



**COUNCIL OF
THE EUROPEAN UNION**

Brussels, 23 May 2007

9804/07

**ASIM 40
MARE 1**

COVER NOTE

from: Secretary-General of the European Commission,
signed by Mr Jordi AYET PUIGARNAU, Director

date of receipt: 16 May 2007

to: Mr Javier SOLANA, Secretary-General/High Representative

Subject: COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT
Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by
sea

Delegations will find attached Commission document SEC(2007) 691.

Encl.: SEC(2007) 691



COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES

Brussels, 15.5.2007
SEC(2007) 691

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT

Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea

1. INTRODUCTION

1. In September 2003, as requested by the Council, the Commission presented the final report on the feasibility study on the control of the European Union's maritime borders carried out by the organisation CIVIPOL¹. On this basis, the *Programme of measures to combat illegal immigration across the maritime borders of the Member States of the European Union* adopted by the Council on 27th November 2003 identified actions to be taken, many of which involved cooperation with third countries.
2. In its *Conclusions evaluating the progress made with regard to the implementation of the Programme of measures to combat illegal immigration across the maritime borders of the Member States of the European Union*, adopted on 2nd December 2004, the Council « invites the Commission to make an in-depth analysis of the existing international law instruments regarding illegal migration by sea which could identify the need for possible amendments to these international instruments to fill legal loopholes. Special attention should be paid to the rescue at high seas, in particular and where appropriate, linked with the Convention of Geneva and the asylum procedures in the Member States. It should also be explored whether a specific arrangement on this issue could be developed for the Mediterranean Sea ».
3. This demand has been reiterated by the European Council in December 2005².
4. Therefore, the purpose of this study is to analyse, given the situation regarding illegal immigration by sea into the European Union, the current legal framework for the exercise of control and surveillance powers at the maritime external border, and the main obstacles to the effective exercise of that surveillance, trying to propose solutions that could involve, if necessary, the adoption of instruments amending or complementing the existing legal framework.
5. For that purpose, the study takes as a starting point the factual situation regarding illegal immigration at the southern maritime external border, which is mainly characterised by being carried out by means of flagless and/or unseaworthy sea craft. On the contrary, the study does not cover general questions regarding the exercise of civil and criminal jurisdiction in the maritime area.
6. In this light, the study examines, on the one hand, Member States' control powers in the different sea areas (internal waters, territorial waters, and international waters); specific attention is paid to the presence of Member State authorities in the territorial sea of other Member States or of third countries of origin or transit of clandestine migrants.

¹ Council doc. Front 102 – 11490/1/03 of 19/09/2003.

² *Global approach to migration: Priority actions focusing on Africa and the Mediterranean*, Presidency Conclusions, annex 1.

7. On the other hand, obligations of third countries deriving from international sea and maritime law (e.g. with regard to search and rescue and to safety of navigation), and from international instruments regarding the fight against the smuggling of migrants, are covered.
8. Taking into account difficulties faced by Member States in the surveillance of their maritime external border, relating mainly to practical management of rescue operations and the reception, identification and repatriation of intercepted persons, the study examines how the international obligations of countries of origin and transit should be reinforced, regarding in particular the control of the areas under their sovereignty and the return of their citizens or persons having transited through their territories.

2. MAIN FINDINGS

1. All rules have to be applied without prejudice to the obligations deriving from international humanitarian law and international human rights law, including in particular the prohibition of *refoulement*.

Similarly, no measure should be taken discouraging ship masters from rendering assistance to any person in distress at sea³.

2.1. Basic framework – territorial sea

1. Every ship has the right to innocent passage in other states territorial waters. Flagless ships cannot benefit from this right.
2. A ship which has the intention to disembark passengers in contravention of the coastal states immigration laws cannot benefit from this right. The coastal state has the right to escort such a ship to the high seas or proceed with arrests.
3. In the same situation and in a Community context it could be regarded as an obligation for Member State X to intervene if a ship making use of the right of innocent passage in its territorial waters has the intention to disembark illegal immigrants in Member State Y. Such an obligation, while not explicitly established, should be considered as flowing from the Community's policies on the crossing of external borders and the establishment of an area without internal frontiers.
4. Patrols can only intervene in a third country's territorial sea in the context of search and rescue. However, with the permission of the coastal state, other country's patrols may carry out surveillance and interception in the territorial sea of the former, including, in specific cases, with regard to ships flying a third country's flag.

³ UNCLOS Article 98, Safety of Life at Sea Convention (SOLAS) and Search and Rescue Convention (SAR).

2.2. Basic framework – waters beyond the territorial sea

1. Beyond the territorial sea, the coastal State can exercise State authority in order to prevent infringements of its immigration laws and regulations within a contiguous zone up to 24 miles from the coast. Legally those are waters where the freedom of navigation of the high seas is applicable but where a right of control is recognised for the benefit of the coastal State in order to prevent infringements on its territory or within its territorial waters and to punish infringements committed in those areas.
2. Any State can carry out surveillance on the high seas. In principle only the flag State can intervene against a ship.

The flagless ships generally used in practice for the irregular transportation of migrants can not invoke freedom of navigation in the high seas. Any country can intervene against such ships and can prevent them from passage, proceed to arrest or escort the flagless ship to a port.

3. Exceptions to the rule of exclusive jurisdiction of the flag State on the high seas as concerns interception are provided in UNCLOS for cases involving piracy, transport of slaves, or non-authorized radio emissions. There are no exceptions made for the transport of illegal immigrants.
4. The Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime provides however for an obligation of cooperation between the parties for the inspection of suspected ships, with the possibility to request authorisation from the flag State to take the appropriate measures, to which the flag State is obliged to reply without delay or to provide its assistance.
5. The protocol encourages the Parties to conclude bilateral or regional agreements to set up operational arrangements to combat the smuggling of migrants. Such arrangements could involve a speedier and more efficient procedure for authorisations to intervene.

2.3. Search and rescue

1. International law imposes an obligation to render assistance to persons and ships in distress at sea; this assistance must be provided regardless of the nationality or status or the circumstances in which the persons are found (e.g. clandestine migrants).
2. The obligations relating to search and rescue include the transport to a safe place. An amendment to the Search and Rescue Convention (SAR) has entered into force in 2006 to develop these rules, including the way to determine, in each case, a safe place. Besides the principle according to which the State responsible for the SAR zone should provide such a place or to make sure that such a place is found, there is no rule designating by default a State responsible for receiving the rescued passengers such as, for example, the State of nationality or of residence of the persons, the flag State or the State of departure of the ship.

3. The SAR Convention foresees international cooperation for the purpose of coordinating search and rescue operations, which could include agreements covering entry by State vessels into territorial waters for search missions. Moreover the Convention stipulates the establishment of SAR zones independently of the delimitation of maritime zones (territorial waters etc). As concerns the Mediterranean this has been done, but certain zones are not subject to SAR patrols (notably the waters neighbouring Libya⁴).

The European Union could assist its neighbours for the improvement of their capacity to conduct search and rescue missions.

4. In spite of the recent revision of the SAR regime undertaken by IMO⁵ and the drafting of accompanying guidelines relating to the determination of the place of disembarkation, the issue of the repartition of responsibilities between the different countries with regard to the protection of refugees is still open.

2.4. Conclusions – actions to take⁶

1. An extension of the exceptions in UNCLOS to the rule on exclusive jurisdiction of the flag State on the high seas to the transport of illegal immigrants could be examined.
2. Member States that have not done so yet⁷ should become parties to the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Ratification or accession by all the countries from which smuggling and/or trafficking is organised and conducted should also be promoted⁸, as well as its effective implementation by all the Parties. Besides the possibility of amending the Protocol, expressly provided for by its Article 23 after a period of five years from its entry into force⁹, its provisions could also be complemented and strengthened by bilateral or regional instruments inspired by existing examples regarding the fight against terrorism and against the smuggling of drugs (in particular by simplifying mechanisms for the authorisation of intervention against ships flying the flag of any of the Parties and in their territorial waters), possibly extending them also to cases of smuggling of migrants other than those connected to international organised crime.

⁴ Libya has not defined its SAR zone.

⁵ The International Maritime Organisation.

⁶ This part integrates the recommendations included in the Communication of the Commission to the Council – Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Borders, COM(2006) 733 final, 30.11.2006

⁷ The Protocol has already been ratified by the following Member States: Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Rumania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, United-Kingdom; as well as by the European Community.

⁸ According to information published by the United Nations Office on drugs and crime (UNODC) on the ratification status of the Protocol (http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_signatures_migrants.html), countries such as Morocco, la Guinea Bissau and Sierra Leona have not ratified the Protocol yet.

⁹ The Protocol entered into force on 28 January 2004.

3. To define more precisely the **correct modus operandi for the interception of ships** carrying, or suspected of carrying, illegal immigrants towards the European Union would reinforce the effectiveness, if necessary, of the joint operations carried out by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (FRONTEX) with the aim of preventing and re-directing illegal immigration arriving by sea, in which authorities from different Member States take part and which do not always have a common understanding of how and when to carry out interceptions. Indeed, team work and synergies between Member States determine the success of those operations. Consequently, regional or bilateral agreements could organise the authorisation of surveying and intercepting ships in the territorial waters of the countries of origin or transit concerned, thus facilitating the implementation of joint operations by FRONTEX as it would avoid the need to conclude ad hoc agreements for the launching of each operation.
4. One of the problems that could be solved by such a clarification would be the **determination of the most appropriate port for disembarkation following rescue at sea or interception**, as well as the connected question of the sharing, between the States participating in the interception and search and rescue operations, of responsibilities regarding the protection of persons intercepted or rescued seeking international protection. Indeed, in practice, the determination of the most appropriate place for the disembarkation of those persons puts the burden on the designated State for examining the needs of protection of the asylum seekers who find themselves amongst the persons rescued or intercepted.
5. Specific attention should also be paid to the **scope of the protection obligations of States by virtue of the non refoulement principle, in those frequent cases where State vessels carry out interception or search and rescue measures**. Indeed, in all cases, without prejudice to obligations expressly provided for by instruments such as the Protocol against the smuggling of migrants by land, air and sea and the guidelines developed by the International Maritime Organisation (IMO), all the Member States are bound vis-à-vis the persons rescued or intercepted at sea by the principle of non refoulement deriving from Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR). It would therefore be necessary to analyse the conditions under which a Member State can be obliged to assume responsibility for examining asylum claims introduced on grounds of this principle, in particular when it takes part in a joint operation or in operations carried out in the territorial waters of another country or in the high seas.
6. With regard to areas where no bilateral or regional agreement would be concluded, **practical guidelines** could be elaborated as a mean to clarify further the implementation by Member States of their international law obligations and to ensure, in this regard, a certain degree of predictability. The drafting of such instructions would complement the guidelines already developed by the IMO and the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and should be undertaken in close cooperation with them, and be supported by a broad range of expertise. In this task, particular attention should be paid to the work carried out by the competent committees at IMO, inter alia on the respect of international law obligations with regard to search and rescue.

