



migreurop

27 septembre 2012

Object: Réponse à l'appel à contribution du Médiateur – La stratégie des droits fondamentaux de Frontex

Cher Professeur Diamandouros,

Nous vous écrivons concernant votre appel à contribution au sujet de la réponse de Frontex à vos questions sur la stratégie des droits fondamentaux de l'Agence.

Statewatch travaille sur les questions de libertés publiques et les droits fondamentaux en Union européenne depuis 20 ans, informe sur les évolutions juridiques et politiques dans le domaine de la Justice et Affaires Intérieures et les analyse. Statewatch a suivi avec attention les évolutions des politiques migratoires et de contrôle aux frontières, y compris la mise en place de Frontex. Un observatoire a été mis en ligne regroupant les principaux supports bibliographiques concernant l'Agence (www.statewatch.org/frontex).

Migreurop est un réseau euro-africain composé de 43 organisations et de membres individuels. Depuis sa création en 2005, le réseau documente et publie des analyses sur l'externalisation des politiques migratoires de l'UE et ses conséquences sur les droits fondamentaux ainsi que sur l'enfermement et l'expulsion des migrants en Europe et au-delà. L'expertise de terrain et les analyses critiques de Migreurop ont conduit le groupe parlementaire des Verts au Parlement européen à commander, en 2010, un rapport¹ sur l'impact des activités de Frontex sur les droits fondamentaux.

Protéger et promouvoir les droits de l'Homme nécessite que la stratégie globale de Frontex soit orientée vers la prévention des violations des droits durant les opérations de l'agence.

Plusieurs rapports d'ONG ont fait état de situations durant lesquelles les droits fondamentaux pourraient avoir été enfreints durant certaines activités de Frontex. Dans ce contexte, l'adoption d'une stratégie des droits fondamentaux est essentielle. Ces rapports mettent particulièrement en lumière la violation des droits suivants : la protection contre le refoulement ; le droit de demander l'asile ; la protection contre les traitements inhumains ou dégradants ; le droit de

¹ Migreurop (2010) L'agence Frontex: quelles garanties pour les droits de l'Homme?
http://www.migreurop.org/IMG/pdf/dossier_frontex-FR.pdf

quitter tout pays y compris le sien ; la protection contre les expulsions collectives ; la protection des données personnelles ; et la protection contre toute forme de discrimination.

Il aurait donc été attendu de la stratégie des droits fondamentaux de Frontex qu'elle comporte des mécanismes de prévention et de recours effectifs, assurant ainsi que ses activités opérationnelles et leur préparation (par exemple analyse de risques, plans opérationnels) ne contreviendront jamais aux droits fondamentaux. Toutefois, dans sa réponse au Médiateur, l'agence ne fait référence ni aux allégations selon lesquelles les droits de l'Homme aient pu être mis en danger au cours de ses interventions, ni aux préoccupations graves exprimées par plusieurs organisations, comme nous le soulignons plus bas.

Les garanties proposées par Frontex visent à ce que les participants aux activités de l'agence respectent les droits fondamentaux, mais elles ne posent jamais la question de l'impact de certaines opérations sur les droits de l'Homme bien que certaines d'entre elles puissent – par leur nature même – menacer le respect des droits fondamentaux (collecte et échange de données personnelles ; coopération avec les pays tiers ; interceptions ciblées de certains groupes ; retours forcés).

Par ailleurs, en affirmant que les violations des droits ne peuvent être anticipées et prévenues, et en maintenant que la responsabilité de l'agence ne serait nullement engagée si des violations des droits devaient se produire, Frontex adopte une approche restrictive de l'impact de ses activités sur les droits de l'Homme, et met en avant une stratégie dont les mécanismes préventifs demeurent faibles et les moyens de recours absents. Ce faisant, Frontex semble manquer à deux de ses engagements présentés dans sa réponse au Médiateur: une "politique de tolérance zéro" et l'application des droits fondamentaux au coeur de toutes ses activités. Ces éléments nous paraissent révélateurs d'une sous-estimation des risques que comportent les opérations Frontex pour les droits de l'Homme, et aboutissent par conséquent à la proposition des garanties inefficaces

Au vu du rôle de première importance de Frontex dans la politique de gestion des frontières de l'UE et des enjeux en termes de droits fondamentaux dans les activités de l'agence, nous saluons l'appel du Médiateur qui permet aux organisations de la société civile de partager leur analyse, et espérons que cette contribution sera utile dans l'évaluation de l'effectivité de la stratégie des droits fondamentaux de Frontex.

1. Cadre juridique applicable dans la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux

Frontex est une agence de l'UE à laquelle s'applique le droit européen, en particulier le Code des Frontières Schengen et la Charte européenne des droits fondamentaux. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) est compétente pour juger de la légalité des actes de l'Agence et de son respect de la Charte européenne. Frontex affirme dans sa réponse au Médiateur que "*le respect et la promotion des droits fondamentaux sont une composante inconditionnelle et font partie intégrante d'une gestion efficace des frontières*".

Néanmoins, l'application de la Charte des droits fondamentaux au cours des activités de Frontex manque de clarté, ce qui a des conséquences directes sur la responsabilité de l'agence. Premièrement, en dépit de l'argument selon lequel le Code de Conduite pour toute personne participant aux activités de Frontex (ci- après "le Code de Conduite") serait juridiquement contraignant (voir réponse à la question 2 sur les "codes de conduite"), la stratégie des droits

fondamentaux adoptée en mai 2011 fait référence au Code de Conduite comme « des normes acceptées de façon générale (c'est-à-dire des normes non-contraignantes – “soft law”-) ». Par ailleurs, dans une publication de l'Institut des Nations Unies pour la Recherche sur le Désarmement, le vice-Président de l'Institut International de Recherche sur la Paix de Genève a affirmé qu'un “code de conduite n'est pas juridiquement contraignant”.²

Il semble y avoir donc une incertitude quant à la nature juridique du Code de Conduite qui pourrait s'avérer problématique car cela pourrait empêcher d'entamer une procédure pour violations des droits sur la base d'une violation du Code de Conduite.

De plus l'article 3 du Code de Conduite fait référence au cadre juridique applicable aux activités de Frontex comme comprenant « les droits nationaux, la législation européenne, et les normes internationales ». Le manque de clarté sur la nature de Frontex, corps inter-gouvernemental ou agence européenne indépendante, **pose d'importantes questions en termes juridiques lorsqu'il s'agit d'identifier les normes applicables à la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux.** En effet, l'interprétation de la Charte européenne peut différer d'un Etat membre à l'autre, sauf si une jurisprudence CJUE existe en la matière. La stratégie des droits fondamentaux ne dit pas clairement quel cadre juridique s'applique durant telle ou telle opération. L'incertitude est encore plus grande concernant les opérations de Frontex menées dans les eaux internationales ou dans les eaux territoriales/sur le territoire d'un Etat tiers.

