Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 17 avril 2012 [1]

Affaire C-355/10

Parlement européen
contre

Conseil de l'Union européenne

«Recours en annulation — Décision 2010/252/UE — Compétences d'exécution — Limites — Règlement (CE) nº 562/2006 — Code frontières Schengen — Surveillance des frontières»

1. Dans la présente affaire, le Parlement européen demande à la Cour de justice de l'Union européenne l'annulation de la décision du Conseil 2010/252/UE, du 26 avril 2010, visant à compléter le code frontières Schengen [2] en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes 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 (ci-après la «décision attaquée») [3]. Au cas où il serait fait droit au recours, le Parlement demande le maintien des effets de la décision attaquée jusqu'à son remplacement.

I – Le cadre réglementaire et la décision attaquée

2. Le code frontières Schengen (ci-après le «CFS») établit, entre autres, les règles applicables au contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (article 1er, deuxième alinéa). Au sens de son article 3, sous b), il s'applique «sans préjudice des droits des réfugiés et des personnes demandant une protection internationale, notamment en ce qui concerne le non-refoulement».

3. La notion de «frontières extérieures» est définie à l'article 2, paragraphe 2, comme «les frontières terrestres des États membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres, pour autant qu'ils ne soient pas des frontières intérieures». Le même article 2 définit, au paragraphe 10, les «vérifications aux frontières» comme étant «les vérifications effectuées aux points de passage frontaliers afin de s'assurer que les personnes, y compris leurs moyens de transport et les objets en leur possession peuvent être autorisés à entrer sur le territoire des États membres ou à le quitter». Quant à la notion de

1 — Langue originale: l'italien.

2 — Décision du Conseil, du 26 avril 2010, visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes 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 (JO L 111, p. 20). Règlement (CE) nº 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) (JO L 105, p. 1).

3 — JO L 111, p. 20.

«surveillance des frontières», elle est définie à l'article 2, paragraphe 11, comme étant «la surveillance des frontières entre les points de passage et la surveillance des points de passage frontaliers en dehors des heures d'ouverture fixées, en vue d'empêcher les personnes de se soustraire aux vérifications aux frontières».

4. Le titre II du CFS, intitulé «Frontières extérieures», comporte quatre chapitres. Le chapitre II contient les dispositions visant à réglementer les vérifications aux frontières portant sur les personnes par les gardes-frontières, la surveillance des frontières et le refus d'entrée.

5. Les dispositions relatives à la surveillance des frontières sont contenues à l'article 12, dont les paragraphes 1 à 4, qui définissent l'objet de la surveillance, les pouvoirs des gardes-frontières et les modalités d'exercice de la surveillance, sont rédigés comme suit:

«1. La surveillance des frontières a pour objet principal d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière, de lutter contre la criminalité transfrontalière et de prendre des mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement la frontière.

2. Les gardes-frontières agissent en unités fixes ou mobiles pour procéder à la surveillance des frontières extérieures. Cette surveillance est effectuée de manière à empêcher et à dissuader les personnes de se soustraire aux vérifications aux points de passage frontaliers.

3. La surveillance entre les points de passage frontaliers est assurée par des gardes-frontières dont les effectifs et les méthodes sont adaptés aux risques et aux menaces existants ou prévus. Les périodes de surveillance sont modifiées de manière fréquente et inopinée, de sorte que les passages de personnes qui franchissent la frontière sans autorisation risquent en permanence d'être découverts.

4. La surveillance est effectuée par des unités fixes ou mobiles qui accomplissent leur mission en patrouillant ou en se postant à des endroits réputés ou présumés sensibles, l'objectif de cette surveillance consistant à appréhender les individus franchissant illégalement la frontière. La surveillance peut également être exercée à l'aide de moyens techniques, y compris électroniques.»

6. Le paragraphe 5 de l'article 12, tel que modifié par l'article 1er, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 296/2008 [4], prévoit:

«Des mesures supplémentaires applicables à la surveillance peuvent être arrêtées. Ces mesures visant à modifier des éléments non essentiels du présent règlement en le complétant sont arrêtées en conformité avec la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 33, paragraphe 2» [5].

7. L'article 33, paragraphe 2, du CFS, également modifié par le règlement nº 296/2008, dispose:

«Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, l'article 5 bis, paragraphes 1 à 4, et l'article 7 de la décision 1999/468/CE [6] s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.»

4 — Règlement (CE) nº 296/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2008, modifiant le règlement nº 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission (JO L 97, p. 60).

5 — Il est disposé comme suit au quatrième considérant du règlement nº 296/2008: «Il convient d'habiliter la Commission à arrêter certaines modalités pratiques de la surveillance des frontières et à modifier certaines annexes. Ces mesures ayant une portée générale et ayant pour objet de modifier des éléments non essentiels du règlement (CE) nº 562/2006, y compris en le complétant par l'ajout de nouveaux éléments non essentiels, elles doivent être arrêtées selon la procédure de réglementation avec contrôle prévue à l'article 5 bis de la décision 1999/468/CE.»

6 — Décision du Conseil, du 28 juin 1999, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (JO L 184, p. 23, ci-après la «décision 'comitologie'»), adoptée en vertu de l'article 202, troisième alinéa, CE. La décision a été abrogée par le règlement (UE) nº 182/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 2011, établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (JO L 55, p. 13), adopté en vertu de l'article 291, paragraphe 3, TFUE. L'article 12 de ce règlement prévoit que les effets de l'article 5 bis de la décision 1999/468 sont maintenus aux fins des actes de base existants qui y font référence.

8. L'article 5 bis de la décision «comitologie», introduit par la décision 2006/512/CE [7], réglemente un nouveau type de modalités d'exercice des compétences d'exécution, appelé «procédure de réglementation avec contrôle». Cette procédure est suivie pour les mesures de portée générale ayant pour objet de modifier des éléments non essentiels d'un acte de base adopté selon la procédure visée à l'article 251 du traité, y compris en supprimant certains de ces éléments, ou en le complétant par l'ajout de nouveaux éléments non essentiels (troisième considérant de la décision 2006/512 et article 2, paragraphe 2, de la décision «comitologie»).

9. La décision attaquée a été adoptée en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du CFS, conformément à la procédure prévue à l'article 5 bis, paragraphe 4, de la décision «comitologie», qui s'applique lorsque les mesures prévues par la Commission européenne ne sont pas conformes à l'avis du comité institué par le paragraphe 1 du même article, ou lorsque le comité n'a pas émis d'avis [8]. En vertu de cette procédure, la Commission soumet sans tarder une proposition relative aux mesures à prendre au Conseil de l'Union européenne et la transmet en même temps au Parlement [article 5 bis, paragraphe 4, sous a)]. Si le Conseil envisage d'adopter les mesures proposées, il les soumet sans tarder au Parlement [article 5 bis, paragraphe 4, sous d)] qui, «statuant à la majorité des membres qui le composent dans un délai de quatre mois à compter de la transmission de la proposition conformément au point a), peut s'opposer à l'adoption des mesures en cause, tout en motivant son opposition par l'indication que les mesures proposées excèdent les compétences d'exécution prévues dans l'acte de base, ou que ces mesures ne sont pas compatibles avec le but ou le contenu de l'acte de base, ou ne respectent pas les principes de subsidiarité ou de proportionnalité» [article 5 bis, paragraphe 4, sous e)]. Si le Parlement s'oppose aux mesures proposées, celles-ci ne sont pas arrêtées [article 5 bis, paragraphe 4, sous f)]. Dans le cas contraire, les mesures sont arrêtées par le Conseil [article 5 bis, paragraphe 4, sous g)].

10. Il ressort des deuxième et onzième considérants de la décision attaquée que cette dernière s'est fixé comme objectif l'adoption de règles communes supplémentaires pour la surveillance des frontières maritimes assurée par les gardes-frontières et coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (ci-après l'«Agence» ou «Frontex»), instituée par le règlement (CE) nº 2007/2004 (ci-après le «règlement Frontex») [9]. Cette décision se compose de deux articles et d'une annexe divisée en deux parties respectivement intitulées «Règles applicables aux opérations aux frontières maritimes coordonnées par l'Agence» et «Lignes directrices applicables aux cas de recherche et de sauvetage et au débarquement dans le cadre d'une opération aux frontières maritimes coordonnée par l'Agence». En vertu de l'article 1er, «[l]a surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle entre États membres coordonnée par l'Agence […] s'effectue dans le respect des règles définies dans la partie I de l'annexe. Les règles et les lignes directrices non contraignantes énoncées dans la partie II de l'annexe font partie du plan opérationnel élaboré pour chaque opération coordonnée par l'Agence».

11. La partie I de l'annexe édicte, au point 1, certains principes généraux visant, entre autres, à garantir que les opérations de surveillance maritime soient exécutées dans le respect des droits fondamentaux et du principe de non-refoulement. Le point 2 contient des dispositions détaillées relatives à l'interception et présente les mesures qui peuvent être adoptées dans le cadre de l'opération de surveillance «à l'encontre de navires ou d'autres bateaux au sujet desquels il existe des motifs sérieux de soupçonner qu'ils transportent des personnes ayant l'intention de se dérober aux contrôles aux

7 — Décision du Conseil, du 17 juillet 2006, modifiant la décision 1999/468 (JO L 200, p. 11).