At a first stage practical guidelines for FRONTEX joint operations could be drafted, defining criteria for the sharing of responsibilities between the Member States participating in such operations.

7. The flag States of ships involved in the smuggling of migrants and States from where those ships depart have specific responsibilities with regard to the control and the exercise of their effective jurisdiction with a view to preventing both the smuggling and navigation that puts at risk the lives of the transported persons.

The effective implementation of the obligations, both preventive and repressive, deriving from the Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air, as well as the obligations deriving from instruments in the area of search and rescue, maritime safety and refugee law should be encouraged.

Therefore, reinforced cooperation with neighbouring countries regarding the control of their borders and repatriation of the intercepted persons, with technical and financial assistance from the European Union and its Member States would be the most efficient way to combat this phenomenon.

8. Regional agreements (Mediterranean / North African Atlantic coast) could authorise Member States to conduct surveillance and interception operations in the territorial waters of relevant countries of origin/transit. Similar agreements should also be concluded between Member States in order to facilitate and accelerate the organisation of joint operations under FRONTEX.

* * * * *

LEGAL INSTRUMENTS

- *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), 1982.*
- *Palermo Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000.*
- *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974.*
- *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR), 1979.*
- *Geneva Convention relating to the Status of Refugees, 1951, and its Protocol, 1967.*

ANNEXE AU DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION
Étude sur les instruments de droit international pertinents en matière
d'immigration clandestine par voie maritime

3. L'IMMIGRATION ILLEGALE ET LA FRONTIERE EXTERIEURE MARITIME DE L'UNION EUROPEENNE

3.1. La situation spécifique de la frontière extérieure méditerranéenne et sud atlantique

3.1.1. Situation géopolitique

1. La frontière extérieure méditerranéenne et sud atlantique de l'espace Schengen est très proche géographiquement à des États d'origine ou de transit d'une forte immigration illégale vers l'Union européenne. Cette proximité rend possible l'accès clandestin au territoire des États membres concernés (l'Espagne, l'Italie, la Grèce, Malta et Chypre, principalement) par de petites embarcations ou par des navires qui ne sont normalement pas en condition de naviguer (embarcations dans de mauvais état, surchargées, sans aucun équipement de sécurité, d'illumination ou de guidage et sans équipage spécialisé).
2. Les circonstances de la traversée emmènent très souvent à des accidents avec des conséquences mortelles et transforment normalement les opérations d'interception dans des opérations de sauvetage en mer.
3. Concernant le trafic régulier de passagers (ferries) aux points de passage, il a normalement un caractère saisonnier, devenant très intense pendant les mois d'été, ce qui rend difficiles les contrôles.

3.1.2. Le problème de l'immigration illégale par voie maritime

1. La Méditerranée et les côtes sud-atlantiques sont la voie d'entrée principale de l'immigration illégale par voie maritime en Europe. Le passage illégal de la frontière extérieure maritime sud par des ressortissants d'États tiers (en provenance principalement de l'Afrique maghrébine et subsaharienne et de l'Asie mineure) se produit par des voies différentes. L'étude de faisabilité relative au contrôle des frontières maritimes de l'Union européenne réalisé par l'organisation CIVIPOL en 2003 sur commande de la Commission¹⁰ les distingue en fonction de l'arrivée sur les côtes ou à travers les ports, au moyen de :

¹⁰ Voir document du Conseil Front 102 – 11490/1/03 du 19/09/2003.

- Petites embarcations visant à atteindre le littoral de façon clandestine (« filière à flux local »).

L'immigration illégale « à flux local » représente la plus grande partie de l'immigration illégale par voie maritime (plus de 70-80 % de l'immigration illégale par voie maritime détectée selon l'étude de CIVIPOL). Elle affecte principalement l'Espagne (côtes d'Andalousie et Canaries, en provenance principalement du Maroc mais aussi, en Méditerranée, de l'Algérie, et, dans les côtes atlantiques, du Sahara Occidental et de la Mauritanie, le Sénégal et le Cap Vert), l'Italie (côtes siciliennes et petites îles à proximité de la Tunisie et de la Libye), Malta (principalement en provenance de la Libye) et la Grèce (îles égéennes à proximité de la Turquie, mais aussi la Crète et le territoire continental avec origine dans la Libye ou l'Égypte), même si les personnes transportées proviennent fréquemment d'autres pays (notamment de l'Afrique sous saharienne, mais aussi de l'Asie centrale, surtout dans le cas de l'immigration dirigée vers la Grèce et vers Chypre –en passant par la partie nord du pays-). Ces traversées, organisées normalement par des passeurs locaux, sont faites avec de petites embarcations qui ne sont normalement pas en condition de naviguer et qui mettent donc objectivement en danger la vie de leurs occupants. Les principaux ports d'embarquement sont normalement connus des autorités des pays tiers concernés et des États membres.

- Grands navires, normalement en fin de vie, qui ou bien relâchent les personnes transportées (immigrants illégaux et/ou réfugiés) clandestinement sur les côtes (dans de plus petites embarcations) ou bien sont laissés en détresse en cours de route ou près des côtes (« filière stochastique »).

L'immigration illégale par le biais de grands navires ébranlés ne représente qu'une petite partie du nombre d'immigrants illégaux par voie maritime (2-3 % de l'immigration illégale par voie maritime détectée, selon l'étude de CIVIPOL), même si elle a des répercussions dans l'opinion publique importantes, notamment en raison du caractère massif des cas (de centaines, même des milliers, de personnes en une fois). Elle affecte surtout le sud de l'Italie, en provenance de la Méditerranée orientale (à l'occasion via le canal de Suez) et de la Libye. Elle a la particularité d'être effectuée par des navires armés par des organisations criminelles sous un pavillon de complaisance souvent d'un pays situé loin du bassin méditerranéen. Ces navires se trouvent normalement dans un état inapte pour la navigation en sécurité (surchargés, en mauvais état, sans équipement de secours et abandonnés par les conducteurs de la traversée). Ils comptent normalement sur la complicité des autorités du port de départ.

Avec l'intensification des contrôles (e.g. système SIVE dans les côtes entre l'Espagne et le Maroc) aux points de traversée les plus étroits, on commence à constater un plus grand recours à des bateaux en fin de vie par les réseaux qui contrôlent le trafic de migrants, et une déviation des flux vers d'autres zones du littoral.

- Navires de commerce ou de plaisance (plus rarement, des navires de pêche ou de croisière), avec débarquement clandestinement des immigrants illégaux dans le port.

L'embarquement et/ou le débarquement de ces personnes peuvent avoir lieu avec ou sans la connaissance des responsables du navire. Selon l'étude de CIVIPOL, cette pratique ne représente que 2-3 % de l'immigration illégale par voie maritime détectée ; l'étude considère ce phénomène comme faible mais probablement sous-estimé.

- Transbordeur ou ferry, et passage illégal à travers d'un point de passage autorisé.

Cette modalité a lieu principalement dans les ferries au départ du Maroc, de l'Algérie et de la Tunisie arrivant en Espagne (Almeria, Algésiras et Tarifa) et en France (Sète et Marseille). Elle profite des faiblesses dans les contrôles, surtout en haute saison, et de la transgression des documents légaux ou de l'utilisation de documents falsifiés. L'étude de CIVIPOL estime les passages illégaux à au moins 15 % des passages effectués, ce qui signifie un chiffre très élevé.

2. Concernant les autres frontières extérieures maritimes, le risque d'immigration illégale est considéré comme bas et ne concerne en général que la filière "port à port" (e.g. passagers clandestins –"stowaways"-, marins qui ne regagnent pas leur bateau et passagers de ferries; les cas d'arrivée d'immigrants illégaux ou de réfugiés dans de navires en fin de vie ont été jusqu'à présent anecdotiques).

4. LE CADRE JURIDIQUE POUR LE CONTROLE DE LA FRONTIERE MARITIME

4.1.1. *Le cadre juridique en matière de contrôle et de surveillance*

1. Le cadre juridique pour le contrôle et la surveillance de la frontière maritime dépend fondamentalement de l'endroit où ce contrôle et surveillance sont opérés -sur le territoire ou en mer-, et, dans ce deuxième cas, de la nature des eaux dans lesquelles il se produit, et notamment, s'il s'agit des eaux territoriales de l'État exerçant le contrôle, ou de celles d'un État tiers, ou de la haute mer. Il est constitué par un ensemble de règles de nature et objet diverses internationales (droit international de la mer, droit maritime international, tant conventionnel que coutumier), communautaires (acquis Schengen) et nationales.

Il faut en particulier mentionner les instruments juridiques suivants:

La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM), 1982.

Le protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 2000.

La Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS), 1974.

La Convention Internationale sur la Recherche et le Sauvetage Maritimes (SAR), 1979.

La Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés.