Est-ce que la jurisprudence nationale de l'Etat membre organisateur s'applique, même aux membres de l'opération issus d'autres Etats membres? Est-ce que la jurisprudence européenne s'applique? Plus particulièrement: jusqu'à quel degré l'usage de la force est-il jugé proportionné lors de l'appréhension ou de l'expulsion d'un.e migrant.e irrégulier.e? Quelles sont les critères applicables à l'identification d'un traitement inhumain ou dégradant? Dans quelle mesure l'échange des données personnelles est-elle autorisée pour les forces de l'ordre?

Il est très important que la question du cadre juridique applicable soit clarifié, et ce d'autant plus que l'interprétation de ce qui constitue une violation des droits nécessite d'être réévaluée régulièrement au regard des évolutions de la jurisprudence.

A cet égard, l'utilisation de la force (article 19) et des armes (20) durant les activités de Frontex est particulièrement préoccupante. Dans les deux cas, les forces de l'ordre ne doivent utiliser une arme ou la force que dans la limite autorisée par le droit de l'Etat organisateur de l'opération, « dans l'exercice de leur fonction **ou** dans un cas de légitime défense ou de légitime défense d'un tiers ».

D'une part, il est frappant que la formulation prévoit l'utilisation de la force dans le cadre de l'exercice des fonctions des gardes-frontières, ainsi que dans d'autres situations (“ou”): ceci constitue une autorisation d'utilisation de la force qui doit être justifiée sur le plan de la nécessité et de la proportionnalité. Non seulement cette évaluation et la justification d'une telle décision font défaut, mais il semble qu'il n'y ait aucun encadrement prévu à l'usage de la force par les gardes-frontières en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Par ailleurs, il n'existe aucune garantie dans la stratégie des droits fondamentaux que les gardes-frontières seront convenablement informés de la législation en vigueur durant l'opération dont ils font partie.

² Josef Goldblat, *Treaty or code of conduct?*, in Disarmament Forum - Arms Control in the Middle East 2008 http://www.unidir.org/bdd/fiche-article.php?ref_article=2730

Enfin, devant quel cadre juridique un garde-frontières non ressortissant de l'Etat organisateur de l'opération ayant fait un usage disproportionné de la force devrait-il répondre? Le besoin de clarification se justifie aussi pour les opérations de Frontex dans les eaux internationales ou les eaux territoriales d'un Etat tiers.

2. Le Forum consultative (FC) et le Chargé des Droits Fondamentaux (CDF)

La décision de créer un FC et de recruter un CDF a été prise il y a moins d'un an. Le Parlement européen avait initialement proposé la mise en place d'un comité de conseil indépendant sur les droits fondamentaux. A l'heure de cette soumission au Médiateur, le processus de recrutement du CDF n'est pas terminé et la réunion inaugurale du FC a eu lieu le 5 septembre 2012. Il est donc trop tôt pour évaluer avec certitude le rôle réel du FC et du CDF. Toutefois, plusieurs éléments posent question, notamment concernant l'indépendance de ces deux entités et leur capacité à soutenir Frontex dans la protection des droits fondamentaux.

- **Accès à l'information**

L'article original 26(a) tel que proposé par le Parlement européen prévoyait que le comité de conseil ait accès à toute information à sa demande, en particulier « aux rapports d'évaluation des opérations jointes et des opérations pilotes mentionnées à l'article 3(4) et aux rapports d'opérations de retour mentionnés à l'article 9(3) ».

L'article 26(a) tel qu'adopté stipule:

« Le Chargé des droits fondamentaux et le Forum Consultatif auront accès à toutes les informations concernant le respect des droits fondamentaux ».

Cette formulation est moins explicite que l'original. Par ailleurs, il n'est pas clairement fait état de qui jugera si les informations ont un lien avec le respect des droits fondamentaux. S'agira-t-il de Frontex ou du FC? Cette préoccupation est renforcée par le fait que la révision du Règlement 2004/2007 ne prévoit pas que Frontex transmette les informations sur demande du FC.

Il reste à voir si le changement de formulation limitera l'accès aux seules informations que Frontex juge comme étant en lien avec le respect des droits fondamentaux, ou si le FC et le CDF auront en effet accès à toutes les informations qu'ils estimeront nécessaire pour s'assurer que les droits fondamentaux sont « intégrés sans toutes les activités de Frontex ».

- **Indépendance**

Contrairement à la proposition initiale du Parlement européen, qui prévoyait la mise en place d'un comité de conseil indépendant, le CDF sera employé.e par Frontex et, en tant que tel, « devra s'engager à agir **de façon indépendante dans l'intérêt de Frontex** » (point 4 de la fiche de poste) [citation surlignée par Statewatch].

L'exercice des fonctions du CDF montrera si, en pratique, travailler dans l'intérêt d'une quelconque entité est compatible avec le principe d'indépendance.

De plus, le comité d'administration de Frontex, dans sa décision du 23 mai 2012, a décidé que:

« Les membres du Forum Consultatif et leurs représentants, ainsi que les participants mentionnés à l'article 4, **seront soumis au secret professionnels** » [citation surlignée par Statewatch].

Loin d'être indépendant, il semble donc que le FC soit lié aux mêmes règles que tout employé.e de Frontex. Bien qu'il soit compréhensible que les informations stratégiques et opérationnelles demeurent confidentielles, rien ne définit clairement jusqu'où s'applique ce devoir de réserve dans le cadre du secret professionnel : quelles informations seront de l'ordre du secret professionnel (toutes les informations échangées au sein du FC ? Certaines informations seulement ?) ? Qui décidera si telle ou telle information est de l'ordre du secret professionnel (Frontex ? le FC ? la Commission ?) ? Quelles sont les sanctions prévues en cas de violation du secret professionnel ? Quelle autorité décidera en dernier ressort si le secret professionnel a été violé ?

Beaucoup des organisations de la société civile du FC observent et analysent la situation des droits fondamentaux dans des rapports rendus publics, des communiqués de presse, et des actions de plaidoyer. La capacité de ces organisations à poursuivre leur travail et remplir leur mission devrait être garantie sans aucune ambiguïté quant à leur habilité à s'exprimer sur les violations des droits fondamentaux dont elles ont connaissance, y compris par le biais de leurs représentants au sein du FC.

3. Operations jointes

- **Manque de clarté concernant les moyens de prévention de violation des droits**

L'article 3(a) du Règlement 2004/2007 portant création de Frontex fait la liste des éléments qui seront inclus dans le Plan Opérationnel adopté avant chaque opération jointe et projet pilote. Cette liste ne prévoit aucune évaluation de l'impact de l'opération sur les droits fondamentaux.

Frontex explique en effet qu'on « ne peut prédire une violation des droits avant qu'elle ne se produise », suggérant ainsi qu'aucun moyen préventif satisfaisant ne puisse être mis en place. Ceci est surprenant à deux égards. D'une part, certains contextes peuvent être anticipés comme pouvant mettre les migrants en situation de vulnérabilité (par exemple l'appréhension des migrants irréguliers; leur transfert aux forces de l'ordre; leur retour forcé). D'autre part, plusieurs conventions et recommandations internationales/européennes existent et s'avèreraient utiles à la mise en place de mécanismes de prévention. Aucune référence n'est faite par Frontex aux recommandations du Conseil de l'Europe³, des Nations Unies⁴, ou encore

³ Par exemple: Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Lignes directrices sur la protection des droits de l'Homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées, 2009 [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2009\)1062/4.5&Language=lanFrench&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2009)1062/4.5&Language=lanFrench&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

⁴ Par exemple: HCR Conclusion No. 97 (LIV) sur les garanties de protection dans les mesures d'interception, 2003 <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=%203f9640fe4> ; OHCHR: Les Normes Relatives aux Droits de l'Homme et leur Application Pratique- Répertoire de poche à l'intention de la police Version augmentée, 2004 <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training5Add3fr.pdf>

les conseils applicables durant les entretiens avec les enfants⁵, les demandeurs d'asile, ou les personnes vulnérables.