8 — En l'espèce, il ressort du dix-huitième considérant de la décision attaquée que le comité du code frontières Schengen, consulté le 19 octobre 2009, n'a pas émis d'avis. Dans la requête, le Parlement a rapporté que, au sein du comité, seuls huit États membres avaient voté en faveur des mesures proposées par la Commission, sur un total de 67 votes, et que, par conséquent, le seuil de 223 votes, requis pour l'adoption d'un avis, n'avait pas été atteint.

9 — Règlement (CE) nº 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 (JO L 349, p. 1). Le contenu de ce règlement fera l'objet d'une analyse plus détaillée lors de l'examen des moyens du Parlement.

points de passage frontaliers» (point 2.4). Les conditions d'adoption de ces mesures varient selon que l'interception du navire a lieu dans les eaux territoriales ou dans la zone contiguë d'un État membre (point 2.5.1) ou en haute mer (point 2.5.2). La partie II de l'annexe prévoit, au point 1, des dispositions pour les unités participant à l'opération de surveillance dans les situations de recherche et de sauvetage, y compris en ce qui concerne la communication et la transmission d'informations au Centre de coordination compétent territorialement et au Centre de coordination de l'opération, et elle définit certaines conditions d'existence d'une situation d'urgence (point 1.4). Le point 2 fixe des directives sur les modalités de débarquement des personnes interceptées ou secourues.

II – La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

12. Par requête déposée au greffe de la Cour le 12 juillet 2010, le Parlement a introduit le recours objet de la présente affaire. La Commission est intervenue au soutien des conclusions du Conseil. Les agents des trois institutions ont été entendus lors de l'audience qui s'est tenue le 25 janvier 2012.

13. Le Parlement demande à ce qu'il plaise à la Cour annuler la décision attaquée, décider que les effets de cette dernière sont maintenus jusqu'à son remplacement et condamner le Conseil aux dépens.

14. Le Conseil demande à ce qu'il plaise à la Cour déclarer le recours comme irrecevable ou, à titre subsidiaire, rejeter le recours comme infondé, et condamner le Parlement aux dépens.

15. La Commission demande à ce qu'il plaise à la Cour rejeter le recours et condamner le Parlement aux dépens.

III – Sur le recours

A – *Sur la recevabilité*

16. Le Conseil invoque, à titre principal, l'irrecevabilité du recours. Selon lui, le Parlement a été déchu de son droit de contester la décision attaquée devant la Cour, dès lors qu'il n'a pas exercé son droit de s'opposer à l'adoption de celle-ci, prévu à l'article 5 bis, paragraphe 4, sous e), de la décision «comitologie». Bien qu'il ne s'agisse pas d'un acte du Parlement, la décision attaquée lui serait en quelque sorte imputable, dès lors qu'elle a été adoptée également grâce à son accord. Le Parlement n'aurait donc pas d'intérêt à agir dans le cadre du présent recours, qui se fonde sur les mêmes moyens — dépassement des limites des compétences d'exécution — qui lui auraient permis de s'opposer à l'adoption de la décision attaquée dans le cadre de la procédure de réglementation avec contrôle.

17. J'estime que l'exception doit être rejetée.

18. Ainsi que le Parlement l'a fait observer à juste titre lors de l'audience, le fait de lui reconnaître un droit de recours au même niveau que le Conseil et la Commission constitue un élément-clé de l'architecture constitutionnelle de l'Union et l'une des étapes du processus de démocratisation de son cadre institutionnel.

19. La Cour a clairement affirmé que l'exercice du droit de recours par les requérants dits «privilégiés» n'est pas subordonné à la démonstration de l'existence d'un intérêt à agir [10] et qu'il n'est pas non plus conditionné par la position prise par l'État membre [11] ou par l'institution [12] lors de la procédure d'adoption de l'acte attaqué.

10 — Arrêts du 26 mars 1987, Commission/Conseil (45/86, Rec. p. 1493), et du 1er octobre 2009, Commission/Conseil (C-370/07, Rec. p. I-8917, point 16).

11 — Arrêt du 12 juillet 1979, Italie/Conseil (166/78, Rec. p. 2575).

12 — Arrêt du 21 janvier 2003, Commission/Parlement et Conseil (C-378/00, Rec. p. I-937).

20. Dans le cadre de la procédure de réglementation avec contrôle, le Parlement n'a pas l'obligation de s'opposer à l'adoption de l'acte, y compris lorsqu'il estime qu'il existe des motifs d'illégalité lui permettant d'exercer son droit de veto. Sa position peut par conséquent également dépendre de considérations d'ordre politique, ainsi que cela semble avoir été le cas pour la décision attaquée [13], sans que cela implique la perte de son droit à demander et à obtenir l'annulation de l'acte postérieurement à son adoption. En outre, il est évident que le contrôle de la légalité d'un acte au moyen de l'exercice d'un droit de veto au cours de sa procédure d'adoption, dès lors justement que ce dernier peut être subordonné à des considérations d'ordre politique, ne saurait être considéré comme se substituant au contrôle juridictionnel.

21. Le Conseil précise que le Parlement conserverait son droit d'agir contre l'acte en question, mais pas pour les raisons qui lui auraient permis de s'opposer à son adoption. Concrètement, cette limitation obligerait le Parlement à attaquer cet acte sur le fondement de moyens liés au fond des mesures d'exécution qu'il contient, sans que ces dernières aient fait l'objet d'un débat politique normal au niveau législatif.

22. Enfin, j'observe, à titre surabondant, que, pour l'exercice du droit de veto du Parlement dans le cadre de la procédure de réglementation avec contrôle, une majorité [14] supérieure à celle habituellement prévue pour les délibérations du Parlement [15] est requise, et que l'introduction d'un recours devant la Cour de justice par le président du Parlement au nom de ce dernier, si elle est faite sur recommandation de la commission compétente, peut être décidée même en l'absence d'un vote de l'assemblée parlementaire [16]. Refuser au Parlement le droit d'introduire un recours en annulation contre un acte adopté dans le cadre de la procédure de réglementation avec contrôle, malgré la position exprimée au cours de cette procédure, signifie donc, entre autres, priver la minorité parlementaire d'un instrument de protection.

23. Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, j'estime que le recours doit être déclaré comme recevable.

B – *Sur le fond*

24. Le Parlement estime que la décision attaquée dépasse les limites des compétences d'exécution fixées à l'article 12, paragraphe 5, du CFS et, par conséquent, qu'elle excède le champ d'application de sa base juridique. Dans ce contexte, le Parlement avance trois moyens. En premier lieu, la décision attaquée introduirait de nouveaux éléments essentiels au CFS. En deuxième lieu, elle modifierait des éléments essentiels du CFS. En troisième lieu, elle interférerait avec le système créé par le règlement Frontex. Chacun de ces moyens fait l'objet ci-dessous d'un examen distinct.

25. Avant de procéder à cet examen, il convient toutefois de parcourir brièvement les étapes de la jurisprudence de la Cour sur la portée et sur les limites des compétences d'exécution des actes communautaires, en ce qui concerne les aspects pertinents en l'espèce.

13 — Le Parlement explique qu'un nombre important de parlementaires qui ont voté en faveur de la décision attaquée estimaient qu'elle dépassait les compétences d'exécution conférées par le CFS, mais qu'il était en tout état de cause préférable que l'Union se dote d'un instrument juridique, aussi imparfait soit-il, afin d'affronter l'augmentation de l'immigration par la mer attendue pour l'été de l'année 2010.

14 — Majorité des membres qui composent le Parlement, en vertu de l'article 5 bis, paragraphe 4, sous e), de la décision «comitologie».

15 — Majorité des votes exprimés en vertu de l'article 231 TFUE.

16 — Voir article 128, paragraphe 3, du règlement intérieur du Parlement. Cette disposition précise que «[l]e Président peut saisir l'assemblée plénière de la décision du maintien du recours au début de la période de session suivante. Si l'assemblée plénière se prononce à la majorité des voix exprimées contre le recours, il retire celui-ci».

1. La jurisprudence sur la portée et sur les limites des compétences d'exécution des actes communautaires

26. La portée et les limites des compétences d'exécution de la Commission ont été définies par la Cour dans une jurisprudence inaugurée dans les années 70 avec l'arrêt Köster et Berodt & Co.[17]. Dans l'affaire se trouvant à l'origine de cet arrêt, la Cour avait été invitée à se prononcer à titre préjudiciel, entre autres, sur la légalité de la procédure du comité de gestion instituée par un règlement en matière agricole. À cette occasion, elle a précisé que, sur la base de la distinction, voulue par le traité lui-même, entre les actes qui trouvent directement leur base dans le traité et les mesures destinées à assurer leur exécution, le législateur a le pouvoir de fixer dans les premiers les «éléments essentiels de la matière a régler», en laissant aux secondes l'adoption des «dispositions d'exécution» destinées à l'«exécution des principes» contenus dans l'acte de base[18]. Dans l'arrêt Rey Soda e.a., la Cour a précisé que la notion d'«exécution» doit être interprétée largement[19]. Cette conclusion découle, selon la Cour, tant du contenu de l'article 155 du traité CE alors en vigueur (devenu article 211 CE) et de l'économie du traité, que d'«exigences de la pratique». De l'avis de la Cour, dans certains domaines tels que la politique agricole commune, le Conseil peut être amené à conférer à la Commission de «larges pouvoirs d'appréciation et d'action». Dans ces situations, à savoir lorsque le Conseil confère de larges pouvoirs à la Commission, les limites de la compétence de cette dernière doivent être définies, selon la Cour, à l'égard des objectifs généraux essentiels de l'acte de base et moins en fonction du sens littéral de la disposition d'habilitation[20]. Dans l'arrêt Zuckerfabrik Franken[21], interprétant les limites d'une délégation de pouvoir devant être mise en œuvre au moyen de la procédure du comité de gestion, contenue dans un règlement en matière d'organisation commune des marchés agricoles, la Cour a affirmé que, sur le fondement de cette habilitation, la Commission était autorisée à «adopter toutes les mesures d'application nécessaires[22] ou utiles pour la mise en œuvre de la réglementation de base, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à celle-ci ou à la réglementation d'application du Conseil». Dans d'autres arrêts, la Cour a précisé que la Commission est tenue d'agir dans les limites fixées par le système général et par les finalités de l'acte de base[23], ainsi que par les dispositions de ce dernier[24].

