru en 2016, tente bien une petite incursion dans le domaine opérationnel, mais reste limité à la seule participation aux équipes communes d'enquête (art. 5), le législateur européen ayant par ailleurs pris soin de bien préciser que le personnel d'Europol ainsi projeté sur le terrain ne puisse agir que « *dans les limites du droit des États membres dans lesquels une équipe commune d'enquête opère* ».

B. En matière diplomatique

Le traité de Lisbonne (article 27 § 3 TUE) prévoit que « dans l'accomplissement de son mandat, le haut représentant pour les affaires étrangères s'appuie sur un Service européen pour l'action extérieure (SEAE) ». Depuis le début de l'année 2011, l'Union européenne dispose ainsi d'un service diplomatique, à la fois à Bruxelles et à l'étranger. En effet, plus de 150 'délégations' sont désormais réparties auprès d'États tiers ou d'organisations internationales. Par l'instauration de ce service diplomatique, l'Union européenne entend parler d'une seule voix et espère asseoir sa présence sur la scène internationale, Le SEAE confère ainsi une véritable visibilité politique à l'Union européenne.

Cependant, le SEAE n'a pas vocation à se substituer aux chancelleries des États membres. La décision du Conseil fixant l'organisation et le fonctionnement du SEAE⁵, adoptée par le Conseil des ministres européens des Affaires étrangères le 26 juillet 2010 prévoit ainsi dans son article 3 qu'il « *travaille en collaboration avec les services diplomatiques des États membres, ainsi qu'avec le secrétariat général du Conseil et les services de la Commission, et*

2 Assemblée générale – Avis n° 370.452 – 25 novembre 2004

3 <https://www.theses.fr/1998PA020030> : « De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne » par Constance Chevallier-Govers

4 Règlement (UE) 2016/794 du parlement européen et du conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs

5 Décision 2010/427/UE ;JO-UE L.201/30 du 3 août 2010.

les assiste, afin de veiller à la cohérence entre les différents domaines de l'action extérieure de l'Union et entre ces domaines et ses autres politiques. » Surtout, la marge de manœuvre du SEAE est limitée par les États membres eux-mêmes, également peu disposés à accorder des prérogatives nouvelles dans une matière qui touche directement à leur souveraineté⁶.

Mais, vu les coûts engendrés, l'ensemble des pays de l'UE tendent à réduire la taille de leur réseau diplomatique et consulaire. C'est pourquoi, afin de donner corps à l'idée européenne, la piste d'un service consulaire européen de plein exercice, hébergé au sein des délégations de l'Union, est régulièrement évoquée⁷. Car, aujourd'hui, la représentation institutionnelle de l'Union reste « assurée par les consulats des États membres qui, bien qu'intégrés dans l'espace commun, continuent largement de gérer leur service des visas de manière individuelle », ceci alors que « depuis le traité de Lisbonne, l'UE dispose d'une représentation diplomatique propre, distincte de celles de ses États membres, assurée par le service extérieur de l'action européenne. Ce sont néanmoins les représentations diplomatiques des États membres qui jouent le rôle de représentant de l'espace commun et non un quelconque service consulaire européen. »⁸

Dans ce domaine, les États sont cordialement invités à coopérer les uns avec les autres, afin que les ressortissants de pays tiers puissent introduire leur demande de visa dans leur pays de résidence, même lorsque l'État membre compétent pour recevoir et traiter la demande ne dispose pas d'un consulat et n'est pas représenté par un autre État membre dans ce pays tiers⁹. Pour y parvenir, le législateur européen insiste sur le fait qu'il convienne de simplifier et de faciliter les accords de représentation et d'éviter les obstacles à la conclusion de tels accords entre États membres¹⁰. L'idée générale étant que l'État membre agissant en représentation soit désormais chargé de l'intégralité de la procédure de demande de visa, sans intervention de l'État membre représenté.