En l'absence de toute version publique du Programme Commun de Formation, il est difficile d'évaluer si les gardes-frontières seront formés convenablement ou si les procédures applicables durant les opérations seront appropriées. Statewatch a obtenu, après en avoir fait la demande à Frontex, l'accès partiel à la version 2007 du Programme de Formation. Celui-ci précise par exemple que les gardes-frontières devront être capables de « faire la liste des méthodes généralement acceptées et des principes éthiques lors d'un entretien avec des enfants, des femmes, des personnes traumatisées ou des victimes de la traite ». Cependant, ces « méthodes généralement acceptées » ne sont pas davantage détaillées. Nous n'avons pu avoir accès au chapitre concernant l'usage de la force. Il semble en tous les cas que le Programme Commun de Formation des gardes-frontières doive faire l'objet d'une évaluation par les autorités compétentes: le Médiateur de l'UE, le FC, le HCR, la Commission européenne (en charge d'assurer le respect des Traités, dont la Charte des droits fondamentaux fait partie). Une supervision de cette nature permettra d'assurer que l'approche du phénomène migratoire, compris dans ses aspects théoriques, légaux et pratiques, sera fondée sur les travaux de recherche et les rapports disponibles, et que les procédures reflèteront cette compréhension en reconnaissant les droits fondamentaux des migrants comme une priorité. Cet élément est d'autant plus important que les critiques émises au sujet des rapports et pratiques de Frontex semblent suggérer que le Programme de Formation n'a jusqu'à présent pas permis d'empêcher le relais de préjugés et caricatures sur la migration irrégulière (voir la section plus bas sur le principe de non-discrimination).

Dans sa réponse, l'agence précise que le Plan Opérationnel comprendra des mécanismes préventifs et cite les mesures suivantes: une connaissance et une sensibilité aux droits fondamentaux, et des mécanismes de *reporting* (information sur des situations avérées/supposées de violations des droits). Bien que la formation des gardes-frontières soit nécessaire, il ne semble pas pertinent de considérer les "obligations de *reporting*" comme un moyen de prévenir la violation des droits.

Il faut espérer que la procédure opérationnelle standards (POS), dont Frontex explique qu'elle est en voie d'élaboration, comportera des mécanismes préventifs appropriés (recommandations concernant l'usage de la force durant les opérations, présence de personnel médical durant toutes les opérations, recommandations quant aux procédures applicables aux gardes-frontières dans le cadre de leurs relations avec les migrants telle que des garanties de la vie privées des personnes interviewées; accès à un interprète; interdiction des opérations de refoulement et des expulsions collectives; informer les migrants qu'ils peuvent enregistrer une demande d'asile). Une stratégie des droits fondamentaux doit permettre de prévenir les violations des droits avant qu'elles ne soient perpétrées.

- **Suspension ou interruption des opérations jointes**

Frontex affirme que les droits fondamentaux seront respectés durant les opérations jointes et que le directeur exécutif suspendra ou interrompra toute opération s'il estime que « les

⁵ Par exemple HCR: Protection et assistance pour les enfants séparés demandeurs d'asile, 1997
<http://www.coe.int/t/dg3/children/News/GuidelinesUCSAeng.pdf>

conditions de réalisation de l'opération ne sont plus remplies ». Il est très important que Frontex soit ouverte aux contributions permettant d'identifier les violations des droits, y compris de la part de parties tierces. Néanmoins, Frontex n'a donné aucune information sur la nature des "conditions" à remplir, ou sur les circonstances qui pourraient amener le directeur exécutif à décider de la suspension ou de l'interruption d'une opération.

Il semble que des critères seront définis et inclus dans la Procédure Opérationnelle Standard pour évaluer « si un incident constitue une possible violation des droits fondamentaux ». Toutefois, ce processus demeurera interne à Frontex, car la Procédure Opérationnelle Standard est rédigée par une « force de travail interne » ("internal task force") dont le FC ne fait pas partie, malgré son expertise sur la question des droits fondamentaux.

Nul ne sait si ces critères seront rendus publics, soumis au FC, ou si le Parlement européen en sera informé, ou bien encore s'ils seront régulièrement réévalués à la lumière des évolutions jurisprudentielles applicables.

Par ailleurs, l'agence ne fait pas mention d'un passage important de l'article 3 de son mandat selon lequel une opération peut être suspendue par le directeur exécutif « en tout ou en partie ». Aucun détail permettant de justifier la suspension partielle ou totale n'est mentionné.

La transparence concernant la décision de maintenir une opération ainsi que sur les critères permettant d'identifier une violation "sérieuse" des droits de l'Homme fait défaut. L'absence de contrôle extérieur de cette décision, prise à la seule discrétion du directeur exécutif, est préoccupante.

- **Interviews, entretiens d'identification (screenings)**

En vertu de la Décision du Conseil 2010/252 qui complète le Code des Frontières Schengen concernant la surveillance maritime durant les opérations Frontex, les opérations en mer de l'agence peuvent consister en « l'arrêt, l'abordage et la fouille du navire, son chargement et les personnes à bord, et le questionnement des personnes à bord ».⁶

De plus, une partie des opérations jointes de Frontex comprend des activités de "screening" et d'entretien avec les migrants sans papiers aux frontières terrestres de l'UE (ainsi que précisé sur le site de l'agence). Les entretiens sont généralement conduits peu après l'appréhension des migrants; il est donc probable que plusieurs d'entre eux soient en situation de stress, voire de choc, et en besoin de soutien et de protection.

Malgré la nature très délicate de ces opérations et les normes professionnelles importantes que l'interaction avec des personnes vulnérables exige, la stratégie des droits fondamentaux et le plan d'action ne prévoient aucune procédure ou protocole spécifiques pour assurer du respect du droit de ces personnes à l'intégrité physique et morale (article 3 de la Charte des droits fondamentaux), que les personnes vulnérables sont approchées de manière appropriée notamment les enfants⁷, et que les droits à la vie privée et à la protection des données personnelles sont respectés (articles 7 and 8 de la Charte des droits fondamentaux) y compris pour les migrants en besoin de protection internationale.

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32010D0252:FR:NOT>

⁷ Ibid 5

Aucune référence n'est non plus faite à un quelconque devoir d'informer de façon claire et détaillée les migrants durant les entretiens sur qui sont les officiers Frontex, le but de l'entretien, le type d'information qui sera demandé, et si ces informations personnelles seront utilisées et transmises (voir paragraphe sur les données personnelles plus bas).