2. Il faut aussi distinguer si les embarcations à contrôler ont ou non un pavillon et si elles sont ou non en état de naviguer. En effet, dans certains cas, l'intervention de l'État riverain n'aura pas lieu dans le cadre de ses facultés de contrôle, mais de ses obligations concernant la sauvegarde de la vie humaine en mer.
3. On peut en particulier souligner les principes suivants dans le contexte de la lutte contre l'immigration illégale par voie maritime:
 - La souveraineté de l'État côtier sur sa mer territoriale et le droit de celui-ci d'adopter, dans le respect du principe de proportionnalité, les mesures nécessaires pour empêcher le passage par ses eaux territoriales de navires se livrant au

transport illégal de migrants vers l'État côtier. Ces droits s'étendent dans une grande mesure aux eaux contiguës.

- La liberté de navigation dans la haute mer (y compris les zones économiques exclusives) et le principe de la juridiction exclusive de l'État du pavillon; ces principes empêchent l'adoption de pouvoirs étatiques vis-à-vis de navires étrangers se livrant au transport illicite de migrants, sans l'autorisation de l'État du pavillon.
- Le principe selon lequel tout État peut exercer sa juridiction dans les eaux internationales vis-à-vis des bateaux ou d'autres embarcations qui peuvent être considérés comme n'ayant aucune nationalité (ce qui est le cas, normalement, de l'immigration illégale par voie maritime dans la frontière extérieure méditerranéenne et sud-atlantique).
- L'obligation des États parties au Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de prévenir et de réprimer le trafic illicite de migrants par mer et de coopérer dans toute la mesure possible à cet effet.
- L'obligation inéludable de secourir les personnes qui se trouvent dans une situation de détresse en mer.

4.1.2. *Le cadre juridique en matière de droits fondamentaux et de protection des réfugiés*

1. Il convient d'analyser également les obligations qui incombent aux États vis-à-vis des personnes ayant besoin de protection qui effectuent la traversée maritime en utilisant les mêmes canaux que les migrants clandestins. Ces obligations découlent des instruments internationaux et régionaux en matière de droits fondamentaux et de protection des réfugiés, du droit communautaire (dans le cas des États membres de l'Union européenne), ainsi que du droit international coutumier; certaines sont également reprises dans des dispositions spécifiques des différents instruments du droit maritime international et du droit international de la mer.
2. Tous les États doivent respecter, en tant que principe consacré par le droit coutumier international, l'interdiction de renvoyer une personne vers un pays où elle risque d'être exposée à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant. Cette interdiction découle de différentes dispositions d'instruments internationaux et régionaux, tels que l'Article 3 de la Convention contre la Torture de 1984 et l'Article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
3. L'interdiction de refouler des réfugiés, qu'ils aient ou non obtenu officiellement le statut de réfugié, énoncée à l'Article 33 la Convention de Genève de 1951, oblige les États à considérer le risque auquel est exposé un demandeur d'asile ou un réfugié avant de prendre des mesures pour l'expulser ou pour interdire son accès au territoire.
4. Il faut mentionner également l'interdiction de refoulement qui découle de l'Article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales de 1950 (ci-après CEDH), dont le champ d'application s'étend à toute personne se trouvant sous la juridiction d'un État partie. Cette interdiction s'appliquerait donc

également par rapport aux immigrants illégaux qui encourent un risque de torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants en cas de retour dans leur pays d'origine, même s'ils n'ont pas besoin de protection internationale *stricto sensu* (c.-à-d. dans le sens de la Convention de Genève ou des Directives communautaires en matière d'asile). Il convient également de souligner à cet égard que la Cour européenne des Droits de l'Homme a admis que des actes accomplis à l'étranger à bord d'aéronefs immatriculés dans un Etat ou de navires battant son pavillon peuvent constituer des cas d'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'Etat concerné¹¹.

5. Néanmoins, le fait qu'un État doit respecter cette interdiction vis-à-vis des personnes secourues ou interceptées qui se trouvent sous sa juridiction n'implique pas nécessairement que les personnes concernées doivent être débarquées dans cet État, ni que cet État devient automatiquement responsable pour examiner, le cas échéant, leur demandes d'asile. Le respect de ce principe signifie, dans la pratique, que l'État doit s'assurer que de personnes dont on a de sérieuses raisons de penser qu'elles risquent d'être soumises à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ne seront pas renvoyées (directement ou indirectement) à des territoires où elles pourraient courir de tels risques.
6. En ce qui concerne plus spécifiquement les demandeurs d'asile, ce principe signifie qu'ils devraient être protégés contre un retour forcé dans leur pays d'origine et que si l'État dont le navire est concerné voudrait les faire débarquer dans un autre pays, il devrait s'assurer qu'il n'y a pas de risque de "refoulement en cascade", ce qui implique que les personnes en question auront, dans le pays de débarquement, accès à des procédures justes et efficaces de détermination de leurs besoins de protection. En pratique, les États concernés pourraient donc se voir obligés, le cas échéant, d'assumer la responsabilité pour le traitement de ces demandes d'asile, en vue de respecter ce principe.

4.2. La souveraineté de l'État côtier sur ses eaux intérieures et sur sa mer territoriale

4.2.1. Le contrôle et la surveillance dans les ports et sur les côtes

1. Au plan juridique, les eaux intérieures (desquelles, en général, les ports font partie) sont assimilées au territoire « terrestre » de l'État côtier, et par conséquent, il y exerce sa souveraineté d'une façon pleine. L'État côtier peut ainsi déterminer les conditions d'accès à ses ports (en désignant, par exemple, ceux qui sont ouverts pour le passage de la frontière, où en imposant d'obligations de notifier à l'avance certaines informations telles que les listes de l'équipage et des passagers) et sur ses côtes et, sauf en cas de danger¹², interdire l'accès aux navires qui ne respectent pas ces conditions et exercer sa juridiction à leur égard.

¹¹ Décision du 19 décembre 2001, *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres états contractants*.

¹² Ce qui est normalement le cas des embarcations de la filière à flux local et des navires en fin de vie de la filière stochastique, pas aptes à la navigation et/ou au transport de personnes en général.

Il n'existe donc pas, dans les eaux intérieures, un droit de passage inoffensif, sauf dans le cas exceptionnel où des eaux qui auparavant appartenaient à la mer territoriale seraient devenues des eaux intérieures suite au tracé d'une ligne de base droite (art. 8.2 CDM). Les États jouissent d'une large discrétion pour refuser l'accès à leurs ports, limitée cependant très souvent par du droit conventionnel –traités "*d'amitié, de commerce et de navigation*"–.

2. Il ne semble pas y avoir d'obstacle juridique pour le placement par un État de dispositifs de surveillance des espaces maritimes sur ses côtes¹³, y compris lors que ces dispositifs permettent une détection des bateaux dès leur départ de l'État voisin.

4.2.2. *Le contrôle et la surveillance dans la mer territoriale*

1. La souveraineté de l'État côtier s'étend à sa mer territoriale, laquelle peut s'étirer jusqu'à une largeur de 12 milles marins (arts. 2 et 3 de la Convention sur le droit de la mer de 1982, ci-après "CNUDM")¹⁴.
2. La CNUDM reconnaît à tous les navires un droit de passage inoffensif dans la mer territoriale. Ce droit comprend tant le passage latéral ou de transit, que le passage perpendiculaire d'entrée ou de sortie.

Par rapport aux navires qui se rendent dans les eaux intérieures ou dans une installation portuaire en dehors de ces eaux, les États côtiers peuvent prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute violation des conditions auxquelles est subordonnée l'admission de ces navires dans ces eaux ou cette installation portuaire¹⁵. En général, l'État côtier peut adopter des lois et règlements relatifs au passage inoffensif en conformité avec le droit international, qui peuvent porter entre autres sur des questions relatives à la sécurité de la navigation et à la prévention des infractions aux lois et règlements d'immigration¹⁶.

3. Les navires n'ayant pas de pavillon ou en ayant plusieurs qu'ils utiliseraient à leur convenance ne peuvent pas se prévaloir des droits de passage dans la mer territoriale reconnus par la Convention, et par conséquent, l'État côtier peut exercer sa juridiction complète sur ces bateaux.
4. Le passage visant au débarquement de personnes en contravention aux lois ou règlements en matière d'immigration de l'État côtier est considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier et n'est donc pas couvert par le droit de passage inoffensif¹⁷. S'il y a d'indices raisonnables que le navire vise à un tel débarquement, l'État côtier a le droit de prendre les mesures nécessaires pour l'empêcher, telles que l'arrestation et la conduite escortée à port ou

¹³ Tel que le système espagnol SIVE.

¹⁴ L'Espagne (sauf dans le détroit de Gibraltar, où la délimitation entre les eaux territoriales espagnoles et marocaines se fait selon le principe de la ligne médiane), la France et l'Italie, ainsi que Malta et Chypre, ont une mer territoriale de 12 milles. La mer territoriale grecque (ainsi que la mer territoriale turque) a une largeur de 6 milles marins.

¹⁵ Art. 25(2) CNUDM.

¹⁶ Art. 21 CNUDM.

¹⁷ Art. 19(2)g) CNUDM.

en haute mer, ou éventuellement, l'exercice de la juridiction pénale vis-à-vis des personnes à bord¹⁸.

L'article 27 de la CNUDM permet à l'État côtier d'exercer sa juridiction pénale à bord d'un navire étranger ou de toute autre embarcation passant dans la mer territoriale pour y procéder à une arrestation ou à l'exécution d'actes d'instruction à la suite d'infractions commises à bord pendant le passage, entre autres cas, si les conséquences de celle-ci s'étendent à l'État côtier ou si l'infraction est de nature à troubler la paix du pays ou l'ordre dans la mer territoriale ; les infractions pénales relatives au trafic d'immigrants illégaux sont comprises par ces cas de figure.