27. Dans le cadre de la politique agricole commune, à partir de l'arrêt Rey Soda e.a., précité, la Cour a reconnu de larges pouvoirs d'exécution à la Commission, du fait du rôle particulier qu'elle revêt dans ce secteur, en tant que seul sujet à même de «suivre de manière constante et attentive l'évolution des marchés agricoles et d'agir avec l'urgence que requiert la situation»[25]. En dehors de ce secteur, ou de secteurs comparables, la jurisprudence de la Cour est toutefois plus restrictive. Dans l'arrêt Vreugdenhil et van der Kolk[26], en matière de tarif douanier commun, la Cour a précisé qu'«une telle interprétation large des pouvoirs de la Commission ne peut être retenue que dans le cadre qui est propre aux réglementations des marchés agricoles»[27].

17 — Arrêt du 17 décembre 1970 (25/70, Rec. p. 1161).

18 — Points 6 et 7.

19 — Arrêt du 30 octobre 1975 (23/75, Rec. p. 1279, point 10).

20 — Voir, également, arrêt du 11 mars 1987, Vandemoortele/CEE (27/85, Rec. p. 1129, point 14).

21 — Arrêt du 15 mai 1984 (121/83, Rec. p. 2039).

22 — Voir, en ce sens, arrêt du 26 juin 1980, Pardini (808/79, Rec. p. 2103, point 16).

23 — Voir, notamment, arrêt du 14 novembre 1989, Espagne et France/Commission (6/88 et 7/88, Rec. p. 3639), dans lequel la Cour a estimé que les mesures adoptées par la Commission n'entraient pas dans le champ d'application de la réglementation de base, ainsi que arrêts du 24 février 1988, France/Commission (264/86, Rec. p. 973), et du 19 septembre 1985, Grèce/Commission (192/83, Rec. p. 2791), dans lesquels la Cour a annulé les mesures d'exécution contestées par les États membres requérants, adoptées dans le secteur de la pêche et de la politique agricole commune, respectivement parce qu'elles introduisaient une modalité de calcul de l'indemnité de compensation qui revenait aux opérateurs du secteur non prévue par la réglementation exhaustive contenue dans le règlement de base, et en raison de leur caractère contraire au principe d'égalité de traitement des producteurs communautaires prévu par le traité. Voir, également, arrêts du 16 juin 1987, Romkes (46/86, Rec. p. 2671), et du 27 septembre 1979, Eridania-Zuccherifici nazionali et Società italiana per l'industria degli zuccheri (230/78, Rec. p. 2749).

24 — Voir, entre autres, arrêts du 13 juillet 1995, Parlement/Commission (C-156/93, Rec. p. I-2019, point 24), et du 18 juin 1996, Parlement/Conseil (C-303/94, Rec. p. I-2943, point 23).

25 — Voir arrêt Rey Soda e.a., précité (point 11).

26 — Arrêt du 29 juin 1989 (22/88, Rec. p. 2049).

27 — Point 17. Voir également arrêt du 18 juin 2002, Pays-Bas/Commission (C-314/99, Rec. p. I-5521).

28. Dans l'arrêt Allemagne/Commission [28], la Cour a fourni des précisions sur la notion d'«éléments essentiels» d'une réglementation donnée [29], qu'il appartient au législateur de définir. L'affaire qui se trouve à l'origine de cet arrêt avait pour objet un recours visant à contester la légalité d'un système de sanctions applicable dans le cadre d'un régime d'aides communautaires, introduit par la Commission en vertu d'une habilitation du Conseil. La République fédérale d'Allemagne soutenait que ces sanctions devaient être considérées comme des éléments essentiels de la réglementation du secteur en cause, dès lors qu'elles avaient une incidence sur les droits fondamentaux des particuliers. Elle soutenait également que les mesures contestées avaient pour objet non pas de mettre en œuvre la réglementation de base, mais de la compléter. La Cour a répondu que la qualification d'«essentielle» devait être «réservée aux dispositions qui ont pour objet de traduire les orientations fondamentales de la politique communautaire» et que, en l'espèce, on ne pouvait qualifier de telles des sanctions visant à garantir la bonne gestion financière des fonds destinés à mettre en œuvre ces orientations. Dans un arrêt postérieur de quelques années, la Cour a qualifié de «non essentielle» une disposition contenue dans un règlement du Conseil relatif au programme TACIS, qui permettait de modifier un seuil sans consulter le Parlement, dans la mesure où cela ne «touchait pas […] l'économie générale» du règlement en cause» [30]. Plus récemment, la Cour a fait droit au recours introduit par le Parlement contre une décision de la Commission approuvant un projet relatif à la sécurité des frontières aux Philippines, dans le cadre de l'aide financière et technique et de la coopération économique avec les pays en voie de développement de l'Asie. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que l'objectif poursuivi par la décision attaquée, à savoir la lutte contre le terrorisme et le crime international, ne faisait pas partie des «objectifs» du règlement que la décision mettait en œuvre, et n'avait pas non plus avec ces derniers de «lien direct» [31].

29. Il ressort de la jurisprudence précitée que les limites des compétences d'exécution sont d'abord définies en référence aux caractéristiques de la politique concernée et au champ d'action plus ou moins large reconnu à la Commission dans la mise en œuvre de cette dernière. Lesdites limites doivent en outre être identifiées sur la base du contenu de la disposition d'habilitation, du contenu et des finalités de l'acte de base, ainsi que de son économie générale. La définition de ces limites, comme d'ailleurs la détermination du caractère essentiel ou non des éléments de la réglementation de base introduits ou modifiés au moyen de l'acte d'exécution [32], loin de n'être qu'une transposition mécanique des formules employées par la jurisprudence, doit découler d'une appréciation conduite à la lumière de tous les éléments que nous venons de citer.

2. Application à l'espèce des principes tirés de la jurisprudence citée

30. Les différents éléments mentionnés au paragraphe précédent seront ci-après examinés dans le contexte du recours qui fait l'objet du présent litige.

28 — Arrêt du 27 octobre 1992 (C-240/90, Rec. p. I-5383).

29 — Voir également arrêt du 6 mai 2008, Parlement/Conseil (C-133/06, Rec. p. I-3189, point 45).

30 — Arrêt du 10 mai 1995, Parlement/Conseil (C-417/93, Rec. p. I-1185, points 30 à 33).

31 — Arrêt du 23 octobre 2007, Parlement/Commission (C-403/05, Rec. p. I-9045, notamment points 55 et 66 à 68).

32 — À titre incident, je constate que les parties au présent litige semblent d'accord pour considérer que l'arrêt qui sera rendu par la Cour aura des conséquences sur l'interprétation de la notion d'«éléments non essentiels d'un acte législatif» visée à l'article 290 TFUE, qui n'est pas applicable ratione temporis à l'espèce. À cet égard, j'observe que la jurisprudence précitée, à la lumière de laquelle il convient d'examiner le présent recours, fait abstraction de la dichotomie existant entre les «actes délégués» et les «actes d'exécution» introduite par le TFUE. Or, la définition exacte du contenu et de la portée de ces deux notions, ainsi que l'identification de l'articulation correcte entre les dispositions des articles 290 TFUE et 291, paragraphe 2, TFUE, poseront à la Cour des problèmes d'interprétation nouveaux qu'elle ne pourra pas résoudre par la simple transposition de la jurisprudence qui vient d'être examinée ci-dessus. Pour illustrer cela, il suffit de considérer que, sur la base dudit article 290, paragraphe 1, deuxième alinéa, le législateur est désormais tenu de délimiter de manière explicite les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir et, par conséquent, de définir les éléments essentiels de l'acte de base. Cela réduit sensiblement le pouvoir d'interprétation de la Cour, et opère une distribution plus équilibrée des rôles entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Ces problématiques ne concernent en revanche pas l'espèce.

a) Considérations relatives à la matière dans laquelle s'inscrivent l'acte de base et la décision attaquée

31. Lors de l'élaboration d'instruments de contrôle des frontières extérieures et de lutte contre l'immigration clandestine, le législateur de l'Union est appelé à faire des choix délicats, qui peuvent avoir d'importantes répercussions sur les libertés individuelles et avoir une incidence sur le respect des droits de l'homme, sur les obligations internationales des États membres et sur les relations de ces derniers et de l'Union avec les États tiers. Cela vaut non seulement pour la définition des orientations essentielles de la politique de gestion des frontières, mais également pour la détermination des mesures destinées à mettre en œuvre ces orientations. Dans ce contexte, il est donc justifié que l'exercice des compétences d'exécution soit davantage encadré par rapport à des domaines plus largement techniques et que, par conséquent, le champ d'action de la Commission soit plus réduit [33].