Enfin, les entretiens et les "screenings" sont décrits par Frontex comme un moyen de collecter des informations sur les activités criminelles, ainsi que mentionné par le directeur du département des opérations de Frontex en novembre 2011.⁸ Cette affirmation pose un certain nombre de questions relatives aux obligations de protection des données et de leur échange avec des parties tierces (voir plus bas).

- **Non-discrimination**

Plusieurs analyses de risque de Frontex identifient des groupes particuliers comme constituant une part importante des migrants irréguliers interceptés aux frontières extérieures de l'UE. L'identification de ces groupes a conduit à l'organisation d'opérations visant l'interception de certains groupes ethniques, et ce au risque de violer l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux (non-discrimination) et l'article 6(2) du Code des Frontières Schengen qui stipule :

« Lors des vérifications aux frontières, les garde-frontières n'exercent envers les personnes aucune discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Migreurop avait déjà souligné ce point dans un rapport de 2011 sur les questions des droits fondamentaux durant les opérations Frontex. D'après ce rapport :

« [O]n peut s'interroger sur les objectifs et le déroulement de certaines opérations conjointes FRONTEx qui ciblent des groupes nationaux particuliers. Le rapport général de FRONTEx 2007 rend compte de l'opération HYDRA, qui s'est déroulée dans 22 aéroports de 16 États membres, qui, visant explicitement « l'immigration clandestine chinoise par voie aérienne », a conduit à l'arrestation de 291 ressortissants chinois en avril-mai 2007. On pourrait aussi citer l'opération SILENCE qui, la même année, visait l'immigration somalienne. Ce type d'intervention ciblée pose clairement la question de la discrimination raciale dans les interventions de l'Agence ».⁹

La suspicion envers certaines minorités sur la base d'affirmations non vérifiées (par exemple que « les demandes d'asile dans l'UE sont une stratégie de survie saisonnière des Roms », Rapport Annuel sur les Balkans Occidentaux 2012 p.29) est susceptible d'encourager le contrôle de certains individus pour la seule raison de leur appartenance présumée à certains groupes ethniques ou certaines nationalités. La stratégie des droits fondamentaux ne répond pas spécifiquement aux risques de « profiling » à la frontière. Même si l'article 12 du Code de Conduite interdit toute discrimination, Frontex ne considère pas que les contrôles ciblés aux

⁸ <http://www.balkananalysis.com/greece/2011/09/23/safeguarding-europe%E2%80%99s-southern-borders-interview-with-klaus-roesler-director-of-operations-division-frontex/>

⁹ Migreurop (2010) L'agence Frontex: Quelles garanties pour les droits de l'Homme ? p.21
http://www.migreurop.org/IMG/pdf/dossier_frontex-FR.pdf

frontières soient discriminatoires, ainsi que l'agence l'a expliqué dans sa [réponse au Comité LIBE](#):

« Les analyses de risques de Frontex (sur la base du Modèle Intégré Commun d'Analyse de Risque) s'appuient sur plusieurs indicateurs permettant d'identifier différents flux migratoires et de préparer, d'une part, les autorités des Etats membres à la planification de leurs activités à la frontière extérieure et de préparer, d'autre part, la tenue d'Opération Jointe que l'agence coordonnera au cours de l'année.

La nationalité et le pays d'origine font partie de ces indicateurs et servent, d'une part, à donner une image de la réalité migratoire en direction du territoire de l'UE, mais aussi d'informer les autorités aux frontières sur les différentes tendances et modes opératoires développés par les organisations criminelles actives dans la traite ou le passage clandestin de personnes, phénomènes qui sont généralement associés à certaines nationalités et/ou pays d'origine ».

En 2009, le Parlement européen a néanmoins exprimé sa préoccupation au vue de la ligne tenue entre l'interception des personnes sur la base de données statistiques sur les crimes graves et la migration irrégulières, et la discrimination sur la base de critères ethniques ou nationaux :

« [C]onsidérant que le profilage, descriptif ou prédictif, peut être un instrument d'investigation légitime lorsqu'il se fonde sur des informations spécifiques, fiables et actuelles, et non sur des généralisations non vérifiées reposant sur des stéréotypes, et si les mesures prises sur la base de ce profilage répondent aux critères légaux de nécessité et de proportionnalité; **considérant néanmoins qu'en l'absence de restrictions et de garanties juridiques appropriées concernant l'utilisation des données sur l'origine ethnique, la race, la religion, la nationalité et l'appartenance politique, le profilage risque fort de conduire à des pratiques discriminatoires**». ¹⁰ [surligné par Statewatch]

Il semble donc légitime de souligner le risque potentiel que les rapports et les analyses de Frontex mènent à des pratiques discriminatoires, risque qui appelle à la mise en place de garanties plus claires afin que les droits fondamentaux des migrants soient respectés durant les contrôles aux frontières ou durant les opérations de surveillance aux frontières.

- **Opérations en mer**

Depuis la décision de la Cour Européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans le cas *Hirsi c. Italie*¹¹, l'interdiction des expulsions collectives et l'obligation de non-refoulement s'appliquent de façon extraterritoriale. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Convention Européenne des droits de l'Homme s'applique à tous les Etats membres de l'Union européenne. De plus, l'article 6(3) du Traité sur l'Union européenne stipule:

«Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions

¹⁰ Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil du 24 avril 2009 sur le problème du profilage, notamment sur la base de l'origine ethnique ou de la race, dans les opérations de contre-terrorisme, de maintien de l'ordre, de contrôle de l'immigration, des services des douanes et de contrôle aux frontières, P6_TA(2009)0314, 24 Avril 2009

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:184E:0119:0126:EN:PDF>

¹¹ CEDH, Affaire Hirsi Jamaa et Autres c Italie, Grande Chambre, Requête 27765/09
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109230>

constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »

L'Union, y compris ses institutions et ses agences, doivent donc respecter la CEDH.

Par conséquent, on peut considérer que l'interception en mer lors d'opérations auxquelles participent les États tiers dans le cadre d'accords de coopération ou d'accords bilatéraux entre un État membre et un État tiers devrait être sujet à une supervision and un suivi important par le FC, le CDF, afin d'assurer que Frontex respecte ses obligations lors de ses activités extraterritoriales.