5. Concernant le passage par la mer territoriale quand le but de la traversée est de chercher du secours ou du refuge dans le pays de destination, les droits des États en vertu du droit international de la mer doivent, en général, être tempérés par leurs devoirs selon le droit humanitaire, dont le principe d'assistance humanitaire à ceux qui sont en difficultés en mer fait partie¹⁹.
6. Dans un espace sans frontières intérieures où des règles communes sont applicables en matière de franchissement des frontières extérieures, il faudrait pouvoir considérer qu'un passage qui ne viserait pas au débarquement d'immigrants illégaux dans les eaux ou sur les côtes de l'État côtier mais dans celles d'un autre État membre porterait aussi atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité non seulement de l'État de destination mais aussi de l'État côtier, et que celui-ci pourrait donc prendre les mesures d'interception ou d'autres nécessaires –dans le respect du principe de proportionnalité– pour empêcher le passage.

En particulier, il peut difficilement être admis que des activités tombant sous le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, puissent être considérées comme un passage inoffensif, même vis-à-vis des États côtiers qui ne seraient pas les "destinataires" des migrants transportés.

Ces États seraient de même autorisés –et même obligés- à exercer leur juridiction pénale sur les "passeurs" (art. 27 CNUDM et art. 15 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée et son Protocole).

Si l'État côtier n'estimait pas nécessaire ou possible d'intervenir, il devrait informer sans délai l'État membre vers les eaux duquel l'embarcation se dirige, et lui prêter l'assistance nécessaire pour l'intercepter ou, le cas échéant, il devrait pouvoir l'autoriser à procéder à l'interception dans les eaux territoriales de l'État côtier (voir plus bas), dans le cadre de l'application de l'article 16 du Code des frontières²⁰.

7. Dans le cas des détroits servant à la navigation internationale (par exemple, le détroit de Gibraltar, ou plusieurs des détroits entre les îles grecques de l'Égée), la

¹⁸ Art. 25(1) CNUDM.

¹⁹ En vertu du droit coutumier, les navires en détresse auraient le droit de traverser la mer territoriale et de s'adresser à un port pour trouver secours.

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 du 13.4.2006, p. 1).

Convention prévoit un régime spécifique de passage en transit applicable aux navires se déplaçant entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive (ci-après, "ZEE") et une autre partie de la haute mer ou une ZEE²¹. Dans ce régime, les États riverains peuvent adopter des lois et règlements relatifs au passage par le détroit portant sur, *inter alia*, l'embarquement ou le débarquement de personnes en contravention à la législation en matière d'immigration, mais, à la différence de la mer territoriale, l'application de ces lois et règlements ne peut « avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou d'entraver l'exercice du droit de passage en transit » tel que défini par la Convention.

8. Sans préjudice des pouvoirs mentionnés, en cas de détresse les dispositions dans la matière de la CNUDM et de la Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (ci-après SOLAS) et la Convention sur la recherche et le sauvetage maritimes (ci-après SAR) s'appliquent aussi (voir plus bas).
9. Dans leur mer territoriale, les États peuvent placer librement des dispositifs fixes ou amovibles de surveillance et de détection visant à assurer le respect de leur législation en matière d'immigration, avec la seule limite de ne pas entraver avec ces dispositifs le passage inoffensif, ou le passage en transit dans les détroits internationaux²².
10. Quant aux obligations en matière de protection qui découlent pour les États côtiers du droit communautaire, il convient de se référer aux Articles 3 des Directives 2003/9/CE ("normes d'accueil")²³ et 2005/85/CE ("procédures d'asile")²⁴ ainsi que du Règlement 343/2003 ("Dublin II")²⁵. En effet, il ressort de ces dispositions que les instruments communautaires en matière d'asile s'appliquent aux demandes d'asile introduites à la frontière ou sur le territoire d'un État membre. Il en résulte que le champ d'application du droit communautaire en matière d'asile s'étend également à la mer territoriale des États membres.
11. Dès lors, les États membres concernés sont obligés, en vertu de la Directive 2005/85/CE, de garantir aux personnes interceptées ou secourues dans leurs eaux territoriales qui expriment la volonté de demander l'asile un accès effectif à une procédure d'examen appropriée, c.-à-d. de leur accorder la possibilité de déposer une demande auprès des autorités compétentes dès leur débarquement. De même, ils sont

²¹ Articles. 37 et suivants de la Convention. Les navires traversant le détroit à partir des eaux intérieures d'un État riverain du détroit vers les eaux intérieures d'un autre État riverain du détroit sans provenance ou destination vers une ZEE ou la haute mer (e.g. les navires se livrant au trafic d'immigrants illégaux vers l'autre rive du détroit), ne pourraient pas se prévaloir du droit de passage en transit et seraient donc soumis au régime de passage inoffensif de la mer territoriale.

²² Arts. 24 et 44 CNUDM.

²³ Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31 du 6.2.2003, p. 18–25.

²⁴ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326 du 13.12.2005, p. 13–34.

²⁵ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25.2.2003, p. 1–10.

liés par le principe de non refoulement des réfugiés, qu'ils soient ou ne soient pas formellement reconnus comme tels, tel que consacré par la Directive 2004/83/CE.

12. Par ailleurs, l'application des règles de "Dublin II" signifie que, dans les cas où les personnes qui sont interceptées ou secourues dans les eaux territoriales d'un État membre y demandent l'asile et qu'il n'y a pas d'autres critères qui prévalent, cet État sera considéré comme responsable selon l'Article 13 de ce règlement.

4.2.3. *Exercice de pouvoirs par des États autres que l'État côtier*

1. La souveraineté de l'État côtier sur sa mer territoriale –avec les limites imposées par la CNUDM- s'exerce de façon exclusive. Aucun État autre que l'État côtier ne peut exercer de pouvoirs de puissance publique dans la mer territoriale sans l'autorisation de l'État côtier.
2. Avec l'accord de l'État côtier, des agents d'autres États ou d'organismes communautaires (dans la limite de leurs compétences) peuvent participer à des activités de surveillance et d'interception à bord de navires de l'État côtier.
3. En général, l'État riverain peut aussi autoriser d'autres États pour qu'ils effectuent la surveillance des côtes de celui-là avec leurs propres navires.

Concernant les pouvoirs que ces navires pourront concrètement exercer dans la mer territoriale de l'État côtier, ils dépendront de la portée de l'autorisation accordée par l'État côtier. On peut distinguer quatre hypothèses:

- Il n'y a pas d'obstacles juridiques pour que les navires de l'État tiers puissent être autorisés à exercer d'activités de puissance publique vis-à-vis de bateaux sans nationalité ou des navires ayant la nationalité de l'État riverain ou de l'État intervenant.
- La réalisation, avec l'autorisation de l'État côtier, d'activités de puissance publique (e.g. des interceptions) à l'encontre de navires ayant une nationalité tierce serait permis dans la mesure où les autorités intervenantes établiraient clairement qu'elles agissent pour le compte de l'État côtier et qu'elles n'iraient pas au-delà des limites imposées à l'État côtier par la Convention (concernant en particulier le droit de passage inoffensif ou de passage en transit).
- Il ne semble pas y avoir d'obstacles dans le droit international de la mer pour que des pouvoirs de coercition puissent être exercés dans le cadre d'une autorisation par l'État côtier à l'autre État pour qu'il continue dans la mer territoriale de celui-là une « *hot pursuit* » commencée en conformité avec la Convention, c'est-à-dire, la poursuite non interrompue d'un navire censé avoir contrevenu la législation de l'État poursuivant, commencée dans les eaux intérieures, dans la mer territoriale ou dans la zone contiguë de celui-là.

Cette possibilité de continuation de la *poursuite à chaud* dans la mer territoriale d'un autre État membre est déjà prévue par le droit européen par rapport aux infractions en matière douanière et de certains trafics illicites, à travers l'article 20 de la Convention Naples II²⁶. Elle pourrait aussi être envisagée vis-à-vis des activités de contrôle et de surveillance de la frontière extérieure maritime même si probablement son utilité pratique serait assez réduite compte tenu du *modus operandi* usuel dans les infractions relatives à l'immigration illégale et au trafic d'êtres humains.

- Hormis les cas de "*hot pursuit*", l'exercice de pouvoirs de coercition par des navires d'État autres que ceux de l'État côtier, même avec l'autorisation de celui-ci, vis-à-vis de navires étrangers dont le passage ne pourrait pas être considéré comme portant atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier selon la Convention (mais d'un autre État tel que l'État intervenant, par exemple), serait à exclure en absence d'autorisation de l'État du pavillon²⁷.

4.2.4. La zone contiguë

1. Les pouvoirs de puissance publique en vue de prévenir les infractions en matière d'immigration peuvent aussi être exercés par l'État côtier dans une zone contiguë s'étendant jusqu'à 24 milles marins à partir de la côte²⁸. Il s'agit ici juridiquement d'eaux où la liberté de navigation de la haute mer est applicable mais où un droit de contrôle est reconnu²⁹ à l'État côtier en vue de prévenir les infractions sur son territoire ou dans sa mer territoriale et en vue de réprimer les infractions commises dans ces espaces³⁰.

Il s'agit de pouvoirs qui sont « nécessaires », et donc, proportionnels au besoin de prévenir ou de réprimer ces infractions. Dans le cas des navires qui proviennent du territoire ou de la mer territoriale de l'État côtier, où ils auraient commis une infraction, cet État peut exercer sa juridiction pour arrêter et punir les auteurs de celle-ci. Par contre, si le navire n'est pas encore entré dans la mer territoriale de l'État côtier, il semble exclu que cet État puisse, outre son droit d'approcher le navire aux fins de vérification et le pouvoir d'empêcher son entrée dans cet espace, procéder à l'arrestation du navire ou à sa conduite escortée à un port.

²⁶ L'article 20 de la Convention de 1997 relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières (JO C 24 du 23.1.1998, p. 2) autorise aux agents de l'administration douanière d'un État membre qui, dans leur pays poursuivent une personne prise en flagrant délit de commission d'une série d'infractions déterminées par la Convention, à continuer sous certaines conditions la poursuite sans autorisation préalable sur le territoire, y compris dans les eaux territoriales, d'un autre État membre. Des déclarations ont été faites par certains États membres limitant la portée de cette disposition.

