

MIGRATION ET DROIT DE LA MER – MENACE(S) EN MÉDITERRANÉE –

PATRICK DAILLIER

La Tunisie connaît depuis plusieurs années le phénomène des « boat peoples », du fait de sa relative proximité géographique avec les îles italiennes, point d'entrée dans la zone Schengen. Outre pour ses propres ressortissants, le pays sert de base de départ à des flux en transit sur son territoire depuis le Proche-Orient, le Machrek, l'Afrique sub-saharienne notamment.

La question est de savoir si l'Union européenne dispose d'instruments juridiques adaptés à des objectifs contradictoires, à savoir: limiter l'immigration irrégulière, lutter en mer contre la criminalité organisée tout en assurant le respect des droits fondamentaux des êtres humains victimes de ces mêmes trafics et des accidents de mer (avec la question subsidiaire de savoir dans quelle mesure des ressortissants étrangers en situation irrégulière peuvent revendiquer les mêmes droits que les nationaux en vertu de la CEDH que ce soit en mer ou dans les centres de rétention à terre). Telle est pourtant l'ambiguïté même des opérations en mer, menées en vertu du « Code frontière Schengen » (établi dans le règlement 562/2006 du P.E. et du Conseil du 15 mars 2006 – in JOCE n° L 105, 13-4-2006) qui, de surveillance des frontières, peuvent se transformer en interventions de secours humanitaire. Cette dualité s'impose en permanence du fait des suites particulièrement graves des accidents corporels en mer.

L'analyse du problème remonte officiellement à une douzaine d'années au sein de l'U.E., par la communication de la Commission du 14 juin 2002 intitulée « Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne ». Fondée sur la priorité accordée à l'entraide opérationnelle avec les pays tiers – d'origine des flux ou de transit et d'embarquement –, elle privilégie la lutte contre la criminalité organisée. Les initiatives opérationnelles (Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, Frontex : la plupart des opérations maritimes de Frontex sont organisées dans le cadre du Réseau européen de patrouilles ; Eurosur depuis 2013) justifient la mise en place d'institutions communes, au statut d'agences européennes. Leur fonction relève surtout du réseau de communication – avec les habituels problèmes de protection des données personnelles, y compris vers des pays tiers (voir la communication de la Commission relative à un projet de « feuille de route » sur la mise en place de

l'environnement commun de partage de l'information aux fins de la surveillance du domaine maritime de l'U.E., COM(2010)584 final, du 20 oct. 2010); mais elle a aussi autorisé quelques opérations maritimes communes (par exemple, en 2011, « Poséidon » en Grèce et « Indalo » en Espagne).

La régulation juridique du contrôle des frontières contre l'immigration illégale dans la zone Schengen est assez volumineuse mais souvent inadaptée. De fait les politiques humanitaires traditionnelles n'ont pas été imaginées pour un milieu – l'espace maritime avec ses découpages complexes de compétences – où les juridictions sont plus virtuelles que réelles : d'où, en particulier, la difficulté de traiter les demandes humanitaires et d'asile à bord des navires de sauvetage ou de commerce ; qui plus est, les principes directeurs de ces politiques humanitaires peuvent être aisément instrumentalisés par les groupes criminels.

En outre l'approche communautaire doit prendre en compte des trafics maritimes de natures différentes. La filière d'immigration dite « stochastique » sacrifie des navires hors d'âge pour un dernier voyage, au bénéfice de plusieurs centaines de migrants entassés, au risque d'accidents fatals de navigation : cette filière est celle qui se prête le mieux à des interventions en mer en vue d'un déroutement vers le pays d'origine. La filière dite à flux « focal » est alimentée par un grand nombre de petites embarcations destinées à des atterrissages sur des côtes peu surveillées : c'est celle qui est la plus utilisée depuis la Tunisie et la Libye ; c'est aussi la plus dangereuse pour les passagers, face aux événements de mer (voir note). Enfin la filière dite de « port à port » utilise les navires transbordeurs réguliers, dont le contrôle au débarquement est difficile, les personnes en situation irrégulière se mêlant aux touristes et profitant de l'allègement des contrôles administratifs à terre.

Il faut également tenir compte du fait que la situation juridique des migrants diffère selon que le trajet maritime est situé entre deux Etats membres de l'U.E. (par exemple entre Malte et l'Italie) ou entre un Etat membre et un Etat tiers (entre la Tunisie et l'Italie, par exemple).

On comprend bien que, dans ces conditions, les agents responsables de la surveillance des flux par voie maritime doivent déterminer au cas par cas les scénarios juridiques pertinents.