Une telle possibilité n'est pas incluse dans la stratégie des droits fondamentaux. De façon générale, **Frontex ne fait mention d'aucune forme de mécanisme de suivi/évaluation concernant sa coopération avec les États tiers**, sans aucune référence à la jurisprudence CEDH. This possibility is not mentioned in the fundamental rights strategy. A la suite de l'arrêt *Hirsi c. Italie*, on aurait pu attendre de l'agence qu'elle prenne des mesures garantissant la reconnaissance de sa responsabilité de garantir les droits fondamentaux durant ses activités extraterritoriales, interdisant de façon explicite le transfert de migrants dans les pays, y compris ceux appréhendés en mer, tant que la situation individuelle et le besoin de protection n'ont pas été établis de façon juste et équitable sur le territoire européen. Ceci est d'autant plus regrettable que certains rapports suggèrent que Frontex serait impliquée dans des opérations de refoulement empêchant les migrants d'accéder au territoire européen où leur situation individuelle devrait être examinée (demande d'asile, besoin de protection).¹² Des ONG internationales, dont Migreurop¹³, ont publié des rapports dénonçant les opérations de refoulement (*push back*) et les entraves au droit de demander l'asile durant les opérations Frontex.¹⁴

De plus, dans une récente décision portant annulations de la Décision du Conseil 2010/252, la Cour de Justice de l'Union Européenne a souligné que :

« [D]es dispositions qui portent sur l'attribution de pouvoirs de puissance publique aux gardes-frontières, tels que ceux attribués dans la décision attaquée, parmi lesquels figurent l'arrestation des personnes appréhendées, la saisie de navires et le renvoi des personnes appréhendées vers un endroit déterminé, permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union ». ¹⁵

¹² L'opération HERA de Frontex en 2008, conduit dans les eaux territoriales sénégalaises et mauritaniennes à la demande du gouvernement espagnol, a été dénoncée comme étant une opération de refoulement. L'agence affirmait dans un communiqué de presse que "les personnes interceptées durant l'Opération Jointe HERA 2008 ont été soit convaincues de rebrousser chemin vers plus de sécurité, soit escortées vers le port le plus proche (Sénégal ou Mauritanie)" http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news_releases/art40.html

¹³ Ibid at 1. p.11-13

¹⁴ Human Rights Watch (2009) Pushed Back, Pushed Around Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/italy0909webwcover_0.pdf

¹⁵ Court de Justice de l'Union Européenne, C-355/10, Parlement européen c Conseil de l'Union européenne, 5 Septembre 2012

La Décision du Conseil 2010/252 a été annulée le 5 septembre 2012 mais reste en vigueur jusqu'à ce qu'un nouveau texte soit adopté. D'après cette décision du Conseil, les gardes frontières, sont autorisés, durant des opérations maritimes :

«(f) à conduire le navire ou les personnes se trouvant à bord vers un pays tiers, ou à livrer le navire ou les personnes se trouvant à bord aux autorités d'un pays tiers".¹⁶

Rien ne permet de savoir si ces pouvoirs seront maintenus après qu'une nouvelle décision a été adoptée par le Conseil et le Parlement européen. En attendant, Frontex a la capacité de livrer des migrants interceptés en mer à des Etats tiers, c'est-à-dire avant que les migrants n'accèdent au territoire européen. Par conséquent, sur la base des obligations de Frontex de respecter les droits fondamentaux, et en particulier au vu de l'arrêt *Hirsi c. Italie*, on aurait attendu de l'agence qu'elle présente des garanties procédurales claires que tous les migrants interceptés en mer seront acheminés vers l'UE où ils/elles pourront demander l'asile ou faire étudier leur situation selon une procédure juste et équitable avant que toute décision de retour ne soit prise par les autorités compétentes. Aucune garantie n'est non plus donnée qu'aucun.e migrant.e appréhendé.e en mer ne sera transféré.e dans un pays tiers où il/elle serait susceptible de subir des traitements inhumains ou dégradants ou des actes de torture. Des éléments tangibles manquent à cet égard dans la stratégie des droits fondamentaux de Frontex.

4. Opérations de retours conjoints

Il est important de noter que la clause de suspension ou d'interruption ne s'applique pas aux opérations de retours conjoints. Cette décision ne semble pas logique si l'on considère que Frontex est souvent en charge de coordonner ce genre d'opérations. Plusieurs ONG ont fait état d'une utilisation disproportionnée de la force envers les migrants et de cas de traitements inhumains ou dégradants durant l'expulsion, y compris envers des enfants.¹⁷

Dans ce contexte, la mise en place d'un Code de Conduite portant spécifiquement sur les opérations de retours conjoints est la bienvenue, bien que la force légale de ce texte demeure incertaine (voir commentaires plus haut sur la nature des codes de conduite). Il est cependant surprenant que la stratégie des droits fondamentaux ne fasse pas explicitement référence aux Orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations communes d'éloignement par voie aérienne, décrite en annexe de la Décision du Conseil 2004/573/EC à laquelle il est fait référence dans la directive Retour.

L'absence d'une clause de suspension ou d'interruption applicable lors des opérations de retours conjoints pourrait être en contradiction avec les obligations de Frontex de respecter la Charte des droits fondamentaux. Frontex, comme toute institution ou agence de l'UE, a le devoir de s'assurer que les migrant.e.s ne seront pas soumi.se.s à des traitement inhumains ou dégradants durant ses opérations (article 4 de la Charte), et qu'ils/elles ne seront pas renvoyé.e.s dans des pays où ils/elles pourraient subir des actes de torture, et des traitements inhumains ou dégradants (article 19 de la Charte). Leur intégrité physique et

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126363&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1280714>

¹⁶ Ibid at 5

¹⁷ <http://www.irishrefugeecouncil.ie/wp-content/uploads/2011/08/Annual-Report-2011.pdf>

morale doit également être protégée (article 3 de la Charte). Les garanties contre ces violations manquent, y compris la suspension des opérations lorsque des éléments amènent à penser que les droits sont violés.

Enfin, dans une décision rendue en décembre 2011, la Cour de Justice de l'UE a souligné que «le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une présomption irréfragable selon laquelle l'État membre que l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 343/2003 désigne comme responsable respecte des droits fondamentaux de l'Union européenne».¹⁸

Bien que cette décision se réfère à la responsabilité des États membres dans l'application du Règlement 343/2003 (communément appelé le Règlement Dublin), la cour a malgré tout appuyé le fait que certaines défaillances pouvaient exister dans la manière dont les États membres mettent en oeuvre la Charte des droits fondamentaux. Plus récemment, la France a été accusée par le Rapporteur Spécial des Nations Unies pour les droits de l'Homme des migrants.e.s d'expulser collectivement les Roms.¹⁹

Ces exemples montrent que certaines défaillances des États membres peuvent conduire à la violation de l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux. La stratégie des droits fondamentaux devrait donc comprendre des mesures permettant à l'agence de s'assurer que chaque personne en instance d'expulsion aura vu sa situation étudiée de façon individuelle et juste (c'est à dire avec le droit à un recours effectif pour s'opposer à l'ordre d'expulsion).

5. Protection des données

Une des activités décrites dans le plan d'action des droits fondamentaux de Frontex touche directement à la protection des données personnelles. L'activité 17 s'intitule: «Assurer la protection adéquate des données personnelles: mettre en place les mesures et les procédures de gestion des données personnelles appropriées permettant de protéger les données personnelles.»

D'après Frontex, les données personnelles de migrants sont rarement collectées. La majeure partie des données personnelles collectées sont celles des membres de Frontex.²⁰ Toutefois, les données personnelles des migrants sont aussi collectées, ainsi que l'avait expliqué Frontex dans sa réponse au Protecteur européen des données en mai 2010 (liste des données personnelles relevées durant les opérations de retours conjoints et qui sont par la suite transmises aux compagnies aériennes).

La stratégie des droits fondamentaux ne spécifie pas si les migrants interceptés seront informés du fait que leur données personnelles sont relevées voire échangées avec EUROPOL, conservées, et de leurs droits en tant que personnes dont les données sont collectées.