²⁷ Voir cependant ce qui a été signalé au §21 par rapport aux activités criminelles auxquelles se réfèrent la Convention de Palerme et ses Protocoles.

²⁸ Parmi les États membres riverains de la Méditerranée, seul la Grèce n'a pas fait valoir une zone contiguë.

²⁹ Art. 33 CNUDM. La zone contiguë fait juridiquement partie de la ZEE ou, dans les cas où les États n'auraient pas défini une ZEE, de la haute mer.

³⁰ Le premier cas se réfère à des navires qui se dirigent à la mer territoriale ; par contre, le deuxième cas, qui est moins pertinent en ce qui concerne l'objet de la présente étude, se réfère à des navires qui proviennent de la mer territoriale ou le territoire de l'État côtier, où ils auraient commis les infractions mentionnées.

D'un autre côté, il faudrait interpréter que les facultés reconnues à l'État côtier pourraient aussi être exercées par d'autres États en agissant clairement sous le mandat et pour le compte de l'État côtier, et dans les strictes limites imposées à celui-ci par le régime de la zone contiguë.

2. À nouveau, ces limites ne s'appliquent pas vis-à-vis des bateaux sans pavillon ou en arborant plus d'un pavillon à leur convenance, ou si l'État du pavillon a donné son autorisation dans tous les autres cas.

4.3. Les libertés de la haute mer³¹ et la lutte contre l'immigration illégale

4.3.1. La liberté de navigation et le principe de la juridiction exclusive de l'État du pavillon

1. La liberté de navigation dans la haute mer est reconnue comme une liberté des États de faire naviguer en haute mer des navires battant leur pavillon. Il faut par conséquent que le navire soit immatriculé dans un État et qu'il batte le pavillon de cet État –et d'un seul- pour qu'il puisse se prévaloir de la liberté de navigation³².
2. Seul l'État de la nationalité du navire a, en principe, juridiction en haute mer sur les navires naviguant sous son pavillon³³. Par conséquent, en principe, à part le droit de rapprocher le bateau aux fins de vérification de l'identité et de la nationalité³⁴, 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.
3. De même, tout État peut exercer sa juridiction sur les navires n'ayant aucune nationalité. Ceci inclut, en principe, les bateaux n'étant immatriculés dans aucun État³⁵ ou ne pouvant faire valoir de titre d'aucun État³⁶, ceux n'ayant pas de pavillon et ceux arborant des pavillons de plusieurs États, qu'ils utilisent à leur convenance³⁷.

³¹ Les règles de la haute mer s'appliquent à la ZEE dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le régime de la ZEE (art. 58.2 CNUDM).

³² L'article 92(2) CNUDM dispose explicitement qu'« Un navire qui navigue sous les pavillons de plusieurs États, dont il fait usage à sa convenance, ne peut se prévaloir, vis-à-vis de tout État tiers, d'aucune de ces nationalités et peut être assimilé à un navire sans nationalité ».

³³ « Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et son soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer » (art. 92(1) CNUDM).

³⁴ « Reconnaissance » ou « droit d'approche ».

³⁵ Le fait qu'un bateau n'a pas été immatriculé ne veut pas nécessairement dire qu'il n'a pas de nationalité, car un État peut ne pas exiger, ou permettre, l'immatriculation d'embarcations en dessous d'une certaine taille, par exemple, mais il peut les considérer néanmoins comme ayant sa nationalité si elles appartiennent à ses nationaux.

³⁶ Bateaux ne disposant pas de « papiers de bord ».

³⁷ Art. 92 CNUDM. Les navires sans nationalité sont usuellement assimilés à des navires pirates, et peuvent automatiquement être considérés comme « suspects » de toutes sortes d'activités illicites.

C'est le cas normalement des petites embarcations de la filière « à flux local », lesquelles ne portent normalement pas de pavillon et ne peuvent pas juridiquement être considérées comme des navires³⁸ pouvant se prévaloir des libertés reconnues par le droit coutumier de la mer et par la CNUDM. Ceci peut aussi être le cas, dans certaines circonstances, des navires en fin de vie de la filière « stochastique », et c'est le cas, d'ailleurs, des petites embarcations relâchées sur les côtes par ces navires.

Dans ces cas, les autorités des États membres pourraient empêcher le passage de l'embarcation par la haute mer ou procéder à l'exercice d'autres pouvoirs tels que l'arrestation et la saisie de celle-là ou la conduite escortée à un port, dans le respect du principe de proportionnalité et des obligations internationales de ces États membres, en particulier en matière de droits fondamentaux et du droit humanitaire, ainsi que de la souveraineté des États côtiers sur leur mer territoriale.

4. Même si la CNUDM –à l'instar de la Convention sur la haute mer de 1958- exige qu'il y ait un lien substantiel ou authentique entre l'État et le navire, les États sont libres de fixer les conditions pour l'attribution de leur nationalité aux navires, l'immatriculation des navires sur son territoire et le droit de battre leur pavillon (art. 91(1) CNUDM).

³⁸ L'article 94.2 de la CNUDM oblige tout État de tenir « un registre maritime où figurent les noms et les caractéristiques des navires battant son pavillon, à l'exception de ceux qui, du fait de leur petite taille, ne sont pas visés par la réglementation internationale généralement acceptée ». Dans de tels cas, où les embarcations seraient trop petites pour être immatriculées, on pourrait se demander si elles seraient en effet aptes pour la navigation dans la haute mer. Dans ce sens, on pourrait dénier la qualité de navire aux engins « *insusceptibles d'affronter les périls de la mer* » (planches à voile, pédalos, embarcations pneumatiques, canoës, etc.).

Un renforcement conventionnel des liens requis pour l'immatriculation avait été tenté avec la Convention de Nations Unies de 1986 sur les conditions d'immatriculation des navires (pas encore en vigueur par manque de ratifications), laquelle exigeait des parties contractantes d'adopter des dispositions appropriées sur la participation des nationaux dans la propriété des navires et/ou parmi leurs officiers et équipage. Le contexte international actuel ne semble pas trop favorable à ce renforcement des liens économiques entre les navires et leurs États de pavillon³⁹, or la ratification de cette Convention représenterait un progrès, aussi en termes d'amélioration de la compétence des autorités de contrôle nationales, d'identification des navires et de leurs propriétaires, de responsabilité, etc.

Des mesures semblent en particulier nécessaires pour lutter contre les pavillons de complaisance, en vue d'assurer un exercice effectif de leur juridiction et de leur contrôle de la part de tous les États vis-à-vis des navires arborant leur pavillon. En effet, en contrepartie au principe de sa juridiction exclusive⁴⁰, le droit international de la mer impose certaines obligations à l'État de nationalité des navires. En particulier, l'État du pavillon se doit d'exercer effectivement sa juridiction et son contrôle sur les navires ayant sa nationalité et de prendre à l'égard de ceux-ci les mesures (inspections initiale et périodiques, etc.) nécessaires pour assurer leur sécurité en mer⁴¹ (art. 94 CNUDM).

Il faut tenir compte que normalement l'immigration illégale par la filière stochastique se sert de bateaux non aptes au transport de personnes et complètement défectueux en ce qui concerne ces exigences minimales de navigabilité, d'équipement et de quantité et qualité de l'équipage⁴².

En cas de défaillance dans l'exercice de la juridiction et du contrôle appropriés sur un navire, la CNUDM ne prévoit pour les autres États que le signalement des faits à l'État du pavillon.

5. Diverses conventions internationales obligent les États d'empêcher que les navires autorisés à battre leur pavillon soient utilisés pour commettre des activités telles que le transport d'esclaves et de victimes de la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants organisé par des groupes criminels, et à incriminer ces conduites aussi lors

³⁹ Vues les rares ratifications de la Convention de 1986 mais aussi le transfert croissant des navires vers des registres de libre immatriculation (« *open registries* ») et la tendance vers la création de « registres bis », dans un contexte de libéralisation poussée dans le domaine des services. La discussion semble néanmoins plus avancée dans le cadre de la FAO en ce qui concerne les navires de pêche.

⁴⁰ Les compétences de l'État du pavillon sont en principe exclusives quand le navire se trouve dans la haute mer, et concurrentes avec celles de l'État territorial quand le navire se trouve dans les eaux où celui-là exerce des compétences reconnues par le droit international (mer territoriale, zone contiguë, ZEE).

⁴¹ En termes de navigabilité, qualifications du capitaine et de l'équipage, communications, instruments de navigation, etc. Ces obligations ont été développées notamment dans le cadre de l'Organisation Maritime Internationale.

⁴² Les États prêtant leur pavillon aux navires en fin de vie se dévouant à la filière stochastique (tels que le Panama, le Libéria, les Bahamas, etc) sont par conséquent en manquement de ces obligations. Celles-ci devraient en particulier être strictement respectées par les États membres disposant de registres *ouverts*.

qu'elles ont été commises à bord de ces navires⁴³, sans néanmoins prévoir des mécanismes d'exécution plus contraignants.

4.3.2. Exceptions à la juridiction exclusive de l'État du pavillon

1. Des exceptions à la juridiction exclusive de l'État du pavillon sont reconnues par la CNUDM en cas de soupçons sérieux de piraterie⁴⁴ ou de transport d'esclaves⁴⁵, ou dans le cas des émissions de radio et de télévision non autorisées⁴⁶.

La Convention relative à l'esclavage de 1926 définit l'esclavage comme étant « l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux » (art. 1). La Convention supplémentaire de 1956 considère comme des pratiques analogues à l'esclavage la servitude pour dettes, le servage, la cession d'une femme et la cession d'un mineur pour son exploitation ou celle de son travail (art. 1). Le Protocole sur la prévention et la répression de la traite d'êtres humains spécialement des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies sur le crime transnational organisé, définit la traite de personnes comme "le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation" (art. 3(a)).

Le Statut de la Cour pénale internationale définit la "réduction en esclavage" comme "le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants" (article 7(2)).