Face à la diversité des modes d'entrée illégale dans l'Union européenne, des considérations économiques, fondées sur le coût relatif des moyens propres à chaque mode, peuvent justifier des hiérarchies ou des priorités qui ne sont pas favorables au contrôle des frontières maritimes. De même que des considérations diplomatiques, plus présentes dans les zones de contact des souverainetés que sur le territoire d'un Etat de l'Union européenne (contrôle des frontières terrestres et aériennes, lutte contre les faux papiers). Autre considération pragmatique à retenir : l'immigration par la voie maritime ne représente probablement que 10% des flux aux frontières extérieures de l'U.E. Et certains Etats – comme la France

– ont une situation géographique qui privilégie les filières « port à port », pour lesquelles les contrôles sont à terre, non pas en mer.

On s'en tiendra à la seule problématique des opérations en mer, tout en devant rappeler l'interdépendance entre les situations maritimes et l'accueil à terre.

La prévention peut consister, en premier lieu, dans le contrôle de la navigation maritime provenant des pays de la rive sud.

Dans les mers territoriales, tous les navires – quel que soit leur pavillon – sont soumis à l'ordre juridique et aux autorités publiques de l'Etat côtier, sous réserve du droit de passage inoffensif (article 2 de la Convention de Montego Bay, 1982). Seul l'Etat côtier peut autoriser un Etat tiers à réaliser des contrôles « autoritaires », *a fortiori* à faire usage de la contrainte à l'égard des navires sous tous les pavillons (voir les accords négociés avec la Somalie ou les accords américains de lutte contre le trafic des drogues dans les Caraïbes – shiprider agreements, hot pursuit agreements, entry to investigate agreements, l'accord d'Aruba du 10 avril 2003 –, et, plus anciens, les « liquor treaties » américains de l'époque de la prohibition. Il est évidemment impossible de généraliser la prise en charge complète de la surveillance des frontières d'un Etat par un autre comme ce fut le cas entre l'Italie et l'Albanie dans les années 1990).

En haute mer, au-delà de la mer territoriale des Etats du Magreb/Machrek, le contrôle des navires repose sur le principe de la compétence exclusive de l'Etat du pavillon (article 92 de la convention de Montego Bay, 1982).

Des mesures de contrainte à l'égard de navires ou embarcations sous pavillon tiers par rapport à celui du navire public exigent la conclusion d'accords internationaux, multilatéraux ou bilatéraux. S'agissant de lutte contre la traite des êtres humains, il est possible d'utiliser les pouvoirs par concertation interétatique prévus par la convention de Vienne de 1988 et le protocole de Palerme du 15 novembre 2000 contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer. Encore faut-il pouvoir présumer une telle infraction avant d'entrer dans la mer territoriale de l'Etat poursuivant. Par contre l'érosion de la souveraineté territoriale maritime n'est pas suffisamment avancée pour remettre en cause le monopole de poursuite de l'Etat côtier dans sa mer territoriale. D'où la difficulté des poursuivants à suivre les navires et autres embarcations dans leurs transits dans plusieurs mers territoriales.

Mais ces garanties du respect de la souveraineté des Etats du pavillon ne jouent pas à propos de navires pirates ou sans pavillon. Mais peut-on assimiler l'entreprise des passeurs à de la piraterie maritime susceptible de poursuites pénales sur une base universelle (article 105 de la C.M.B.) ? Il y a bien activité lucrative pour les passeurs mais elle a une finalité en principe humanitaire ou économique – même si illégale au regard de l'ordre juridique des pays d'accueil (sauf activité criminelle des passeurs naufrageurs). De plus, les passagers ont consenti au voyage, ce qui n'est pas postulé dans le cas de piraterie. En outre, si l'embarcation porte un pavillon d'Etat, une activité illicite supposera une

incrimination pénale et une répression pénale dans l'ordre juridique de cet Etat. A défaut d'une base dans une convention internationale, il est peu probable que les juridictions des pays d'origine du trafic en cause retiendront l'atteinte potentielle à l'ordre public d'un autre Etat, surtout si elle n'équivaut pas à une menace pour la paix ou les relations pacifiques entre Etats.

Quid des pouvoirs d'intervention – jusqu'au refus de l'accès aux eaux territoriales des Etats européens – dans les zones maritimes économiques et zones dites contiguës ? Les Etats côtiers ont certes le droit d'exercer des pouvoirs de police dans la zone contiguë – mais pas dans leur zone économique – en vue de lutter contre certains trafics (traite des êtres humains, drogue). Peut-on rattacher l'assistance à l'immigration illégale à une forme de traite des êtres humains (comme on a pu le tenter à la fin de l'esclavagisme transatlantique).

Le principe d'assistance à personne en danger peut justifier une intervention de secours humanitaire; encore faut-il que cette intervention soit sollicitée ou au moins acceptée. Ce qui n'est pas toujours le cas, face à la crainte d'un retour des migrants au point de départ ou d'une expulsion forcée hors d'Europe. Cependant, ici, une présomption inverse ne doit-elle pas s'imposer en vertu du droit à la vie de toute personne (article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme). Il convient donc de faire prévaloir les directives internationales en matière de recherche et de sauvetage : voir le « guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux migrants et aux réfugiés » élaboré par le H.C.R. et l'Organisation maritime internationale en septembre 2006.