¹⁸ Cour de Justice de l'Union européenne, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, 21 décembre 2011
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2105669>

¹⁹ <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12466&LangID=E>

²⁰ Echange par email avec le Protecteur des données, janvier 2012

De plus, le flou demeure sur la façon dont Frontex parvient à obtenir certaines informations permettant d'arrêter des individus "suspects" dans les pays tiers ou aux frontières, ce dont l'agence fait mention par exemple dans son dernier rapport annuel (quatre personnes "suspectées de faciliter le passage clandestine" ont été arrêtées durant l'opération Hubble conduit aux aéroports de Tripoli, Alger et Tunis, p.34; refus d'entrer à des Albanais suivant l'émission "d'alertes" à leur sujet, p.11).

Il n'existe aucune garantie que la stratégie des droits fondamentaux permettra d'assurer que la transmission d'information à Frontex, par exemple par les forces de l'ordres d'un pays tiers afin d'identifier des individus "suspects", ne se fera pas en violation du droit de toute personne à quitter tout pays y compris le sien (article 13 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme), **le droit à la liberté et la sécurité** (article 6 de la Charte) **et le droit d'asile** (article 18 de la Charte).

Cela fait plusieurs années que Frontex collecte des données personnelles sans qu'aucune mesure d'application de la Directive 45/2001 n'ait été adoptée. A ce jour, aucune information pubilque n'existe permettant de savoir si de telles mesures ont été prises. Cependant, d'après le Protecteur des données en janvier 2012, ce-dernier faisant référence au Règlement 2004/2007 dans sa version amendée:

*«Le point 31 de l'opinion du Protecteur des données le 17 mai 2010 soulignait en effet qu'il n'y avait aucune règle spécifique dans la proposition [du nouveau mandat de Frontex] précisant les droits des personnes dont les données sont collectées, et stipulant les informations devant être apportées aux personnes dont les données sont collectées. Bien qu'en effet **le texte adopté ne comporte pas de telles mesures**, il doit être rappelé que les article 11 et 19 du Règlement (EC) No 45/2001 s'appliquent dans tous les cas»* [souligné par Statewatch].²¹

L'absence prolongée de mesure d'application tangibles de protection des données est particulièrement préoccupante si l'on considère le nouveau mandat de Frontex qui permet à l'agence de collecter les données personnelles durant toutes les opérations, les conserver jusqu'à trois mois (10 jours pour les retours conjoints) et les échanger avec EUROPOL et d'autres agences européennes (sur la base d'accords de coopération approuvés par le Protecteur des données).

Ceci est d'autant plus inquiétant que Frontex est sur le point de jouer un role majeur dans la centralisation et la coordination de l'échange d'information via EUROSUR. **Il est donc important que la stratégie des droits fondamentaux comprenne des garanties claires et détaillées de protection des données ainsi que des moyens de recours si les droits des personnes dont les données ont été collectées sont violés**, en application de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux.

6. Relations avec les pays tiers et respect du principe de non refoulement

Bien que cet aspect n'ait pas été abordé spécifiquement pas le Médiateur, il semble nécessaire de revenir sur la stratégie des droits fondamentaux de Frontex dans le cadre de la coopération extérieure de l'agence. **Frontex peut signer des accords de coopération avec des Etats tiers**

²¹ Ibid

sans aucun contrôle démocratique, sans accord préalable de la Commission et du Parlement européen, et sans consulter le FC.

D'après l'intitulé de l'activité 15 du plan d'action des droits fondamentaux: «Les négociations d'accords de coopération avec les Etats tiers prendront en compte la stratégie des droits fondamentaux».

Cependant, l'absence d'évaluation de l'impact des opérations de Frontex sur les droits de l'Homme (coopération aux frontières, opérations, retours) pose problème et **semble suggérer que l'impact de la coopération avec les Etats tiers sur les droits fondamentaux est sous-estimée.**

La coopération avec les Etats tiers est clairement décrite dans les accords de coopération comme un moyen de "contrer l'immigration illégale/irrégulière et le crime transfrontalier qui lui est associé", ainsi que de "renforcer la sécurité aux points pertinents de la frontière entre l'UE" et l'Etat tiers concerné. Ainsi qu'exposé plus haut, **aucun mécanisme de suivi/évaluation ou de supervision n'existe pour assurer que la coopération ne contreviendra pas au droit des migrant.e.s de quitter leur pays ou au principe de non refoulement.**

Par ailleurs, d'après le Règlement Frontex, les officiers de liaison «devront seulement être déployés dans les Etats tiers où la gestion des frontières respecte un minimum les droits de l'Homme». **Frontex n'a donné aucun détail sur la façon dont ce respect minimum sera évalué.** De plus, il est particulièrement préoccupant que l'envoi des officiers de liaison ne prenne pas en compte au préalable la situation générale des droits de l'Homme dans le pays tiers et se limite à l'évaluation des pratiques durant la gestion des frontières, et ce alors que des ONG internationales et locales font état de violations des droits de l'Homme dans certains pays de coopération (par exemple au Nigeria²²). Le fait que certaines personnes décident de ne pas rester dans ces pays peut indiquer en effet que la situation des droits de l'Homme n'y est pas satisfaisante. L'absence d'une étude globale de la situation des droits de l'Homme dans ces pays est donc préoccupante. Cette compréhension partielle des raisons qu'ont les migrants de quitter le pays d'origine ou de transit a été vivement critiquée lors de la publication par Frontex d'une étude sur les mineurs non accompagnés.²³

Bien que la responsabilité de Frontex dans les pays tiers ne soit pas clairement établie, et alors que l'Agence ne doit pas "aborder le bien-fondé des décisions de retour" (article 9 du Règlement revise 2004/2007), la jurisprudence CEDH (prohibition de la torture, et des traitements inhumains ou dégradants) suggère que Frontex devrait s'assurer que les personnes renvoyées lors de retours conjoints ne seront pas soumises à des traitements inhumains ou dégradants dans le pays de renvoi. Cette obligation ne peut être remplie sans, au minimum, que la situation des droits de l'Homme dans ces pays soit évaluée avant le renvoi. Cependant, le cadre juridique

²² <http://www.amnesty.org/en/region/nigeria/report-2012>
http://www.omct.org/files/2010/05/20688/nigeria_mission_report.pdf

²³ "The findings as presented in this study are incomplete, partial and in some instances contain stigmatizing statements about unaccompanied children", in Separated Children in Europe Programme, Save the children, Human Rights Watch: Letter to Frontex's Executive director regarding *Frontex's study on unaccompanied minors in the migration process*, 29 June 2011 http://www.separated-children-europe-programme.org/publications/Letter_Frontex_study_unaccompanied_minors_from_SC_HRC_SCEP_29062011.pdf

applicable et la responsabilité de Frontex au regard du droit européen et international sont peu clairs à ce sujet. Les accords de coopérations comprennent en effet un article selon lequel l'application de l'accord «ne constitue pas une mise en pratique des obligations internationales de l'Union européenne» et des Etats tiers. **Cela signifie-t-il que Frontex agit en dehors du droit international?** Ou que Frontex ne peut être tenue responsable en cas de violation du droit international? Quelle est la validité de ces accords?