32. Pour ces raisons, j'estime que le renvoi opéré par le Conseil à la jurisprudence précitée de la Cour et aux larges pouvoirs d'exécution que cette dernière reconnaîtrait à la Commission doit, en l'espèce, être considéré avec une extrême prudence.

b) Sur l'objet et la portée des compétences d'exécution prévues par l'article 12, paragraphe 5, du CFS

33. Il convient tout d'abord à cet égard de noter que la version italienne de l'article 12, paragraphe 5, du CFS mentionne la possibilité d'adopter des «mesures de surveillance supplémentaires» alors que d'autres versions linguistiques contiennent une formulation qui fait plus spécifiquement référence à des mesures supplémentaires qui règlementent l'exercice de la surveillance [34].

34. Cela étant dit et indépendamment du texte de la disposition en cause, *l'objet* de la délégation prévue par cette dernière semble effectivement devoir être compris comme portant sur les modalités pratiques de mise en œuvre de la surveillance. Le préambule du CFS [35], celui du règlement n° 296/2008 [36] — qui a modifié l'article 12, paragraphe 5, du CFS, en y introduisant la référence à la procédure de réglementation avec contrôle — ainsi que les travaux préparatoires du CFS [37], plaident en ce sens. En outre, il me semble sur ce point qu'il existe un accord substantiel entre le Parlement et le Conseil.

35. Leurs positions divergent, en revanche, non seulement sur la possibilité de qualifier de simples «modalités pratiques» les mesures contenues dans la décision attaquée, mais aussi, plus généralement, sur la marge d'action laissée à la Commission, c'est-à-dire sur *la portée* de la délégation. Le Parlement estime en substance que l'article 12, paragraphe 5, permet seulement l'adoption de mesures à caractère essentiellement technique. Le Conseil fait en revanche observer que le législateur a choisi de ne pas préciser le contenu et la nature des normes devant être adoptées, en conférant par conséquent de larges pouvoirs d'exécution à la Commission.

33 — Les problèmes rencontrés lors de l'élaboration du CFS confirment ce qui vient d'être affirmé. Dans sa proposition de règlement, la Commission, se fondant sur la distinction qui existe entre «principes de base en matière de contrôle aux frontières extérieures» et «modalités pratiques relatives à la mise en œuvre de ce contrôle», y compris les modalités de contrôle typiques pour chaque sorte de frontière (terrestre, aérienne et maritime), suggérait de rendre les règles déjà existantes, qualifiées de «modalités pratiques» et contenues dans les annexes du CFS, modifiables dans le futur au moyen d'une procédure de comitologie [voir COM(2004) 391 final]. Cette proposition a été en grande partie rejetée lors de l'adoption du CFS, qui prévoit que seules certaines annexes soient modifiables sur la base de la procédure de réglementation avec contrôle; parmi celles-ci ne figurent pas les annexes VI et VII, qui contiennent respectivement les «Modalités relatives aux différents types de frontières et aux moyens de transport utilisés pour le franchissement des frontières extérieures» et les «Modalités propres à certaines catégories de personnes», ainsi que l'annexe V, portant «Modalités du refus d'entrée à la frontière».

34 — Voir, notamment, les versions anglaise («additional measures governing surveillance»), française («mesures supplémentaires applicables à la surveillance»), allemande («zusätzlichen Überwachungsmodalitäten»), espagnole («medidas adicionales relativas a la vigilancia»), roumaine («măsuri suplimentare care reglementează supravegherea») et portugaise («medidas adicionais relativas à vigilância»).

35 — Dix-septième considérant.

36 — Quatrième considérant.

37 — Voir, notamment, proposition de règlement de la Commission citée à la note 33.

36. La thèse du Parlement me semble interpréter la portée de la délégation en cause dans des termes excessivement restrictifs. En effet, ainsi que le Conseil l'a souligné à juste titre, l'emploi d'une formulation générique et le choix d'une procédure de comitologie qui permet d'adopter des mesures qui modifient l'acte de base, bien qu'elle s'accompagne d'un contrôle plus pénétrant en ce qui concerne les modalités d'exercice des compétences d'exécution, constituent des indices de l'intention de reconnaître une certaine marge d'action à la Commission.

c) Sur les finalités et sur l'économie générale de la réglementation de base

37. Le Conseil fait observer que, dans le système du CFS, la vérification aux frontières constitue l'élément essentiel de la politique de contrôle aux frontières extérieures et que, pour cette raison, le législateur, dans le cadre de la procédure visée à l'article 251 CE, aurait décidé de la réglementer de manière exhaustive, en prévoyant que certaines modalités de cette dernière ne pourraient pas être adoptées ou modifiées en dehors de la procédure de réglementation avec contrôle. Au contraire, en matière de surveillance des frontières, le législateur se serait limité à prévoir les objectifs et les modalités de base de cette dernière, en conférant à la Commission un large champ d'action pour l'adoption de mesures supplémentaires.

38. Plusieurs éléments m'entraînent à ne pas partager le point de vue exprimé par le Conseil.

39. En premier lieu, il ressort en particulier de la proposition de règlement de la Commission que la structure du CFS est en grande partie due au fait qu'il regroupe des règles déjà adoptées dans le cadre d'instruments juridiques différents tels que, notamment, la convention Schengen [38] et le manuel commun pour les frontières extérieures [39]. Ces instruments prévoyaient déjà une réglementation détaillée des vérifications aux frontières et régissaient certaines modalités d'application de ces dernières. L'ensemble de ces règles figure pour partie dans le corps du CFS et pour partie dans ses annexes.

40. En deuxième lieu, la thèse selon laquelle, dans l'économie du CFS, la surveillance joue un rôle en quelque sorte ancillaire ou secondaire par rapport aux vérifications aux frontières ne semble pas trouver confirmation dans le préambule du CFS. Le huitième considérant, notamment, après avoir précisé que le contrôle aux frontières comprend les vérifications aux points de passage frontaliers sur les personnes et la surveillance entre ces points de passage, juge nécessaire d'«établir les conditions, les critères ainsi que les règles détaillées régissant à la fois les vérifications aux points de passage frontaliers et la surveillance». Le dix-septième considérant, qui concerne l'attribution de compétences d'exécution à la Commission, n'opère aucune distinction entre vérifications et surveillance, mais il se réfère plus généralement à l'opportunité de «prévoir une procédure permettant à la Commission d'adapter certaines modalités pratiques du contrôle aux frontières».

41. Enfin, il ressort des actes qui ont précédé et préparé l'adoption du CFS et, plus généralement, de plusieurs autres instruments de la politique de contrôle aux frontières, en premier lieu du règlement Frontex, dont nous parlerons davantage ci-après, que la surveillance est l'une des composantes essentielles de cette politique [40]. Le TFUE lui-même prévoit, à l'article 77, paragraphe 1, sous b), que l'Union «développe une politique visant à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures», attribuant un poids identique aux deux aspects de cette politique.

38 — Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement 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 (JO 2000, L 239, p. 19), signée à Schengen le 19 juin 1990.

39 — La décision du Comité exécutif, du 28 avril 1999, concernant les versions définitives du Manuel commun et de l'Instruction consulaire commune, a été publiée au JO 2000, L 239, p. 317.

40 — Voir, entre autres, la communication de la Commission «Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne» qui a débouché sur le plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, approuvé par le Conseil le 13 juin 2002 et entériné par le Conseil européen de Séville des 21 et 22 juillet 2002, ainsi que par le Conseil européen de Salonique des 19 et 20 juin 2003.

42. Cela étant dit, j'estime qu'il convient de rejeter également l'argument, défendu avec force lors de l'audience par l'agent du Conseil, selon lequel, à la lumière de l'économie générale du CFS et du champ d'action de la Commission, cette dernière serait autorisée, dans l'exercice de ses compétences d'exécution, à adopter toute mesure jugée opportune et utile pour atteindre les objectifs attribués à la surveillance des frontières par le CFS, et qui ne serait pas contraire aux dispositions de celui-ci.

43. Un tel argument se fonde sur la prémisse selon laquelle, en ce qu'elles sont destinées à réglementer certaines modalités pratiques de mise en œuvre de la surveillance, les mesures qui doivent être adoptées en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du CFS n'ont pas trait, presque par définition, à des éléments essentiels de la réglementation de base, réservés en tant que tels au législateur.

44. Pour les raisons que j'ai déjà en partie eu l'occasion d'exposer au point 38, j'estime qu'une telle prémisse ne saurait être partagée. Il suffit ici d'ajouter que la mise en œuvre pratique de l'objectif de prévention du franchissement non autorisé des frontières peut, concrètement, entraîner des choix susceptibles de caractériser profondément la politique d'immigration d'un ordre juridique déterminé. Pensons, par exemple, à l'étendue des pouvoirs conférés aux gardes-frontières, à l'autorisation de faire usage de la force, à la prise en compte ou non de la situation individuelle des personnes qui tentent, ou dont on suspecte qu'elles tentent, de franchir illégalement la frontière, à la nature des mesures qui doivent être adoptées à leur égard une fois qu'elles ont été arrêtées, aux modalités de leur éloignement et, plus généralement, à l'exigence de rendre l'ensemble des mesures de lutte contre l'immigration clandestine conforme aux dispositions en vigueur en matière de droits de l'homme [41].