Le concept de transport d'esclaves dans le droit international de la mer devrait actuellement couvrir aussi, du moins, les cas de traite d'êtres humains pouvant être qualifiés comme des pratiques analogues à l'esclavage.

2. Dans ces cas-là, l'article 110 de la CNUDM reconnaît un droit de visite (arraisonnement), qui comprend, outre la vérification de l'identité et de la nationalité du navire (reconnaissance ou *droit d'approche*), la vérification des titres autorisant le

⁴³ Convention relative à l'esclavage de 1926 (art. 3) et Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage de 1956 (art.3), ainsi que la Convention de 2000 contre la criminalité transnationale organisée (art. 15) et ses Protocoles. Les parties sont obligées de se prêter un concours mutuel pour lutter contre ces pratiques.

⁴⁴ La piraterie pourrait se produire dans certains cas de transport d'immigrants illégaux dans lesquels les passagers du navire se seraient mutinés et auraient pris le contrôle du navire. La CNUDM exige néanmoins que ces personnes visent à commettre des actes de violence contre d'autres navires ou les personnes ou les biens à leur bord (arts. 101 et 103).

⁴⁵ Arts. 99 et 110 CNUDM.

⁴⁶ La CNUDM attribue l'exercice de la juridiction pénale dans ce cas-là aux États suivants (art. 109) : a) l'Etat du pavillon du navire émetteur; b) l'Etat d'immatriculation de l'installation; c) l'Etat dont la personne en question est ressortissante; d) tout Etat où les émissions peuvent être captées; ou e) tout Etat dont les radiocommunications autorisées sont brouillées par ces émissions.

port du pavillon et d'autres documents de bord et la perquisition (examen de la cargaison et interrogation de l'équipage)⁴⁷.

Bien que dans le cas de la piraterie la Convention prévoise expressément le droit de saisir le navire et d'appréhender et de punir les personnes se trouvant à bord⁴⁸, rien de similaire n'est par contre prévu pour les cas de transport d'esclaves, où l'article 99 renvoie la responsabilité pour la prévention et la répression à l'État du pavillon.

3. Par contre, le droit de la mer ne dispose pas d'exceptions au principe de la juridiction exclusive de l'État du pavillon vis-à-vis des navires qui se trouvent dans la haute mer se livrant au transport d'immigrants illégaux⁴⁹, ou à d'autres faits contraires aux intérêts d'autres États ou de la communauté internationale dans son ensemble tels que la pollution du milieu marin, le trafic illicite de drogues, la séquestration de navires, le terrorisme et le transport d'armes de destruction massive⁵⁰, ou à d'autres faits liés au crime organisé tels que la contrebande.

Le principe de la juridiction exclusive de l'État du pavillon ne signifie pas une interdiction absolue d'intervenir, mais simplement, une interdiction d'intervenir sans l'autorisation de l'État du pavillon. Une fois cette autorisation a été obtenue (sur la base d'un accord international ou sur une base ponctuelle), l'État destinataire de celle-ci peut adopter à l'encontre du navire (se livrant au transport d'immigrants clandestins, par exemple) toutes les mesures pour lesquelles l'État de pavillon aurait donné son consentement.

Concernant le trafic illicite de stupéfiants et de substance psychotropes, l'article 108 de la CNUDM ne prévoit qu'une obligation de tous les États de coopérer à sa répression et la possibilité pour l'État du pavillon de demander cette coopération. En réitérant ce principe, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, de 1988, dispose qu'« Une Partie qui a des motifs raisonnables de soupçonner

⁴⁷ Ces pouvoirs ne peuvent être exercés que par des navires de guerre ou aéronefs militaires, ou d'autres navires ou aéronefs portant des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public.

⁴⁸ Art. 105.

⁴⁹ La distinction entre la traite des personnes et le trafic des migrants (telle qu'elle a été faite par les deux protocoles additionnels à la Convention contre la criminalité transnationale organisée) est loin d'être évidente, car fréquemment les migrants qui recourent à des filières sont victimes en cours de route d'exploitations propres à la traite (exploitation sexuelle, travail forcé, servitude pour dettes, etc.).

⁵⁰ Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Convention SUA), de 1988. Le Protocole de 2005 complétant et modifiant la Convention élargit les infractions auxquelles elle s'applique pour couvrir aussi celles où le navire n'est pas seulement une cible mais il devient, par l'usage que l'on en fait ou par les substances qu'il transporte, l'instrument pour la commission d'actes qu'on peut qualifier comme terroristes. Le nouveau article 8 bis prévoit, outre des dispositions relatives à la prise de mesures contre un navire similaires à celles de la Convention de 1988 contre le trafic de drogues ou celles du Protocole sur le trafic illicite de migrants, la possibilité pour un État partie de déclarer que l'absence d'une réponse dans les quatre heures suivant l'accusé de réception d'une demande vaut autorisation pour aborder un navire battant son pavillon, ou même d'accorder une telle autorisation aux autres Parties d'une façon générale. Le Protocole prévoit aussi que les Parties puissent conclure des accords pour faciliter les opérations exécutées sur la base de celui-là. Cette disposition consolide dans un instrument universel la pratique développée sur base des « *boarding agreements* », signés sous la « *Proliferation Security Initiative* » entre les États-Unis et certains autres États (parmi lesquels certains États membres et quelques des plus importants États d'enregistrement). L'action contre un navire se donnant à ces activités pourrait aussi éventuellement être couverte par des circonstances excluant l'illicéité telles que la détresse, l'état de nécessité ou la légitime défense.

qu'un navire exerçant la liberté de navigation conformément au droit international et battant le pavillon ou portant une immatriculation d'une autre Partie se livre au trafic illicite peut le notifier à l'État du pavillon, demander confirmation de l'immatriculation et, si celle-ci est confirmée, demander l'autorisation à cet état de prendre les mesures appropriées à l'égard de ce navire » (art. 17.3). En vertu de l'obligation de coopérer dans la lutte contre ces trafics, la Partie requise devra normalement donner l'autorisation demandée « sans retard », même si elle pourra la subordonner à des conditions arrêtées d'un commun accord avec l'État requérant dans la mesure où ceci sera compatible avec la dite obligation de coopérer. L'article 17 incite les Parties à conclure des accords bilatéraux ou régionaux en vue de donner effet à ses dispositions ou d'en renforcer l'efficacité. C'est sur cette base que, par exemple, l'accord de San José concernant la coopération en vue de la répression du trafic illicite maritime et aérien de stupéfiants et de substances psychotropes dans la région des Caraïbes a été conclu entre le Costa Rica, les États-Unis, la France, le Guatemala, l'Haïti, le Honduras, le Nicaragua, les Pays-Bas et la République dominicaine, en 2003. La signature de cet accord vaut en principe autorisation réciproque des Parties d'arraisonner et de fouiller les navires suspects revendiquant leur nationalité.

4. Une révision de la CNUDM pourrait envisager l'élargissement à d'autres crimes reconnus internationalement (tels que le trafic de drogues, la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants) les pouvoirs de « police internationale » dont tous les États disposent pour lutter contre la piraterie, ou pourrait au moins prévoir pour de tels crimes un régime similaire à celui établi par la Convention pour les émissions radio non autorisées (où seulement les États concernés se voient reconnaître certains pouvoirs).

4.3.3. *Navires se livrant au trafic illicite de migrants*

1. En défaut d'autorisation de la part de l'État du pavillon, un État ne peut pas entraver la liberté de circulation d'un navire battant un pavillon étranger du fait que celui-ci se livre au transport illicite de migrants.

Dans le cas du trafic illicite de migrants par voie maritime, le Protocole additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée réitère ces principes du droit international de la mer, tout en affirmant le devoir des Parties de coopérer « dans toute la mesure du possible » en vue de prévenir et de réprimer ces trafics illicites.

Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention de 2000 contre la criminalité transnationale organisée, définit le trafic illicite de migrants comme « le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État » (art. 3.a)). Ces activités tombent sous le champ d'application du Protocole lorsqu'elles sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué⁵¹, ce qui est normalement le cas dans l'immigration clandestine par voie maritime vers l'Union européenne.

⁵¹ Le caractère transnational, tel que définit à l'article 3(2) de la Convention, est inhérent à ce type d'infractions. Concernant l'expression "groupe criminel organisé", elle désigne "un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel".

2. En particulier, cette obligation de coopération signifie que⁵² :

- Les Parties peuvent arraisonner et visiter les navires sans nationalité ou assimilés soupçonnés de se livrer au trafic illicite de migrants ;
- Concernant les navires battant le pavillon ou portant les marques d'immatriculation d'un autre État, tout État Partie qui a des motifs raisonnables de soupçonner que le navire se livre au trafic illicite de migrants par mer peut demander confirmation de l'immatriculation et, si celle-ci est confirmée, demander l'autorisation à l'État du pavillon de prendre les mesures appropriées à l'égard du navire⁵³ ;
- L'État de pavillon doit répondre sans retard aux demandes concernant la confirmation de l'immatriculation et l'autorisation pour prendre de mesures vis-à-vis le navire ; en principe, l'État du pavillon serait obligé de répondre d'une façon positive à la demande d'autorisation, même s'il peut la subordonner à des conditions arrêtées d'un commun accord avec l'État requérant. Aucune mesure supplémentaire ne peut être prise sans l'autorisation expresse de l'État du pavillon, sauf celles qui seraient nécessaires pour écarter un danger imminent pour la vie des personnes, ou résultant d'autres accords ;
- Les Parties peuvent demander l'assistance des autres États afin d'empêcher que les navires ayant la nationalité de celles-là se livrent au trafic illicite de migrants ;
- Chaque Partie doit désigner les autorités de contact, qui sont communiquées aux autres Parties par le biais du Secrétaire général de l'ONU.

Le Protocole suit dans cette matière le modèle de la Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

Le Protocole, qui doit être lu ensemble avec la Convention contre la criminalité transnationale organisée, contient aussi plusieurs autres dispositions en matière d'incrimination, d'échange d'information, de sécurité et légitimité des documents de voyage et d'identité, de coopération et d'assistance technique, de sensibilisation du public, de retour des migrants, etc.