De plus, à la lumière du récent jugement de la CJUE concernant la Décision du Conseil 2010/252 et l'arrêt *Hirsi c Italie* de la CEDH, et ainsi que souligné plus haut, les opérations en mer menées dans le cadre d'une coopération avec un Etat tiers, à l'appui d'un accord bilatéral entre un Etat membre et un pays tiers ou d'un accord de coopération signé par Frontex devraient faire l'objet d'un contrôle particulier par le FC, le CDF, le Parlement européen et la Commission. Les récents accords de coopération pour le contrôle aux frontières et la surveillance maritime entre l'Italie et la Libye d'une part ²⁴ et entre Malte et la Libye d'autre part²⁵, sont des exemples de situations pouvant conduire à des opérations de Frontex dans les eaux libyennes et la frontière libyenne.

Enfin, le rôle des officiers de liaison en provenance des Etats tiers, qui pourront être accueillis au sein de l'agence "pour une durée limitée" (article 14(3)), est peu clair: aucun détail n'est donné sur la nature de ces visites, en quoi elles consisteront, et quelles informations leur seront accessibles. **Aucune évaluation a priori de l'impact de cette coopération sur les droits fondamentaux, ainsi que les mesures de protection des droits de l'Homme durant cette coopération, n'ont été rendues publiques à ce jour.**

7. Mécanismes de suivi/évaluation

Les mécanismes de suivi/évaluation sont essentiels pour permettre une protection et une promotion effectives des droits fondamentaux. Le fait que Frontex décide de prendre acte des allégations de violations des droits indiquées par des parties tierces est une avancée positive. Il est également bienvenu que l'agence prévienne de réagir aux violations des droits, notamment par le biais de mécanismes correcteurs (dont il est fait mention dans la stratégie des droits fondamentaux). Toutefois, certains éléments continuent de poser problème:

- Pas de référence explicite aux Orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations communes d'éloignement par voie aérienne, décrite en annexe de la Décision du Conseil 2004/573/EC
- Pas de mécanisme de suivi/évaluation clairement défini concernant la collecte, l'utilisation et l'échange des données personnelles: le Protecteur des données est seulement inclus dans le processus avant que les données soient échangées, c'est-à-dire durant la négociation des accords de coopération avec les autres agences européennes.
- Les processus d'évaluation des responsabilités demeurent purement internes (CDF employé.e par Frontex; Comité d'Administration; Directeur exécutif compétent pour suspendre ou interrompre une opération) ce qui pourrait affecter leur transparence et l'efficacité. Quant au FC, sa capacité à remplir sa mission et à accéder à l'information demeure peu claire (voir commentaires plus haut).

²⁴ <http://www.statewatch.org/news/2012/sep/01italy-libya-immigration-cooperation.html>

²⁵ <http://www.afm.gov.mt/NewsDetails?l=1&nid=1745&cid=87>

- L'absence d'opportunité pour le FC et/ou le CDF de pouvoir mener des visites prévues et imprévues durant les activités de Frontex.
- L'absence de mécanismes de suivi/évaluation concernant les opérations et la coopération avec les Etats tiers: l'approbation de la Commission européenne avant l'envoi d'officiers de liaison demeure insuffisante.
- L'absence de mécanismes de plainte et de recours dans le cas de violation des droits durant les opérations Frontex: les moyens d'action en cas de violation des droits lorsque la responsabilité de Frontex est potentiellement engagée demeurent incomplets si les victimes n'ont pas accès à un recours effectif (article 13 de la Charte)

8. Responsabilité de Frontex en cas de violations des droits

La protection des droits fondamentaux se fonde sur deux éléments majeurs: des mécanismes préventifs effectifs et des moyens correctifs efficaces comprenant notamment un recours effectif pour les victimes et des sanctions pour les responsables de ces violations des droits. Malheureusement, la stratégie des droits fondamentaux de Frontex n'est satisfaisante ni au regard de moyens de prevention, ni dans le domaine des recours.

La stratégie des droits fondamentaux de Frontex s'appuie principalement sur des moyens préventifs peu contraignants: l'importance est donnée à la formation des gardes-frontières, au respect du Code de Conduite, et aux mécanismes d'évaluation internes.

Il manque un recours effectif contre les violations des droits fondamentaux, et ce parce que Frontex dénie sa responsabilité directe dans des actes potentiels de violation des droits fondamentaux au cours de ses opérations. Frontex est sous la juridiction de la Cour de Justice de l'UE. Cependant, la cour n'est pas compétente pour examiner les plaintes individuelles. L'absence de mécanisme de plainte spécifique signifie donc que personne ne peut enregistrer de plainte contre ce qui serait considéré comme une violation des droits fondamentaux durant une opération Frontex. Est-ce à dire que les victimes n'ont pas de droits dans la stratégie des droits fondamentaux?

Frontex explique qu'elle n'a pas «autorité pour décider des cas individuels, puisque c'est là la seule compétence des Etats membres» et que «les membres de Frontex n'ont pas de pouvoirs exécutifs dans le domaine des contrôles aux frontières; ces pouvoirs incombent seulement aux autorités des Etats membres. Par conséquent, toute personne qui affirme qu'il a été porté atteintes à ses droits fondamentaux par un acte commis par cette autorité peut enregistrer une plainte au niveau national ou européen suivant les mécanismes de plainte existants». Une telle interprétation de la responsabilité de l'Agence semble erronée à deux égards.

Tout d'abord, **le fait que l'agence n'ait pas de "pouvoirs exécutifs" n'annule en rien le fait que Frontex est unes des parties prenantes de ces opérations.** Une entité qui joue un rôle de premier plan dans l'interception, l'interview, le retour des migrant.e.s, qui dispose de leurs données personnelles ne peut pas arguer qu'elle ne porte aucune responsabilité dans la manière dont les droits fondamentaux sont respectés et éventuellement mis à mal. On peut ici faire référence à la résolution 1821 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'interception et le sauvetage en mer des demandeurs d'asile, des réfugiés et des migrants

irréguliers, qui mentionne la “juridiction de jure ou de facto”.²⁶ L'existence même d'une stratégie des droits fondamentaux montre que Frontex prend la mesure de cet état de fait. L'absence de mécanisme de plainte semble suggérer que l'agence manque de reconnaître son obligation de protéger et de promouvoir les droits fondamentaux, ce qui semble en contradiction avec la “politique de tolérance zéro” prônée par l'agence.