45. Contrairement au Conseil, je ne considère donc pas que les limites des compétences d'exécution visées à l'article 12, paragraphe 5, du CFS, puissent être identifiées uniquement sur la base des objectifs généraux de la surveillance prévus par cette disposition.

46. C'est à la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient maintenant de procéder à l'examen des moyens formulés par le Parlement.

3. Sur le premier moyen, selon lequel la décision attaquée introduit de nouveaux éléments essentiels dans le CFS

a) Arguments des parties

47. En premier lieu, le Parlement fait valoir que le point 2.4 de la partie I de l'annexe de la décision attaquée, relatif à l'interception, prévoit l'adoption de mesures qui vont au-delà de ce qui est autorisé par l'article 12 du CFS au titre de l'activité de surveillance et confère aux gardes-frontières, dans ce cadre, des pouvoirs particulièrement étendus, qui impliquent l'exercice d'un large pouvoir d'appréciation. À titre d'exemple, le Parlement cite la possibilité de «saisir le navire et […] d'arrêter les personnes qui se trouvent à bord» ou de «conduire le navire ou les personnes se trouvant à bord vers un pays tiers, ou […] de livrer le navire ou les personnes se trouvant à bord aux autorités d'un pays tiers» [point 2.4, sous d) et f)]. Selon le Parlement, l'article 12, paragraphe 5, du CFS permet seulement l'adoption de mesures d'ordre technique ou pratique, ainsi que cela ressort notamment du dix-septième considérant du CFS et du préambule du règlement nº 296/2008.

48. Dans son mémoire en réplique, le Parlement précise que les règles sur l'interception contenues dans la décision attaquée sortent du champ d'application matériel et géographique de la notion de «surveillance des frontières» telle que définie à l'article 2, paragraphe 11, du CFS. Renvoyant à la

41 — Voir Cour eur. D. H., Hirsi Jamaa et autres c. Italie du 23 février 2012 (requête nº 27765/09).

définition de la notion de «frontières maritimes extérieures» contenue dans la décision 574/2007/CE [42], le Parlement fait notamment observer que le CFS ne permet pas l'adoption de mesures de surveillance destinées à s'appliquer en haute mer.

49. En second lieu, le Parlement fait valoir que les dispositions de la partie II de l'annexe, relatives aux situations de recherche et de sauvetage, se situent elles aussi en dehors du champ de l'activité de surveillance tel que défini à l'article 12 du CFS. En outre, ces dispositions créeraient de nouvelles obligations ou de nouvelles règles de droit de l'Union qui ne sauraient être définies comme des «éléments non essentiels» au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la décision «comitologie». À cet égard, le Parlement mentionne l'obligation pour les unités participantes de «prêt[er] assistance à tout navire ou personne en détresse en mer» (point 1.1) et la règle selon laquelle le débarquement devrait avoir lieu en priorité dans le pays tiers d'où est parti le navire à bord duquel les personnes concernées ont été trouvées (point 2.1, second alinéa). Le Parlement souligne, en outre, que, contrairement à ce qui semble ressortir de l'intitulé de la partie II de l'annexe, les orientations qu'elle définit ne sauraient être considérées comme non contraignantes, dans la mesure où, en vertu de l'article 1er, deuxième phrase, de la décision attaquée, ces orientations «font partie du plan opérationnel élaboré pour chaque opération coordonnée par l'Agence».

50. Le Conseil réplique que le point 2.4 de la partie I de l'annexe de la décision attaquée contient des mesures qui peuvent être prises lors d'opérations de surveillance ou qui sont en tout état de cause conformes aux conventions internationales. Ces mesures ne seraient pas contraires aux objectifs de la surveillance définis à l'article 12 du CFS. S'agissant de l'allégation du Parlement contenue dans son mémoire en réplique, selon laquelle les règles en matière d'interception sont exclues du champ d'application matériel et géographique de la notion de surveillance, le Conseil en invoque tout d'abord le caractère irrecevable, dans la mesure où elle a été formulée tardivement. Ces arguments seraient en outre infondés. En premier lieu, la définition de la notion de «frontières maritimes extérieures» contenue dans la décision 574/2007, à laquelle le Parlement fait référence, ne serait pas applicable dans le cadre du CFS. En second lieu, en l'absence de définition expresse, la surveillance des frontières maritimes devrait être considérée comme s'étendant également à des opérations conduites en haute mer, dès lors que seule cette interprétation, par ailleurs compatible avec les dispositions du droit international en vigueur, notamment le protocole de Palerme [43], permettrait d'assurer l'effet utile de l'article 12 du CFS. Pour le reste, le Parlement n'aurait pas fourni de raisons suffisantes pour que l'on considère que les activités de surveillance en haute mer sont exclues du champ d'application matériel de la notion de surveillance visée à l'article 12 du CFS.

51. En ce qui concerne les lignes directrices contenues dans la partie II de l'annexe, le Conseil souligne d'abord leur caractère non contraignant, qui ressortirait clairement du texte de ces dernières et de la décision attaquée dans son ensemble. S'agissant de leur portée, celui-ci observe ensuite que les obligations des États membres en matière de recherche et de sauvetage sont réglementées par des conventions internationales. Les lignes directrices en question garantiraient une interprétation cohérente des dispositions de ces conventions, qui serait applicable lorsqu'il s'avérerait nécessaire de porter assistance à un navire en difficulté — activité que le Conseil reconnaît ne pouvoir être qualifiée de surveillance au sens strict — lors d'une opération de surveillance coordonnée par l'Agence. Toutefois, les États membres ne seraient pas liés par cette interprétation et seraient libres d'intégrer des mesures différentes dans le plan opérationnel définit avec l'Agence.

52. La Commission estime que le pouvoir de compléter un acte par l'ajout de nouveaux éléments non essentiels sous-tend l'autorisation d'établir des obligations supplémentaires et de réglementer de nouvelles activités, à la condition que ces dernières soient nécessaires ou utiles à l'exécution de l'acte de base et ne soient pas contraires à ce dernier.

42 — Décision du Parlement européen et du Conseil, du 23 mai 2007, portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général Solidarité et gestion des flux migratoires (JO L 144, p. 22).

43 — Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, visant à lutter contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, conclu lors de la Conférence de Palerme des 12 au 15 décembre 2000.

53. Selon la Commission, la décision attaquée est nécessaire, ou à tout le moins utile, pour atteindre l'objectif d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière visé à l'article 2, paragraphe 11, et à l'article 12 du CFS. Tel serait l'objectif des dispositions de la décision attaquée relatives au patrouillement en haute mer. La Commission souligne en outre qu'aucune disposition du CFS n'exclut l'application de ce dernier aux opérations de surveillance dans les eaux internationales. Par ailleurs, l'annexe VI du CFS, qui autorise les vérifications aux frontières dans le port d'un pays tiers ou en cours de traversée, confirmerait que le champ d'application géographique du CFS s'étend également aux activités effectuées en dehors du territoire des États membres, à condition que ces dernières relèvent du champ d'application matériel de cet acte, par exemple de la notion de surveillance. À cet égard, la Commission estime que le Parlement adopte une interprétation excessivement restrictive de la «notion de surveillance». Selon la Commission, l'interception relève de la notion de surveillance lorsqu'elle porte sur des navires suspectés de vouloir entrer sur le territoire de l'Union en se soustrayant aux contrôles aux frontières. La surveillance ne se limiterait donc pas à une activité purement passive, ainsi que cela serait en outre confirmé par l'article 12, paragraphe 4, du CFS, qui permet d'«arrêter les personnes». De même, la Commission estime que les activités de recherche et de sauvetage effectuées pendant des opérations de surveillance relèvent de la notion de surveillance. À cet égard, elle observe que c'est souvent l'opération de surveillance elle-même qui est à l'origine des opérations de recherche et de sauvetage lorsque, à la suite de l'interception, le navire est coulé volontairement.

b) Analyse

54. Il convient tout d'abord de rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Conseil contre l'allégation, contenue dans le mémoire en réplique, selon laquelle les règles en matière d'interception sont exclues du champ d'application matériel et géographique de la notion de surveillance. Contrairement à ce qui est affirmé par le Conseil, il s'agit en effet d'un argument qui renforce, en les développant, les moyens déjà exposés dans la requête, et non d'un moyen nouveau invoqué tardivement. Je tiens, en outre, à rappeler que les moyens d'incompétence, en tant que moyens d'ordre public, peuvent être relevés d'office [44].

55. En ce qui concerne le fond, il convient d'apprécier si, ainsi que le soutient le Parlement, le Conseil a, dans la décision attaquée, dépassé les compétences d'exécution prévues à l'article 12, paragraphe 5, du CFS, en réglementant des éléments essentiels de la réglementation de base. Le Parlement soutient notamment que la décision attaquée contient des mesures qui sont exclues du champ d'application matériel de la notion de surveillance au sens du CFS.

56. La «surveillance des frontières» est définie, à l'article 2, point 11, du CFS, comme étant la «surveillance des frontières entre les points de passage et la surveillance des points de passage frontaliers en dehors des heures d'ouverture fixées, en vue d'empêcher les personnes de se soustraire aux vérifications aux frontières». L'article 12, paragraphe 1, du CFS, précise que «[l]a surveillance des frontières a pour objet principal d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière, de lutter contre la criminalité transfrontalière et de prendre des mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement la frontière».