3. D'une façon générale, le Protocole incite les Parties à envisager la conclusion d'accords bilatéraux ou régionaux, d'arrangements opérationnels ou d'ententes visant à établir les mesures les plus appropriées et efficaces pour prévenir et combattre le trafic illicite de migrants et à développer les dispositions du Protocole⁵⁴.

Dans ce contexte, des accords avec les pays riverains de la Méditerranée ou avec les États d'enregistrement les plus habituels pourraient autoriser les autres Parties à prendre certaines mesures à l'encontre des navires suspects de se livrer au trafic illicite de migrants, ou, en défaut d'une telle disposition, ils pourraient simplifier les

⁵² Arts. 7 et 8.

⁵³ Ces mesures peuvent être l'arraisonnement, la visite ou d'autres « mesures appropriées » autorisées par l'État du pavillon, y compris l'exercice de la juridiction pénale vis-à-vis des personnes à bord.

⁵⁴ Art. 17.

procédures de demande de vérification de nationalité et d'autorisation, par exemple en prévoyant la possibilité de faire ces demandes verbalement⁵⁵, la désignation d'autorités en mesure d'y répondre à tout moment et la fixation de délais de réponse maximaux (avec éventuellement un régime de silence positif).

Dans le cas des navires enregistrés dans un État membre de l'Union européenne, le consentement à un autre État membre pour l'arraisonner devrait être prêté d'une façon automatique.

4. Les mesures stipulés par le Protocole doivent être prises par des navires de guerre ou aéronefs militaires ou par d'autres navires ou aéronefs dûment habilités et identifiables comme des navires ou aéronefs d'État et doivent tenir dûment compte des intérêts, des droits et des compétences de l'État du pavillon et des États côtiers, et de la sécurité et le respect des droits fondamentaux des personnes. Le navire devra être indemnisé de tout dommage causé lorsque l'intervention serait injustifiée.

Le Protocole dispose expressément que lorsque un État prend des mesures sur base de l'article 8, il « veille à la sécurité et au traitement humain des personnes à bord » et « tient dûment compte de la nécessité de ne pas compromettre la sécurité du navire ou de sa cargaison » (art. 9(1)(a) et (b)).

5. Les dispositions du Protocole ne peuvent pas non plus affecter les obligations des États en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme, et en particulier, lorsqu' ils s'appliquent, de la Convention de Genève et du Protocole de New York, ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé⁵⁶.
6. Par ailleurs, le Protocole oblige les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour sauvegarder les droits des migrants qui ont fait l'objet de trafic illicite, y compris leur droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵⁷.

4.3.4. « Hot pursuit »

1. Hors les cas prévus par la CNUDM et les cas d'autorisation par l'État du pavillon, la seule possibilité de procéder à une arrestation et à la conduite à port d'un navire se trouvant dans la haute mer sur base de ses activités visant à l'introduction illicite de migrants, semble être la *poursuite à chaud* (art. 111 CNUDM).

L'utilité de cette disposition est néanmoins limitée dans le cas de l'immigration illégale par voie maritime car elle exige qu'il y ait au moins de raisons sérieuses de penser que le navire étranger a contrevenu aux lois et règlements de l'État effectuant la poursuite, et celle-ci doit commencer lorsque le navire étranger ou une de ses embarcations se trouve dans les eaux intérieures, la mer territoriale ou la zone

⁵⁵ Quitte à les confirmer par écrit plus tard.

⁵⁶ Art. 19(1).

⁵⁷ Art. 16.

contiguë⁵⁸ et ne peut être continuée au-delà de ces espaces qu'à la condition de ne pas avoir été interrompue. C'est-à-dire, cette possibilité ne s'applique pas aux cas où le navire se trouve encore dans la haute mer se dirigeant vers la mer territoriale pour commettre les infractions mentionnées.

Le navire ou aéronef d'État qui entame la poursuite ne doit pas nécessairement se trouver aussi dans les eaux intérieures, la mer territoriale ou la zone contiguë, mais il doit démarrer la poursuite par l'émission d'un signal de stopper visuel ou sonore donné à une distance permettant au navire visé ou à une de ses embarcations, de le percevoir (même par radio). La poursuite doit cesser dès que le navire poursuivi entre dans la mer territoriale de l'État dont il relève ou d'un autre État. Dans ce dernier cas, avec l'accord de l'État concerné il serait possible de prévoir l'autorisation pour continuer la poursuite dans les eaux de celui-ci.

2. Un État peut mettre en œuvre ce droit de « *hot pursuit* », dans les conditions stipulées par la Convention, dans les cas, pas rares dans la pratique, où un navire étranger ne se trouvant pas nécessairement dans les eaux intérieures, la mer territoriale ou la zone contiguë, se serait servi d'autres embarcations fonctionnant en équipe et utilisant le navire poursuivi comme navire gigogne qui, elles, auraient pénétré dans ces espaces (comme il serait le cas, par exemple, d'un navire placé dans la ZEE ou la haute mer et relâchant des immigrants illégaux sur les côtes dans des petites embarcations secondaires)⁵⁹.

4.3.5. *Dispositifs de surveillance*

1. Même si aucun État ne peut faire valoir des droits de souveraineté ou de juridiction sur la haute mer, les libertés de navigation et de survol dans la haute mer peuvent être aussi exercées par les navires et aéronefs de guerre ou assimilés de tout État à des fins de patrouille et de surveillance, y compris pour lutter contre l'immigration illégale⁶⁰. Outre la simple surveillance, les pouvoirs que ces navires ou aéronefs pourraient exercer dans cet espace sont nonobstant limités par les règles coutumières et conventionnelles examinées précédemment.
2. Parmi les libertés de la haute mer, à côté des libertés de navigation et de survol, il faut mentionner aussi celle de construire d'installations autorisées par le droit international⁶¹. Tout en respectant les droits et libertés reconnus aux autres États, tout

⁵⁸ Si le navire a violé des droits que l'institution de la zone contiguë a pour objet de protéger. Le droit de poursuite s'applique aussi aux infractions contre les lois et règlements applicables, en conformité avec la Convention, à la ZEE et au plateau continental et commises dans ces zones.

⁵⁹ Doctrine de la « *présence constructive* ».

⁶⁰ Aux effets de la navigation et du survol, le régime de la ZEE correspond à celui de la haute mer. Par conséquent, les navires et les aéronefs de guerre et assimilés de tout État peuvent conduire d'activités de surveillance et exercer les facultés de contrôle dans leur propre ZEE ou dans celle d'autres États (sur les navires ayant leur nationalité, sur les bateaux sans ou avec plus d'un pavillon et sur les autres navires dans les cas spécifiquement prévus par le droit de la mer ou avec le consentement de l'État de nationalité) dans les mêmes termes que dans la haute mer, sous condition, le cas échéant, de ne pas interférer avec l'exercice des droits –de nature fondamentalement économique– de l'État côtier dans la ZEE.

⁶¹ Art. 87 CNUDM. Concernant la ZEE, l'État côtier peut y placer d'îles artificielles et d'installations et d'ouvrages, y compris à des fins de surveillance en matière de lutte contre le trafic illicite de migrants. Par contre, leur placement dans des eaux correspondant à la ZEE d'un État tiers ne peut avoir lieu, sans l'autorisation de celui-ci, si de tels installations et ouvrages peuvent être considérés comme des îles

État peut faire usage de cette liberté à des fins de surveillance destinées à protéger les espaces sous sa souveraineté de l'immigration clandestine ou d'autres risques.

3. La liberté de navigation et de survol inclut aussi celle de faire naviguer par mer (en profondeur ou en surface) ou sur l'espace aérien sus-jacent, des engins, y compris des engins sans pilot. L'usage d'engins sans pilot est soumis aux dispositions du droit international, et en particulier :
 - Il doit se faire à des fins pacifiques ;
 - Il ne peut pas entraver l'exercice des libertés de navigation, de survol et autres par les autres États ;
 - La sécurité de la navigation doit être assurée.

Ce type d'engins, même s'ils peuvent présenter certaines analogies avec les navires, de même qu'avec les îles et d'autres installations, ne semblent pas pouvoir être complètement considérés comme de tels navires ou comme de telles installations ni être d'une façon générale soumis au même régime juridique applicable à ceux-ci (lequel comprend, par exemple, des dispositions concernant la composition et la qualité de l'équipage) ou à celles-là, même si certaines de ces règles leur seraient applicables.

4.3.6. Recherche et sauvetage

1. D'autres possibilités d'intervention dans la haute mer ou dans d'autres espaces maritimes ne dérivent pas d'un droit de contrôle ou d'exercice de juridiction de la part des États mais peuvent dériver d'une obligation imposée par le droit international tant coutumier que conventionnel, en particulier de l'obligation de secours pour le sauvetage de la vie humaine en mer. La CNUDM dispose même que les États doivent organiser de services de recherche et de sauvetage en collaborant le cas échéant avec leurs voisins dans le cadre d'arrangements régionaux (art. 98 CNUDM)⁶².
2. La Convention sur la recherche et le sauvetage maritimes de 1979 (SAR), telle qu'amendée en 1998 et en 2004, dispose à cet effet l'établissement de régions SAR par accord entre les parties concernées, où les différentes parties devront assurer la coordination générale des opérations de recherche et de sauvetage.

Les circonstances sous la portée de la Convention SAR sont celles où une personne ou un navire seraient ou pourraient être menacés par un danger grave et imminent requérant une assistance immédiate. Cette assistance doit être prêtée quels que soient la nationalité, le statut ou les circonstances dans lesquelles les personnes sont trouvées.

artificielles ou s'ils ont des fins économiques ou peuvent entraver l'exercice des droits de l'État côtier dans la ZEE (dans la pratique, on pourra en général s'attendre à ce que l'État côtier objecte que le dispositif de surveillance entrave l'exercice de ses droits dans la ZEE, sauf s'il y a eu une sorte d'accord sur le fait de son placement).