Une avancée dans l'intégration, basée sur la notion de citoyenneté européenne, figure toutefois dans le TFUE, qui institue par le biais de l'article 23 le principe de la protection diplomatique et consulaire des citoyens européens hors du territoire de l'Union¹¹. Il prévoit que « tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État ».

6 <https://jeunes-ihedn.org/wp-content/uploads/2017/06/Article-SEAE-10.10.17.pdf>

7 Note de Renan Le Gleu, sénateur des Français établis hors de France : https://www.assemblee-afe.fr/IMG/pdf/consulats_europeens.pdf

8 Perrine Dumas. « L'espace Schengen : quelle représentation extérieure ? » CIST2018 - Représenter les territoires / Representing territories, CIST, Mar 2018, Rouen, France. hal-01854411

9 Règlement (UE) 2019/1155 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 portant modification du règlement (CE) no 810/2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), 8^e considérant.

10 Idem, 9^e considérant.

11 Louis-Mathieu Roux, « Services consulaires européens : l'heure des choix ? », Nouvelle Europe [en ligne], dimanche 31 octobre 2010, <http://www.nouvelle-europe.eu/node/949>

Ainsi, depuis le 1^{er} mai 2018¹², les citoyens de l'Union résidant ou voyageant en dehors de l'Union européenne peuvent bénéficier de la protection consulaire en cas de besoin, lorsque leur État membre d'origine n'est pas représenté dans le pays tiers où ils séjournent, et obtenir une assistance auprès de toute ambassade ou tout consulat d'un État membre de l'UE en cas de détresse dans un pays tiers. Outre l'assistance offerte en situation de crise, les citoyens de l'Union peuvent également solliciter la protection consulaire en cas de maladie grave, en cas d'infraction dont ils seraient victimes, en cas d'arrestation et en cas de perte ou de vol de leur passeport à l'étranger¹³ (les demandes de documents de voyage représentent plus de 60 % de l'ensemble des cas d'assistance consulaire apportée à des citoyens de l'Union dont l'État membre d'origine n'est pas représenté)¹⁴. En France, la directive a été transposée par le décret n° 2018-336 du 4 mai 2018 relatif à la protection consulaire des citoyens de l'Union européenne dans des pays tiers, qui dispose notamment que les citoyens de l'Union non représentés dans des pays tiers « *bénéficient de la protection consulaire de la France dans les mêmes conditions que celles dont bénéficient les ressortissants français* »¹⁵.

A côté de ces avancées législatives, certes bien réelles mais pas toujours visibles, d'autres réalisations plus ostensibles ont été accomplies, par le biais du déploiement, d'abord à travers le monde puis sur le territoire de l'Union, d'agents la représentant et identifiables comme tels.

II. Des réalisations concrètes introduisant le ferment d'une communauté plus large et plus profonde

A. Réseau des 'EMLO's (European migration liaison officer)'

Initialement, les officiers de liaison « immigration » dépendaient uniquement des États membres duquel ils étaient détachés à l'étranger « *pour établir et entretenir des contacts avec les autorités du pays hôte* »¹⁶. Une information concernant le détachement d'officiers de liaison « Immigration » et la description de leurs fonctions était adressée aux autres États membres, au Conseil et à la Commission.

Parallèlement, l'État membre qui exerce la présidence du Conseil de l'Union devait établir, pour la fin de chaque semestre, à l'intention du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, un rapport sur les activités des réseaux d'officiers de liaison « Immigration » dans des pays et/ou régions spécifiques revêtant un intérêt particulier pour l'Union.

Mais force avait été de constater que les États avaient tendance à garder pour eux les informations stratégiques, et n'avaient pas nécessairement la volonté de les partager avec leurs homologues, et encore moins avec la Commission¹⁷.