57. Ainsi que le Conseil et la Commission l'ont souligné à juste titre, la surveillance est définie dans le CFS essentiellement à travers ses objectifs. Cette définition révèle une notion particulièrement large, à même d'inclure toute mesure visant tant à éviter qu'à prévenir la possibilité de se soustraire aux vérifications aux frontières. Par ailleurs, pour être efficaces, comme le requiert l'article 77, paragraphe 1, sous b), du TFUE, les mesures de surveillance doivent être adaptées au type de frontière en cause et au risque concret d'immigration clandestine, qui varie en fonction de différents facteurs

44 — Voir, entre autres, arrêt du 13 juillet 2000, Salzgitter/Commission (C-210/98 P, Rec. p. I-5843, point 56).

(géographiques, économiques, géopolitiques, climatiques, etc.). Il en découle que la notion de surveillance doit être interprétée dans un sens dynamique et flexible et que l'éventail des mesures qui peuvent se révéler nécessaire à la poursuite des objectifs visés à l'article 12, paragraphe 1, du CFS est extrêmement large et varié.

58. Le Parlement soutient également que le CFS prévoit une surveillance essentiellement passive. Cette thèse n'est toutefois pas confirmée par le texte de l'article 12 du CFS qui, en faisant figurer, parmi les objectifs de la surveillance, l'adoption de mesures envers des personnes entrées de manière illégale sur le territoire de l'Union, autorise des interventions qui vont au-delà d'une simple activité de contrôle des frontières [45]. Il en va de même pour les mesures à caractère préventif ou dissuasif qui ne semblent pas avoir d'autres limites que celles d'être liées à un risque concret d'évitement des contrôles aux frontières.

59. Sur la base de ce qui précède, j'estime que la majeure partie des mesures d'interception contenues au point 2.4 de la partie I de l'annexe de la décision attaquée relèvent de la notion de surveillance telle que décrite ci-dessus. J'éprouve néanmoins quelques doutes sur la possibilité de considérer comme relevant de cette notion les mesures contenues sous d) et f) de ce point — qui autorisent les gardes-frontières, respectivement, à «saisir le navire et à arrêter les personnes qui se trouvent à bord» et 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» — tout comme les dispositions en matière de recherche, de sauvetage et de débarquement contenues dans la partie II de l'annexe de la décision attaquée, même s'il s'agit de mesures et de dispositions visant à mener à bien les opérations de surveillance ou à faire face à des situations qui se produisent pendant ces opérations [46].

60. Il n'y a toutefois pas lieu d'adopter une position définitive sur ce point. En effet, ainsi que cela ressort des considérations présentées ci-dessus, même si l'on devait estimer que la décision attaquée contient des modalités pratiques d'exercice de la surveillance qui rentrent dans les limites de la définition de cette notion au sens du CFS, cela ne permettrait pas d'exclure que cette décision, ainsi que le soutient le Parlement, régit des éléments essentiels de la réglementation de base.

61. Si l'on considère le secteur dont relève la réglementation en cause ainsi que les objectifs et l'économie générale du CFS, dans lequel la surveillance constitue un composant fondamental de la politique de contrôle des frontières, et sans préjudice de la marge d'action laissée à la Commission par l'article 12, paragraphe 5, j'estime que des mesures incisives telles que celles contenues au point 2.4 de la partie I de l'annexe de la décision attaquée, notamment celles qui figurent sous b), d), f) et g), ainsi que les dispositions en matière de débarquement contenues dans la partie II de cette annexe, réglementent des éléments essentiels de la surveillance aux frontières maritimes extérieures. Ces mesures impliquent des choix pouvant avoir des conséquences sur les libertés individuelles des personnes et sur leurs droits fondamentaux (par exemple, les perquisitions, l'arrestation, la saisie du navire, etc.), sur la possibilité que ces personnes ont d'invoquer et d'obtenir sur le territoire de l'Union la protection à laquelle elles ont éventuellement droit en vertu du droit international (c'est le cas des règles en matière de débarquement, en l'absence d'indications précises sur la manière dont les autorités doivent tenir compte de la situation individuelle des personnes se trouvant à bord de l'embarcation interceptée) [47], ainsi que sur les relations de l'Union ou des États membres participant à l'opération de surveillance avec les États tiers impliqués dans cette opération.

45 — Comme, par exemple, arrêter les personnes, vérifier leur identité, les reconduire à la frontière, etc. Voir en ce sens le manuel commun pour les frontières extérieures, cité à la note 39.

46 — À titre incident, j'observe que, contrairement à ce que le Conseil a affirmé lors de l'audience, le fait que ces mesures et dispositions ne relèvent pas de la notion de surveillance au sens du CFS n'implique pas qu'elles ne puissent pas être réglementées au niveau du droit de l'Union. Rien n'empêche en effet le législateur d'adopter une notion de surveillance des frontières plus large que celle contenus dans le CFS, en se fondant éventuellement sur l'objectif d'une surveillance «efficace» contenu à l'article 77, paragraphe 1, sous b), du TFUE. En outre, l'article 79, paragraphes 1 et 2, sous c), constitue une base juridique supplémentaire pour l'adoption de mesures destinées à garantir une gestion efficace des flux migratoires.

47 — Même si, dans son ensemble, la décision attaquée a le mérite de rendre le déroulement des opérations de surveillance plus conforme aux droits de l'homme et au régime de protection des réfugiés.

62. Il convient, à mon avis, de faire un discours analogue en ce qui concerne les dispositions de la décision attaquée qui visent à réglementer l'interception des navires en haute mer. En effet, d'une part, ces dispositions autorisent expressément l'adoption des mesures mentionnées au point précédent dans les eaux internationales, une option qui, dans le contexte que nous venons de décrire, a un caractère essentiel, et ce indépendamment du caractère fondé ou non de la thèse du Parlement, selon laquelle le champ d'application géographique du CFS, s'agissant des frontières maritimes, est circonscrit à la limite extérieure des eaux territoriales des États membres ou de la zone contiguë et ne s'étend pas à la haute mer [48]. D'autre part, ces dispositions, qui visent à garantir l'application uniforme de la réglementation internationale en vigueur dans le cadre des opérations de surveillance des frontières maritimes [49], bien qu'elles ne créent pas, ainsi que le soutiennent fermement le Conseil et la Commission, d'obligations pour les États membres qui participent à ces opérations, et bien qu'elles ne leur confèrent pas de prérogatives autres que celles qui découlent de ladite réglementation, imposent toutefois à ceux-ci de se livrer à une interprétation particulière de ces obligations et de ces prérogatives, en remettant potentiellement en cause leur responsabilité internationale [50].

63. Deux autres constatations penchent en faveur de la conclusion à laquelle je suis arrivé ci-dessus.

64. En premier lieu, certaines des dispositions de la décision attaquée concernent des problématiques qui, outre le fait qu'elles sont délicates, sont également particulièrement controversées, comme, par exemple, l'applicabilité du principe de non-refoulement dans les eaux internationales [51] ou la détermination du lieu dans lequel doivent être conduites les personnes secourues sur la base du régime introduit par la convention SAR [52]. Il existe une divergence de vues entre les États membres [53] en ce qui concerne ces problématiques, ainsi que cela ressort de la proposition de décision présentée par la Commission.

65. En second lieu, il ressort de la réglementation des vérifications aux frontières contenue dans le CFS que la détermination des modalités pratiques d'exécution de ces vérifications, en ce qui concerne des aspects comparables, mutatis mutandis, à ceux réglementés dans la décision attaquée, a été réservée au législateur et ce bien que, dans la proposition de règlement, la Commission ait émis un avis différent [54].

66. Sur la base de l'ensemble des dispositions qui précèdent, j'estime que la décision attaquée régit des éléments essentiels de la réglementation de base au sens de la jurisprudence exposée aux points 26 à 29 des présentes conclusions.

67. Par conséquent, je considère qu'il y a lieu d'accueillir le premier moyen invoqué par le Parlement.

48 — Le principe en vigueur en haute mer est celui de la liberté de navigation et de la juridiction exclusive de l'État membre du pavillon du navire. Il en découle, ainsi que la Commission elle-même l'a souligné dans une étude de 2007 sur les instruments du droit international de lutte contre l'immigration clandestine par voie maritime, que, «en principe, à part le droit de rapprocher le bateau aux fins de vérification de l'identité et de la nationalité, aucun État ne peut exercer de pouvoirs de puissance publique (tels que la visite, l'arraisonnement, la perquisition, y compris par l'examen des documents, la conduite à un port, l'arrestation ou la saisie) sur un navire naviguant en haute mer sous un pavillon étranger, même si ce navire transporte des immigrants illégaux vers les côtes de cet État et tant qu'il n'aurait pas pénétré dans la zone contiguë de celui-ci» [SEC(2007) 691, point 4.3.1.2].

49 — Voir préambule de la décision attaquée et proposition de décision de la Commission COM(2009) 658 final.

50 — Et ce bien que le préambule de la décision attaquée énonce, au sixième considérant, que la mise en œuvre de la décision ne porte pas atteinte aux obligations qui incombent aux États membres en vertu du droit international pertinent.

51 — Voir, à ce sujet, arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie, précité, et l'opinion conforme du juge Pinto de Albuquerque.

52 — Convention internationale sur la recherche et le sauvetage en mer, signée à Hambourg le 27 avril 1979.