Selon la Convention de Montego Bay (articles 19-2 sous g & 33), le fait d'embarquer ou de débarquer des personnes en contravention aux lois et règlements d'immigration de l'Etat côtier prive le passage dans la mer territoriale de son caractère inoffensif. La passivité de l'Etat côtier de départ n'engage pas sa responsabilité internationale et ne lui impose pas de réadmettre les migrants refoulés depuis la mer ou un autre Etat. Par contre ces dispositions autorisent la contrainte éventuellement imposée à tous les navires transitant par la mer territoriale de l'Etat de destination. L'extension du contrôle par l'Etat du port (memoranda de Paris et de Tokyo) peut en partie compenser les effets pervers des pavillons de complaisance.

Que propose le droit de l'U.E. pour répondre à cette problématique complexe ? Le texte le plus pertinent est le règlement 656/2014 du P.E. et du Conseil du 15 mai 2014 (JOUE n° L 189, 27 juin 2014, p.93-107 ; il remplace la décision 2010/252/UE annulée pour cause de base juridique insatisfaisante), « établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne ». Il interdit des reconduites forcées aux ports d'origine en posant le principe de non-refoulement tant dans les opérations de contrôle des frontières que dans les interventions humanitaires (selon la

jurisprudence de la Cour EDH (G.C.), décision dans l'affaire 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. c. Italie*, du 5 septembre 2012). Mais ce dernier n'a pas une portée absolue, malgré l'interdiction des traitements inhumains dans les traité de base de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux et la convention européenne des droits de l'homme : il fait obstacle au retour forcé des migrants vers des pays où ils seraient exposés à des persécutions et autres préjudices sérieux, ou même vers un pays où existerait pour eux un risque d'expulsion directe vers les pays de la catégorie précédente (refoulement « indirect »). Subsistent des divergences et incertitudes – en droit de la mer et en droit de l'U.E. – sur les lieux de débarquement des migrants interceptés ou secourus. Par contre la Cour EDH a donné une interprétation défavorable aux mesures de refoulement en pleine mer, pouvant être considérées comme une violation de l'interdiction des expulsions collectives. En contrepartie, des accords bilatéraux de réadmission pourraient répondre à la fois au souhait des Etats d'accueil de réguler les flux d'immigration et la protection des migrants lors de leur retour dans leur pays d'origine ou de transit. Il est encore prématuré d'évaluer la part des effets positifs et de ceux négatifs de la pratique sur ces bases conventionnelles, qui varient certainement pays par pays.

Ledit règlement distingue, logiquement, les interventions en haute mer, en mer territoriale et en zone contiguë. Ni les enseignements des opérations armées dans le Golfe d'Aden et sur les côtes de Somalie (opération Atalanta puis EUCAP NESTOR), ni les méthodes d'enquête sur les accidents et incidents de mer ne sont exploités.

La dissuasion des migrations maritimes clandestines peut résulter soit de procédures efficaces de refoulement/reconduction aux frontières à l'occasion d'interceptions soit en mer soit dans les ports autorisés soit sur les côtes en dehors de ces ports. Dès lors que le non-refoulement s'impose en mer, seules les compétences des Etats du port ou « côtiers » sont à envisager : elles sortent de notre champ d'analyse. Par contre les opérations communes entre Etats côtiers du nord et du sud de la Méditerranée (en vertu par exemple de la mesure 4 des conclusions du Conseil Justice et affaires intérieures de février 2011) doivent, en ce qui concerne les obligations des agents du nord, respecter les mêmes droits de l'homme en mer.

On peut s'interroger sur l'efficacité des approches de l'Union européenne en Méditerranée. N'apportent-elles que des solutions apparentes ? Les bonnes intentions de départ ne sont-elles pas trahies par les effets pervers de leur instrumentation par tous les groupes d'intérêt y compris mafieux ?

Ainsi de l'idée que les migrations économiques résultent du sous-développement des pays du sud. Il est établi que les migrants sont surtout issus de communautés disposant d'un certain capital, directement ou grâce aux envois de fonds des diasporas en Europe. Ce qui les conduit à préférer certains modes de traversée maritime à d'autres, au risque de leur vie.

Les opérations humanitaires de l'Union européenne – telle « Mare Nostrum » – sert d'argument aux passeurs : leurs passagers savent qu'une fois entrées dans les eaux territoriales d'un Etat européen, en particulier celles de l'Italie (île de Lampedusa par exemple), les embarcations devront être prises en charge par les autorités de secours, civiles ou militaires.