12 Date d'entrée en vigueur de la directive (UE) 2015/637 du Conseil du 20 avril 2015 établissant les mesures de coordination et de coopération nécessaires pour faciliter la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés dans des pays tiers et abrogeant la décision 95/553/CE (JO-UE L.106/1 du 24 avril 2015)

13 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live_work_travel_in_the_eu/consumers/documents/eujus15a-1818-i01_-_campaign_on_consular_protection_a4_accessibility_fr_v04.pdf

14 https://ec.europa.eu/commission/news/eu-citizens-protection-and-assistance-2018-apr-30_fr

15 JORF n°0105 du 6 mai 2018 texte n° 8

16 Art. 1 RÈGLEMENT (CE) No 377/2004 DU CONSEIL du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration » (JO L 64 du 2.3.2004, p. 1) [ABROGE]

17 Bruxelles, le 16.5.2018 COM(2018) 303 final 2018/0153(COD) : « *L'efficacité, le niveau et l'étendue limités du partage d'informations empêchent la circulation systématique des informations stratégiques et opérationnelles aussi bien vers le haut, des réseaux OLI vers l'UE, à savoir la Commission, la haute*

Pour remédier à cette situation, la Commission avait pris les États de court, en décidant de déployer ses propres officiers de liaison ! C'est ainsi qu'en mars 2016, elle a lancé un appel à candidature visant à recruter des « *European Migration Liaison officers* » (EMLO's), placés sous la supervision du chef de la section politique du service européen pour l'action extérieure.

Finalement, cette pratique a été officialisée par la parution, trois ans plus tard, du règlement (UE) 2019/1240¹⁸, relatif à la création d'un réseau européen d'officiers de liaison « Immigration » et abrogeant le précédent, qui datait de 2004.

Tout en rappelant que le déploiement des officiers de liaison européens actuels dans les principaux pays tiers d'origine et de transit avait constitué une première étape sur la voie d'une intensification de la collaboration avec les officiers de liaison « Immigration » déployés par les États membres, le règlement prévoit que ce déploiement peut désormais être initié « *par la Commission ou par une agence de l'Union* » (art.2.1) « *et pour une plus longue durée dans certains pays tiers pour accompagner l'élaboration et la mise en œuvre de l'action de l'Union en matière de migration et pour en maximiser les effets* » (9ème considérant).

Appelant ensuite à renforcer la coopération entre les officiers présents dans le même pays tiers ou dans la même région de pays tiers, le nouveau règlement évoque subtilement les « *missions diplomatiques de l'Union* » (art. 2.2.b), auprès desquelles les officiers de liaison « Immigration » peuvent être déployés par un État membre, par la Commission ou par les agences de l'Union...

B. Les agents Frontex

À côté de cette belle avancée de l'intégration communautaire, c'est encore par le biais de la surveillance et du contrôle des frontières que l'Union a posé une nouvelle pierre d'un édifice toujours en construction. Mais quelle pierre !

« *Aujourd'hui est un jour spécial pour Frontex* », nous dit Fabrice Leggeri, directeur exécutif de l'agence. « *Un de ces jours qui conduisent à une véritable transformation de notre agence. Pour la première fois, Frontex va avoir ses propres uniformes de service, travaillant sous la bannière de l'Union européenne* »¹⁹.

Et c'est à nouveau par le truchement d'un appel à candidature que l'Union se construit²⁰ : en effet le 24 octobre 2019, l'agence annonce recruter plus de 700 agents, qui auront vocation à être déployés aux frontières de l'Union. Agissant sous l'autorité de l'Etat membre dans lequel ils se trouvent, ces membres du nouveau corps européen de gardes-frontières et de gardes-côtes seront dotés d'une arme et de pouvoirs opérationnels : ils pourront notamment

représentante pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, les agences de l'UE et les délégations de l'UE dans les pays tiers, qu'horizontalement entre les réseaux et les États membres »

18 Règlement (UE) 2019/1240 du parlement européen et du conseil du 20 juin 2019 relatif à la création d'un réseau européen d'officiers de liaison « Immigration » (refonte), JOUE L 198/88 du 25 juillet 2019

19 <https://frontex.europa.eu/media-centre/news-release/we-are-recruiting-frontex-border-guards-qd1BSA>

20 <https://frontex.europa.eu/about-frontex/careers/frontex-border-guard-recruitment/>

patrouiller entre divers points de franchissement, vérifier l'identité et la nationalité des personnes et autoriser ou refuser l'entrée dans l'Union.