53 — En outre, il semble que c'est justement à une différence de positions et à l'impasse qu'elle aurait entraînée qu'est dû en grande partie le choix de la Commission de mettre en œuvre le mécanisme du comité sur la base de l'article 12, paragraphe 5, du CFS, à la place de la procédure législative ordinaire, ainsi que cela ressort également de la lettre du commissaire Malmström jointe au mémoire en réplique. Ces divergences continuent de perdurer. Les dispositions de la décision attaquée en matière de recherche et de sauvetage n'ont par exemple pas été appliquées aux opérations Frontex lancées après l'entrée en vigueur de la décision attaquée à cause de l'opposition de la République de Malte.

54 — Voir note 33 plus haut.

4. Sur le deuxième moyen, selon lequel la décision attaquée modifie des éléments essentiels du CFS

68. Dans le cadre du deuxième moyen, le Parlement fait valoir que, en prévoyant que les gardes-frontières puissent ordonner au navire de modifier son itinéraire afin qu'il quitte les eaux territoriales et conduire le navire ou les personnes se trouvant à bord vers un pays tiers [point 2.4, sous e) et f), de la partie I de l'annexe], la décision attaquée modifie un élément essentiel du CFS, à savoir le principe, contenu à l'article 13, selon lequel «[l]'entrée ne peut être refusée qu'au moyen d'une décision motivée indiquant les raisons précises du refus».

69. La thèse du Parlement se fonde sur la prémisse selon laquelle l'article 13 susmentionné est également applicable à la surveillance des frontières. Tant le Conseil que la Commission s'opposent à cette interprétation, en estimant que l'obligation, contenue dans cet article, d'adopter une décision motivée, n'existe que lorsque le refus d'entrer sur le territoire de l'Union est opposé à une personne qui se présente régulièrement aux points de passage frontaliers en se soumettant aux vérifications prévues par le CFS.

70. Le moyen du Parlement doit, à mon sens, être rejeté, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le fond de la délicate question du champ d'application de l'article 13 du CFS, sur laquelle la Cour sera très probablement appelée à statuer dans le futur.

71. En effet, ainsi que le fait observer le Conseil, s'il est vrai que cette disposition n'est pas expressément rappelée dans la décision attaquée, rien ne permet toutefois d'exclure son application dans le contexte des opérations de surveillance que ladite décision réglemente. Cette application pourrait donner lieu à des difficultés pratiques, mais elle n'est pas impossible, y compris dans les situations citées par le Parlement. Par ailleurs, il convient de noter que, en vertu du point 1.2 de la partie I de l'annexe de la décision attaquée, les mesures contenues au point 2.4 sont adoptées dans le respect du principe international de non-refoulement, même si l'interception a lieu en haute mer. Les modalités d'exécution de ces mesures doivent par conséquent déjà permettre aux gardes-frontières d'effectuer les contrôles nécessaires afin d'assurer que ce principe ne soit pas violé [55].

72. S'agissant de l'argument, présenté par le Parlement dans son mémoire en réplique, selon lequel la décision attaquée aurait au moins élargi le champ d'application matériel et géographique de l'article 13 en le rendant applicable à des situations qui n'étaient auparavant pas couvertes par le CFS, il se confond avec les arguments présentés à l'appui du premier moyen. Je renvoie par conséquent à cet égard aux considérations déjà présentées dans le cadre de l'examen dudit moyen.

73. Sur la base de ce qui précède, j'estime que le deuxième moyen du Parlement doit être rejeté comme étant non fondé.

5. Sur le troisième moyen, selon lequel la décision attaquée modifie le règlement Frontex

a) Arguments des parties

74. Dans le cadre du troisième moyen, le Parlement soutient que la décision attaquée dépasse le champ d'application de l'article 12, paragraphe 5, qui ne confère pas à la Commission ou au Conseil le pouvoir d'adopter des règles applicables aux opérations coordonnées par l'Agence, dont les missions et le fonctionnement sont régis par le règlement Frontex. La décision attaquée aurait en revanche comme seul objectif de réglementer lesdites opérations, en créant ainsi des obligations non seulement pour les États membres, mais également pour l'Agence elle-même. À titre d'exemple, le Parlement fait observer que, en vertu de l'article 1er de la décision attaquée, les règles contenues dans la partie I de

55 — Voir, sur ce point, arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie, précité, points 201 et suiv.

l'annexe de cette décision et les orientations non contraignantes contenues dans la partie II font «partie du plan opérationnel élaboré pour chaque opération coordonnée par l'Agence». Cette disposition modifierait l'article 8 sexies, paragraphe 1, du règlement Frontex, sur la base duquel «[l]e directeur exécutif [de l'Agence] et l'État membre demandeur conviennent d'un plan opérationnel fixant de manière précise les conditions du déploiement des équipes» [56]. En outre, elle imposerait d'inclure dans le plan opérationnel des règles relatives aux modalités de débarquement des personnes interceptées ou secourues et modifierait sensiblement le rôle des gardes-frontières participant à l'opération. Dans son mémoire en réplique, le Parlement a ajouté que la décision attaquée élargissait le champ d'application territoriale du règlement Frontex tel que défini dans son article 1er bis, paragraphe 1.

75. Le Conseil et la Commission font tout d'abord valoir que, en vertu de l'article 16, paragraphe 1, du CFS, les opérations de surveillance doivent être conduites par les États membres dans le cadre d'une étroite collaboration et que, ainsi que cela est précisé au paragraphe 2 du même article, cette coopération est coordonnée par l'Agence. Une connexion avec le règlement Frontex serait par conséquent inévitable. Ceux-ci excluent toutefois que la décision attaquée ait pour effet de modifier ce règlement. Ils observent que le fait d'inclure des règles contenues dans la décision attaquée dans le plan opérationnel n'entraîne pas une telle modification, dans la mesure où ces règles, qui fixent les modalités de surveillance, peuvent aisément faire partie des éléments du plan énumérés à l'article 8 sexies, sous c) ou d), du règlement Frontex [57]. La Commission ajoute que seuls les États membres sont destinataires de la décision attaquée et qu'il leur incombe, au moment d'établir un plan opérationnel avec l'Agence, de faire en sorte que l'annexe de la décision soit inclue dans ce plan. La décision attaquée n'aurait par conséquent aucune incidence sur le fonctionnement de l'Agence. Au contraire, c'est plutôt le règlement Frontex qui déterminerait l'extension de l'obligation imposée aux États membres par la décision attaquée. Enfin, le Conseil fait valoir que, même si l'on devait conclure que la décision attaquée modifie les dispositions des articles 8 sexies et 8 octies, en y ajoutant de nouveaux éléments non essentiels, cette décision n'en serait pas pour autant illégale, étant donné le caractère complémentaire qui existe entre le CFS et le règlement Frontex, en tant qu'instruments juridiques de mise en œuvre de la politique de gestion des frontières extérieures visée à l'article 77 TFUE.

b) Analyse

76. Il convient d'abord de rejeter l'argument, avancé à titre subsidiaire par le Conseil, selon lequel la décision attaquée ne serait pas illégale même si elle modifiait le règlement Frontex. Ainsi que cela a été affirmé à juste titre par le Parlement, dans l'exercice de ses compétences d'exécution, la Commission (ou le Conseil) n'a pas le pouvoir de modifier un acte législatif différent de l'acte de base au seul motif que les deux instruments juridiques réglementent des aspects différents d'une même question et peuvent, dans une certaine mesure, être considérés comme complémentaires. La Commission est du même avis.

77. Il est donc nécessaire d'examiner si, ainsi que le soutient le Parlement, la décision attaquée modifie le règlement Frontex ou si elle a pour effet de modifier des éléments de ce règlement.

78. Il existe sans aucun doute un lien entre les deux actes, ainsi que l'ont fait observer à juste titre le Conseil et la Commission. Le CFS et la réglementation adoptée pour sa mise en œuvre ont vocation à s'appliquer également à des opérations de surveillance menées par Frontex, et le rôle de l'Agence dans la coordination de la coopération opérationnelle entre les États membres pour la gestion des frontières extérieures est expressément reconnu à l'article 16, paragraphe 2, du CFS.

56 — En vertu de modifications postérieures du règlement Frontex, l'article 8 sexies s'applique actuellement uniquement aux interventions rapides.

57 — Les points c) et d) de l'article 8 sexies indiquent quels sont les éléments à définir dans le plan opérationnel, respectivement la «zone géographique de responsabilité, dans l'État membre demandeur, des lieux où seront déployées les équipes» et la «description des tâches des membres des équipes et des instructions particulières à leur intention».

79. Toutefois, ni cette disposition ni aucune autre disposition du CFS ne prévoit de règles ou n'autorise l'adoption de mesures destinées à réglementer la coopération opérationnelle entre États membres dans la gestion des frontières extérieures de la Communauté. Et il ne pourrait en être autrement, dès lors que l'article 66 CE, qui conférait au Conseil le pouvoir d'adopter ces mesures — et sur lequel se fonde le règlement Frontex — ne figure pas parmi les bases juridiques du CFS [58]. En outre, le CFS prévoit l'obligation pour les États membres de ne pas interférer avec le fonctionnement du Frontex. En autorisant ces derniers à continuer, en dehors du Frontex, la coopération opérationnelle, avec d'autres États membres et/ou avec des pays tiers, aux frontières extérieures, l'article 16, paragraphe 3, premier alinéa, du CFS impose en effet que cette coopération complète l'action de l'Agence et il dispose expressément qu'elle doit se faire sans préjudice des compétences de cette dernière. En outre, en vertu du deuxième alinéa de cette même disposition, «[l]es États membres s'abstiennent de toute activité susceptible de compromettre le fonctionnement de l'Agence ou la réalisation de ses objectifs» [59].