Même les instruments juridiques de droit international ne sont d'aucune utilité face aux Etats « faillis » ou de simple transit, en l'absence de compétence extra-territoriale des services de police et de renseignement européens, ou au regard des incertitudes volontaires sur la nationalité réelle des migrants qui revendiquent le droit d'asile politique.

Autre exemple encore : les règles sur l'engagement de la responsabilité civile des transporteurs de passagers clandestins ont prouvé leur inefficacité, y compris à l'égard des armateurs dans le commerce maritime régulier, *a fortiori* vis-à-vis de « passeurs » sans capital social.

Dès lors, doit-on faire porter à l'Union européenne la responsabilité d'un respect insuffisant des droits fondamentaux des migrants et en déduire une obligation juridique pour elle de renoncer à une politique de dissuasion de l'immigration ? On peut certes lui reprocher de ne pas consentir assez d'efforts pour protéger les migrants dans les pays de transit, par une meilleure coordination avec le H.C.R. et par un élargissement du mandat du Bureau européen d'appui en matière d'asile. Mais il faut bien admettre, au vu des expériences antérieures, que les structures mises en place seront rapidement submergées et /ou instrumentalisées par des groupes criminels.

On peut également regretter que les moyens de recherche et de sauvetage soient concentrés à proximité des côtes européennes et non de celles des pays d'embarquement, en particulier au large des côtes africaines. On se heurte, à cet égard, à des considérations à la fois diplomatiques et financières.

Il est vrai aussi que l'U.E. ne dispose pas de moyens de pression suffisamment efficaces sur les navires commerciaux privés, les pénalités prévues par l'article 26 de la convention de Schengen n'étant guère appliquées ni applicables. Le risque de sanction des capitaines et armateurs qui débarquent des migrants irréguliers devrait être réexaminé à l'occasion d'une révision de la directive 2002/90 qui définit l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier des migrants étrangers.

Appeler au respect de l'ensemble des engagements internationaux qui s'imposent aux acteurs du contrôle des frontières maritimes ne résout pas tous les problèmes, car ils poursuivent parfois des objectifs contradictoires ou difficiles à concilier (par exemple entre l'échange de données à caractère personnel – ou le principe de non-refoulement – et les critères de la réadmission sur une base conventionnelle).

En matière opérationnelle, le principe de proportionnalité est supposé réaliser le compromis nécessaire entre liberté de navigation, respect des souverainetés et

sauvegarde de la vie en mer. Il laisse évidemment une grande marge d'incertitude et de discrétion aux autorités publiques.

Quelles que soient les insuffisances et les inquiétudes sur le respect des droits fondamentaux dans le contrôle des frontières maritimes, il semble établi que les efforts collectifs sous les auspices de Frontex sont plus effectifs que des initiatives nationales ou bilatérales plus ou moins coordonnées. Mais on est encore loin d'une réelle « force de police maritime européenne », surtout si elle a l'ambition d'être la synthèse « de missions de défense et de service public », concepts qui ne font guère l'objet d'un consensus au sein de l'U.E.

On peut pourtant espérer disposer d'une information en temps réel sur les trafics maritimes grâce aux progrès de la technologie (voir la communication de la Commission sur les « objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique de transport maritime de l'U.E. jusqu'en 2018 », Com (2009) 8 final du 21 janv. 2009). Il n'est pas exclu que la recherche d'efficacité et de cohérence favorise une rationalisation des structures des administrations nationales en mer et un déport des contrôles administratifs préventifs vers les côtes et ports de la rive sud de la Méditerranée – éventuellement sous l'égide de la Conférence de la mer Méditerranée.

Note. Voir le « Projet 114410, Etude de faisabilité relative au contrôle des frontières maritimes de l'Union européenne, » Rapport final du CIVIPOL, Secrétariat général du Conseil de l'U.E., 4 juillet 2003, Doc. 11490/1/03 REV 1 :

« Le principe de l'obligation d'intervention en faveur des personnes en danger en mer est à appliquer pour traiter la filière à flux focal. Suivant la convention SOLAS, le capitaine de tout navire a l'obligation de se dérouter pour répondre à un appel de détresse. Par ailleurs, la résolution A 867 du 27 novembre 1997 de l'OMI invite : « les Etats à coopérer dans l'intérêt de la sauvegarde de la vie humaine en mer en accroissant leurs efforts pour supprimer et prévenir les pratiques dangereuses associées au trafic ou au transport des migrants par voie de mer et en s'assurant que des mesures efficaces et rapides sont prises contre de telles pratiques dangereuses. »

L'application de cette résolution, organisée par la circulaire du comité de sécurité maritime de l'OMI 896 de 1998, n'est pour l'heure que sur le papier. Les mesures édictées sont transitoires et n'ont pas valeur contraignante. »