De plus, il ne semble pas correct d'affirmer que l'agence agit en simple coordinatrice et n'a pas de responsabilité directe dans la façon dont sont conduites les opérations, en particulier depuis la révision du mandat de l'agence. Frontex pourra désormais décider de l'envoi d'équipes de gardes frontières européens et de l'équipement à envoyer durant les opérations. Les gardes frontières européens peuvent être détachés auprès de l'agence pour une période allant jusqu'à six mois, ce qui signifie qu'ils peuvent être sous le contrôle de l'agence durant six mois. Par ailleurs, la responsabilité de l'agence est directement et pleinement engagée dans la mise en oeuvre des accords signés avec les Etats tiers, et notamment en ce qui concerne la coopération technique avec ces pays, et le comportement des officiers de liaisons déployés sur place. La récente décision de la CJUE concernant la Décision du Conseil 2010/252 souligne que les pouvoirs actuels des gardes frontières durant les opérations maritimes «permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées».²⁷

Frontex affirme que «toute personne affirmant qu'il a été porté atteintes à ses droits fondamentaux par un acte commis par cette autorité peut enregistrer une plainte au niveau national ou européen suivant les mécanismes de plainte existants». Cela suppose cependant que Frontex assure que tous les migrant.e.s appréhendés aient la possibilité d'accéder au territoire d'un Etat membre pour qu'une plainte puisse éventuellement y être enregistrée, et que les migrant.e.s soient informé.e.s (dans une langue qu'ils/elles comprennent) de la possibilité d'enregistrer une plainte s'ils/elles jugent que leurs droits ont été mis à mal. Ces garanties ne sont pas données par Frontex.

Par ailleurs, l'absence de mécanisme de plainte semble en violation du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux. En niant à toute victime potentielle le droit d'enregistrer une plainte, Frontex contrecarre la procédure légale selon laquelle il incombe à une cour, et non pas à une agence européenne, de juger de la recevabilité d'une plainte.

Il est important de noter qu'à ce jour aucune procédure disciplinaire n'a été adoptée par Frontex. L'agence a informé Statewatch, en réponse à une demande d'information par email, que «le système disciplinaire de Frontex sera adopté par le Comité d'Administration lors du prochain meeting tenu à l'automne».²⁸ Néanmoins, nulle mention n'est faite de la prévision de l'adoption d'une telle procédure dans la réponse au Médiateur. Par ailleurs, l'adoption à venir d'une procédure disciplinaire ajoute à l'ambiguïté de Frontex quant à sa responsabilité. Pourquoi une telle procédure s'il n'y a pas besoin de mécanismes de plainte? L'existence de procédures disciplinaires est-elle compatible avec l'absence de mécanismes de plainte?

²⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1821 (2011): *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/FRES1821.htm>

²⁷ Ibid 11

²⁸ Correspondance par email avec Frontex le 12 juillet 2012.

Conclusion

Au vu du récent amendement du mandat de Frontex, l'agence peut:

- Initier des opérations jointes
- Engager une coopération directe avec les Etats tiers
- Identifier les Etats tiers où envoyer des officiers de liaison et décider, sur la base d'une décision du Comité d'Administration, de les y déployer
- Conduire ou coordonner des opérations jointes
- Renvoyer des migrant.e.s irrégulier.e.s
- Echanger des informations avec EUROPOL, y compris des données personnelles
- Utiliser les données personnelles et conserver ces données jusqu'à trois mois

Les autorités chargées de vérifier que Frontex respecte bien la Charte des droits fondamentaux sont principalement des entités internes (Comité d'Administration, Chargé des droits fondamentaux, Directeur Exécutif). Aux incertitudes quant à la capacité d'action du FC et du CDF s'ajoutent de réelles préoccupations concernant l'effectivité des mécanismes mis en avant et les manquements importants dans la stratégie des droits fondamentaux.

Depuis plusieurs années, Frontex a joué un rôle croissant dans l'évaluation des "menaces" et des "risques" aux frontières extérieures de l'UE. Le processus de décision s'inspire grandement de ces analyses de risques, ainsi que le prouve le dernier rapport de la Commission sur le régime de libéralisation des visas dans les Balkans occidentaux:

"Les rapports d'alerte FRONTEX donnent une analyse détaillée des tendances des dynamiques migratoires de la région en direction de l'UE. Ces rapports sont utiles à une meilleure compréhension du phénomène d'abus de la libéralisation du régime des visas, à l'évaluation et à l'identification de mesures concrètes pour répondre à ces défis".²⁹

D'après la Commission,

"En ce qui concerne les agences jouant un rôle dans la préparation ou la prise de décisions, l'un des objectifs a consisté à renforcer la crédibilité et l'autorité de ces décisions, les agences contribuant à démontrer qu'elles sont prises pour des raisons techniques ou scientifiques. Pour y parvenir, les agences doivent fonder leurs décisions sur des informations et une expertise fiables. La **transparence** et la **compétence scientifique** constituent donc à cet égard des exigences essentielles. Cet objectif entraîne également un défi, un équilibre devant être trouvé entre cette dimension technique des agences et la nécessité de veiller à ce que l'ensemble des organismes publics **assument pleinement leurs responsabilités**" [souligné par Statewatch].³⁰

²⁹ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on third report on the Post-Visa Liberalisation Monitoring for the Western Balkan countries in accordance with the Commission Statement of 8 November 2010, 5 September 2012, 13273/12
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st13/st13273.en12.pdf>

³⁰ Commission Européenne, Agences européennes – Orientations pour l'avenir, COM/2008/0135 final */
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0135:FIN:FR:PDF>

La méthodologies et les pratiques de Frontex ne remplissent pas les critères établis par la Commission. Les analyses de risques ont été critiquées par des ONG comme pouvant conduire à des pratiques discriminatoires. Les associations ont également remis en cause la valeur «scientifique» des conclusions tirées dans ces rapports. De plus, il semble que Frontex manque de transparence dans de nombreux domaines, et n'assume pas ses responsabilités.

Il semble donc que la stratégie des droits fondamentaux présentée par Frontex soit inadéquate. Les garanties et les mécanismes de *reporting* apparaissent insuffisants au vu de l'engagement de l'agence et de ses responsabilités dans l'initiation, la coordination et la conduite des contrôles aux frontières extérieures de l'UE. L'absence de recours pour les victimes éventuelles et le déni de Frontex de toute responsabilité directe en cas de violation des droits reflète une mésinterprétation inquiétante du mandat de l'agence tel que révisé en 2011. La révision du mandat de Frontex n'a pas clarifié la nature de l'agence, simple instrument inter-étatique ou agence indépendante responsable de ses actes. L'absence de contrôle démocratique sur les activités de Frontex, y compris la coopération avec les pays tiers, est particulièrement troublante et souligné comme tel par le Conseil de l'Europe dans une résolution adoptée au moment de la révision du mandat de l'agence.³¹ La stratégie des droits fondamentaux, mise en œuvre sur ces fondations peu claires, prend donc le risque d'avoir un impact limité sur la protection et la promotion des droits fondamentaux.

³¹ Ibid 20. "L'Assemblée est inquiète de l'absence de clarté en ce qui concerne les responsabilités respectives des Etats membres de l'Union européenne et de Frontex, et du manque de garanties adéquates du respect des droits fondamentaux et des normes internationales dans le cadre des opérations conjointes coordonnées par cette agence. Alors que l'Assemblée se félicite des propositions présentées par la Commission européenne pour modifier le règlement de cette agence afin de renforcer les garanties du plein respect des droits fondamentaux, elle les juge insuffisantes et souhaiterait que le Parlement européen soit chargé du contrôle démocratique des activités de cette agence, notamment eu égard au respect des droits fondamentaux".