80. En dépit de ce qui précède, la décision attaquée se donne comme objectif premier d'adopter, «dans le contexte de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence et du renforcement de cette coopération», «des règles communes supplémentaires pour la surveillance des frontières maritimes assurée par les gardes-frontières» (deuxième et onzième considérants) et elle dispose, dans son article 1er, que cette surveillance «s'effectue dans le respect des règles définies dans la partie I de l'annexe», en prévoyant, à cette fin, que «[l]es règles et les lignes directrices non contraignantes énoncées dans la partie II de l'annexe font partie du plan opérationnel élaboré pour chaque opération coordonnée par l'Agence» [60].

81. Il est vrai, ainsi que la Commission l'a notamment fait observer, que la décision attaquée crée des obligations uniquement dans le chef des États membres et pas dans celui de l'Agence et que, dans la mesure où le plan opérationnel doit être conclu entre cette dernière et l'État membre requérant, il peut arriver en pratique que les dispositions de la décision attaquée ne soient pas intégrées dans ce dernier [61].

82. Cela n'enlève néanmoins rien au fait que l'article 1er de la décision attaquée réduit notablement le champ d'action de l'État membre requérant et, de fait, celui de l'Agence, en interférant potentiellement de manière significative sur le fonctionnement de cette dernière. Un exemple de ce qui est affirmé est donné par les évènements liés à l'intervention de Frontex demandée par la République de Malte en mars 2011 dans le cadre de la crise libyenne. La demande de la République de Malte, entre autres, de ne pas intégrer, dans le plan opérationnel, les lignes directrices contenues dans la deuxième partie de l'annexe de la décision attaquée, a rencontré l'opposition de plusieurs États membres et elle a entraîné de longues négociations entre l'Agence et le gouvernement maltais, en empêchant la mise en place de l'opération [62].

58 — Le règlement (CE) nº 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement nº 2007/2004 pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités (JO L 199, p. 30), se fonde également sur l'article 66 CE. Le règlement (UE) nº 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, modifiant le règlement nº 2007/2004 (JO L 304, p. 1), est basé sur l'article 74 TFUE, qui a remplacé l'article 66 CE, et sur l'article 77, paragraphe 2, sous b) et d). L'article 77, paragraphe 2, sous d), fournit notamment une base juridique spécifique pour l'adoption de «toute mesure nécessaire pour l'établissement progressif d'un système intégré de gestion des frontières extérieures».

59 — L'article 16, paragraphes 2 et 3, du CFS reprend presque littéralement l'article 2, paragraphe 2, du règlement Frontex.

60 — Je note incidemment que, jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement nº 1168/2011, la définition de plan opérationnel n'était pas prévue pour toutes les opérations coordonnées par l'Agence, mais seulement pour les interventions rapides, dont la réglementation a été introduite dans le règlement Frontex par le règlement nº 863/2007.

61 — Pour l'opération Hermès, déclenchée par Frontex le 20 février 2011 dans la Méditerranée centrale, il semble que des règles spécifiques aient été adoptées.

62 — Les circonstances de l'affaire peuvent être consultées sur le site http://migrantsatsea.wordpress.com/2011/04/03/maltese-conditions-for-hosting-frontex-mission-not-accepted-by-frontex/

83. Concrètement, l'annexe de la décision attaquée dans sa totalité, y compris les orientations non contraignantes — dont la force obligatoire est difficilement contestable, eu égard au contenu de l'article 1er [63] — sera perçue considérée comme faisant partie des mesures communautaires relatives à la gestion des frontières extérieures, dont l'Agence, en vertu de l'article 1er, paragraphe 2, du règlement Frontex, est tenue de garantir une application simplifiée et plus efficace [64].

84. Par ailleurs, les orientations non contraignantes contenues dans la partie II de l'annexe de la décision attaquée, relatives aux situations de recherche et de sauvetage, réglementent des aspects de l'opération qui ne relèvent pas des missions de Frontex. Ainsi que la Commission elle-même l'a souligné dans la proposition sur la base de laquelle la décision attaquée a été adoptée, Frontex n'est pas une agence SAR [65], et «le fait que la plupart des opérations maritimes sous coordination de l'Agence Frontex deviennent des opérations de recherche et de sauvetage […] soustrait ces opérations à la coordination de Frontex» [66]. Il en va de même en ce qui concerne les règles relatives au débarquement. Malgré cela, la décision attaquée prévoit que lesdites orientations soient insérées dans le plan opérationnel.

85. Sur la base des considérations qui précèdent, j'estime que, en réglementant des aspects relatifs à la coopération opérationnelle entre États membres dans la gestion des frontières extérieures de l'Union qui font partie du champ d'application du règlement Frontex et, en tout état de cause, en adoptant des règles qui interfèrent avec le fonctionnement de l'Agence instituée par ce règlement, la décision attaquée outrepasse les limites des compétences d'exécution attribuées par l'article 12, paragraphe 5, du CFS.

86. Avant de conclure sur ce point, il convient toutefois d'observer que le contexte réglementaire auquel s'appliquent les considérations qui précèdent a été modifié par le règlement nº 1168/2011 [67]. Ce règlement a, entre autres, inséré à l'article 1er, paragraphe 2, une référence expresse au CFS, il a ajouté, à l'article 2, paragraphe 1, qui définit les missions de l'Agence, un point d) bis, qui prévoit l'assistance de l'Agence dans «certaines situations [qui] peuvent relever de cas d'urgences humanitaires et impliquer des sauvetages en mer», et il a prévu, au point j) du nouvel article 3 bis et de l'article 8 sexies, les éléments devant être inclus dans le plan opérationnel en cas d'opérations en mer, parmi lesquels se trouvent les «références au droit international et au droit de l'Union en matière d'interception, de sauvetage en mer et de débarquement».

87. Or, à supposer qu'une telle modification législative doive être prise en considération dans le cadre du présent litige, cela ne modifie pas la conclusion à laquelle je suis arrivé ci-dessus. En effet, même après l'entrée en vigueur du règlement nº 1168/2011, les mesures visant à définir les modalités pratiques des opérations maritimes coordonnées par Frontex continuent à être réglementées en pratique par le renvoi à l'acte d'exécution d'un autre instrument juridique, lui-même fondé sur une base juridique qui n'aurait pas permis, à elle seule, l'adoption de ces mesures. En prévoyant ces dispositions, la décision attaquée a excédé les limites des compétences d'exécution attribuées par l'article 12, paragraphe 5, du CFS.

88. En conclusion, j'estime qu'il convient d'accueillir également le troisième moyen du Parlement.

63 — Le caractère contraignant des orientations est reconnu par la Commission elle-même dans le cadre du présent litige.

64 — Voir en ce sens la lettre envoyée par le commissaire Malmström au ministre de l'intérieur maltais le 1er avril 2011, dans le cadre de la demande d'assistance présentée par la République de Malte dont il a été fait mention ci-dessus.

65 — Dont l'institution est prévue par la convention SAR citée à la note 52.

66 — COM(2009) 658 final.

67 — Cité à la note 58.

C – Conclusions sur le recours

89. Sur la base de ce qui précède, il y a lieu, selon moi, de faire droit au recours, et la décision attaquée doit être annulée.

IV – Sur la demande du Parlement de maintenir les effets de la décision attaquée

90. Le Parlement demande à la Cour, si elle décide d'annuler la décision attaquée, d'en maintenir les effets jusqu'à l'adoption d'un nouvel acte, en vertu du pouvoir qui lui est conféré par l'article 264, deuxième alinéa, TFUE. Cette disposition, en vertu de laquelle «la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs», a également été utilisée pour maintenir de manière temporaire tous les effets d'un tel acte dans l'attente de son remplacement [68].

91. En l'espèce, l'annulation pure et simple de la décision attaquée priverait l'Union d'un instrument juridique important, destiné à coordonner l'action conjointe des États membres dans la gestion de l'activité de surveillance des frontières maritimes de l'Union et à rendre cette activité plus conforme aux droits de l'homme et au régime de protection des réfugiés.

92. Pour les raisons qui précèdent, j'estime donc que la demande du Parlement doit être accueillie et que les effets de la décision attaquée doivent être maintenus jusqu'à l'entrée en vigueur d'un acte adopté conformément à la procédure législative ordinaire.

V – Conclusion

93. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de:

— rejeter l'exception soulevée par le Conseil de l'Union européenne et déclarer le recours recevable;

— accueillir le recours sur le fond et annuler la décision attaquée;

— déclarer que les effets de celle-ci sont maintenus jusqu'à l'entrée en vigueur d'un acte adopté conformément à la procédure législative ordinaire;

— condamner le Conseil aux dépens et déclarer que la Commission européenne supporte ses propres dépens.

68 — Voir, entre autres, arrêts du 3 septembre 2009, Parlement/Conseil (C-166/07, Rec. p. I-7135, points 373 et suiv.), en application de l'article 231, paragraphe 2, du traité CE, et du 7 juillet 1992, Parlement/Conseil (C-295/90, Rec. p. I-4193, points 22 et suiv.), en ce qui concerne l'article 174, paragraphe 2, du traité CEE.