Et surtout, ils seront porteurs d'un uniforme de service.

En janvier 2021, les premiers gardes européens estampillés 'Frontex' commenceront à travailler aux frontières de l'Union.

En ce qui concerne la légalité des décisions prises par les agents déployés en dehors de leur territoire, il faut se remémorer le célèbre arrêt rendu en 2012 par la CJUE dans l'affaire ayant opposé l'Anafé au ministère de l'intérieur français²¹. La Cour avait pris soin de rappeler le 6^{ème} considérant du code frontières Schengen, qui fonde toute la philosophie des contrôles aux frontières de l'Union, désormais communautarisés :

« Le contrôle aux frontières n'existe pas seulement dans l'intérêt de l'État membre aux frontières extérieures duquel il s'exerce, mais dans l'intérêt de l'ensemble des États membres ayant aboli le contrôle aux frontières à leurs frontières intérieures. »

Et la Cour de préciser que le règlement s'applique à toute personne franchissant les frontières intérieures ou extérieures d'un État membre de l'espace Schengen ; qu'ainsi les règles régissant le refus d'entrée s'appliquent à tout ressortissant de pays tiers qui souhaite entrer dans un État membre en franchissant une frontière extérieure de l'espace Schengen. *In fine*, dans la mesure où les contrôles frontaliers sont opérés aux frontières extérieures dudit espace, *« les dispositions relatives au refus d'entrée aux frontières extérieures sont applicables à l'ensemble des mouvements transfrontaliers de personnes, même si l'entrée par les frontières extérieures de l'espace Schengen d'un État membre ne s'effectue qu'en vue du séjour dans ce dernier. »*

A l'instar des délivrances de visa, les autorisations ou les refus d'entrée pris par les uns ont déjà une incidence sur la situation des autres États membres. De ce fait, une décision prise par un garde-frontière Polonais sur un point de passage frontalier polonais, ou par un garde-frontière Français sur un point de passage frontalier slovène revêtira la même portée juridique, car prise en application des mêmes dispositions réglementaires issues du code frontières Schengen.

Cependant, afin d'éviter les éventuels conflits de normes entre les règles européennes et les dispositions nationales de certains États membres, le nouveau règlement Frontex²² est venu apporter une précision d'importance quant au port de l'arme et à l'exercice de pouvoirs de contrainte : l'article 40 prévoit en effet que *« les armes de service peuvent être utilisés (...) conformément au droit national de l'État membre hôte »*. S'agissant des décisions de refus d'entrée, elles vont nécessiter que les agents déployés soient *« autorisés par l'État membre hôte à agir en son nom. »*

21 CJUE, deuxième chambre, 14 juin 2012, Aff. C-606/10.

22 RÈGLEMENT (UE) 2016/1624 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 14 septembre 2016 (JO-UE L.251/11 du 16 septembre 2016)

Pour autant, cette nouvelle réalisation contribue certainement « à l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières, première étape potentielle vers la création d'une véritable administration européenne des migrations et de l'asile sensée permettre à l'Union européenne de montrer aux citoyens européens qu'elle a les moyens de ses ambitions face à la crise des migrants »²³.

Elle marque surtout une étape importante dans l'édification concrète « d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix. »

Robert Schuman ne s'y était pas trompé.

23 De Frontex à Frontex : vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières - Sous la direction de Constance Chevallier-Govers et Romain Trinière - Bruylant - Droit de l'Union européenne – Colloques - Parution : 07/2019 - 298 pages