⁶² Ces obligations sont développées par la règle 7 du Chapitre V de la Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS) telle qu'amendée en mai 2004 et par la Convention sur la recherche et le sauvetage maritimes (SAR).

On peut estimer que dans la pratique la plupart des cas de transport d'immigrants illégaux par les filières « à flux local » et « stochastique » tomberont sous la portée de la Convention, car il s'agit normalement des bateaux qui ne sont pas aptes à faire la traversée d'une façon sûre et qui mettent objectivement en danger les vies de leurs passagers.

3. L'assistance que les parties sont obligées de prêter en vertu de la Convention inclut le transport des personnes à un lieu sûr. À cet effet, le centre qui est en train de coordonner le sauvetage doit identifier l'endroit ou les endroits les plus appropriés pour le débarquement des victimes⁶³.

La Convention ne précise cependant pas quelles sont les suites à donner concernant la situation de ces personnes. À cette fin, le Comité de sécurité maritime de l'Organisation maritime internationale (OMI) a adopté en 2004 un amendement à la Convention, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006, ainsi qu'une résolution établissant les directives sur le traitement des personnes secourues en mer⁶⁴, dont un des buts principaux est de contribuer à ce que les capitaines des navires ayant effectué un sauvetage soient déchargés de leur responsabilité le plus tôt possible. Sur cette base l'OMI et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) ont publié un guide destinée à un public plus large en 2006.⁶⁵

L'obligation de secours des personnes se trouvant en situation de péril en mer concerne non seulement les navires d'État, mais elle doit être imposée par chaque pays à tout navire battant son pavillon (art. 98 CNUDM). Il faut aussi que ceux-ci assurent, y compris par des mesures répressives, le respect de ces obligations et de la vie et les autres droits fondamentaux des personnes secourues⁶⁶.

D'un autre côté, nonobstant les responsabilités du centre de coordination du sauvetage, tous les États –et notamment ceux qui se trouveraient à proximité de l'endroit de l'opération, l'État du prochain port d'escale prévu, et les États de pavillon des navires secourant et secourus – sont obligés d'assurer la coordination et la coopération nécessaires pour que les capitaines de navires qui prêtent assistance en embarquant des personnes en détresse en mer soient dégagés de leurs obligations et s'écartent le moins possible de la route prévue⁶⁷.

⁶³ Paragraphe 4.8.5 de la Convention SAR, telle qu'amendée en mai 2004.

⁶⁴ Résolutions MSC.155(78) et MSC.167(78), de 20 mai 2004, respectivement.

⁶⁵ "Rescue at sea – A guide to principles and practice as applied to migrants and refugees." Voir www.imo.org.

⁶⁶ En effet, pour éviter des difficultés pour se "débarrasser" de ces personnes, certains capitaines de navire pourraient être tentés de passer outre ces obligations. Pour faire face à ce problème, la création d'un fond international pour compenser les compagnies ou les navires impliqués dans des opérations de sauvetage des pertes encourues du fait de leur action humanitaire a été proposée.

⁶⁷ Les directives de 2004 disposent en particulier qu'"Un navire ne devrait pas subir de retard indu, ni encourir de charge financière ou d'autres difficultés après avoir prêté assistance à des personnes en mer; les États côtiers devraient donc libérer le navire dès que possible" (par. 6.3). Il est aussi indiqué que "Toutes les opérations et procédures, telles que le filtrage et l'évaluation du statut des personnes secourues, qui vont au-delà de l'assistance fournie aux personnes en détresse, ne devraient pas gêner la prestation d'assistance ou retarder indûment le débarquement des survivants qui sont à bord du ou des navires prêtant assistance" (par. 6.20).

4. Les directives de l'OMI de 2004 soulignent également la nécessité d'éviter le débarquement dans des territoires où la vie et la liberté des personnes qui affirment avoir des craintes bien fondées de persécution seraient menacées⁶⁸.
5. Bien que la détermination de l'endroit de débarquement -"lieu sûr"⁶⁹- devra toujours tenir compte des circonstances particulières de chaque cas, la Convention SAR pourrait être complétée afin de définir plus précisément quelles sont ces circonstances à prendre en compte et les obligations des différents États en matière d'autorisation du débarquement, ainsi que de prévoir expressément une obligation de la part des États soit de nationalité ou de résidence des personnes, de l'État du pavillon du navire secouru ou de l'État de départ de la traversée maritime d'accepter le retour des personnes secourues. La Convention pourrait aussi disposer une participation dans le coût des opérations de sauvetage⁷⁰ (notamment de la part de l'État du pavillon, si le navire avait été mis en navigation dû à un manque de diligence dans l'exercice des obligations de contrôle de cet État) et des retours.
6. Dans ce contexte, il serait utile d'élaborer des critères clairs, objectifs et équitables concernant tant l'attribution que le contenu de la responsabilité des États vis-à-vis de demandeurs d'asile qui se trouvent parmi les personnes secourues. Plus spécifiquement, on pourrait envisager le développement de lignes directrices, en vue d'harmoniser les procédures et pratiques de choix de lieu de débarquement -"lieu sûr"- en s'inspirant des directives OMI. De telles lignes directrices, axées sur la coopération et le partage des responsabilités, pourraient apporter plus de clarté et de prévisibilité concernant le respect par les États membres de leurs engagements de protection, tout en préservant la flexibilité nécessaire pour déterminer l'endroit de débarquement, en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas.

4.4. Présence des autorités des États membres sur la mer territoriale des pays tiers d'origine ou de transit

1. Le droit de passage inoffensif des navires dans la mer territoriale de pays tiers bénéficie aussi aux navires tels que les navires d'État des États membres, mais il ne peut en aucun cas couvrir des activités de patrouille ou de surveillance ou d'autres actes de pouvoir public, ni, en général, aucune activité sans rapport direct avec le passage "continu et rapide"⁷¹, sauf celles qui constituent des incidents ordinaires de navigation ou qui s'imposent par des raisons de force majeure ou de détresse, ou dans le but de porter secours à des personnes, des navires ou des aéronefs en danger ou en détresse⁷².

⁶⁸ Par. 6.17.

⁶⁹ Les directives de 2004 définissent le "lieu sûr" comme l'emplacement où les opérations de sauvetage sont censés prendre fin, où la vie des survivants n'est plus menacée et où l'on peut subvenir à leurs besoins fondamentaux (tels que des vivres, un abri et des soins médicaux), et à partir duquel peut s'organiser le transport des survivants vers leur prochaine destination ou leur destination finale (par. 6.12).

⁷⁰ Sans préjudice de l'application éventuelle de la Convention sur l'assistance de 1989.

⁷¹ Art. 19(2)(1) CNUDM. Ces activités constitueraient une violation de la souveraineté de l'État côtier.

⁷² Art. 18(2).

Un navire étranger, y compris un navire d'État, pourrait intervenir dans une opération de sauvetage sur la mer territoriale d'un État tiers suite à une situation de danger ou de détresse survenue quand celui-là se trouvait à proximité.

Ainsi, le droit de *hot pursuit* que la CNUDM reconnaît aux navires d'État sur la haute mer "cesse dès que le navire poursuivi entre dans la mer territoriale de l'État dont il relève ou d'un autre État" (art. 111(3) CNUDM).

Le consentement de l'État côtier est nécessaire pour l'accès de ces navires aux ports et aux autres eaux intérieures.

2. Certaines facultés (interception, conduite escortée à un port, etc.) peuvent être exercées par des États tiers sur la mer territoriale d'un autre État, avec l'autorisation de celui-ci et dans la mesure couverte par cette autorisation, dans le respect toujours des facultés que la CNUDM reconnaît à l'État côtier lui-même (en particulier, le droit de passage inoffensif des navires ne portant pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier).

Ainsi, les États tiers riverains de la Méditerranée pourraient autoriser au cas par cas ou sur base d'un instrument bilatéral ou multilatéral la présence sur leurs eaux territoriales et intérieures de navires ou d'aéronefs d'État des autres Parties aux fins de la lutte contre l'immigration irrégulière.

L'accord de San José, sur le trafic illicite de stupéfiants dans les Caraïbes, pourrait servir comme modèle dans la mesure où il encourage les Parties à accélérer les procédures d'autorisation permettant aux navires, aéronefs et agents des services répressifs des autres Parties « d'entrer dans ses eaux, son espace aérien et ses ports et aéroports » afin de mener à bien les objectifs de l'accord⁷³.

3. En matière de sauvetage maritime, et sans préjudice de l'article 18(2) de la CNUDM, la Convention SAR dispose que les parties devraient conclure des accords avec les États voisins sur les conditions pour l'entrée dans leurs eaux territoriales ou leurs territoires aux fins de rechercher la position d'accidents maritimes et de sauver les victimes, avec le moins de formalités possibles (chapitre 3 de l'annexe, en particulier paragraphe 3.1.5). Dans ces cas, ces accords pourraient aussi prévoir expressément les dispositions pour le débarquement des victimes sur le territoire le plus proche de l'État riverain d'où le bateau était parti.
4. Les obligations humanitaires et en matière de droits fondamentaux, et en particulier, celles découlant du principe de non-refoulement, doivent être respectées par les autorités des États membres vis-à-vis des personnes sur lesquelles elles exerceraient de pouvoirs de juridiction. Sans porter atteinte à la prohibition de refoulement applicable à bord des navires d'État des États membres en vertu de l'article 3 de la CEDH, des lignes directrices ou des accords bilatéraux ou multilatéraux y afférents pourraient préciser le contenu de leurs obligations vis-à-vis les personnes en quête d'asile interceptées ou secourues dans ce contexte, qu'ils soient originaires du pays côtier ou d'autres pays.

⁷³ Art. 4.

5. La présence de contrôleurs des États de destination dans les ports et sur le territoire des États de départ (afin de coopérer, par exemple, aux activités de contrôle à la frontière et de surveillance des côtes) exige évidemment le consentement de ces derniers.

Cette assistance de la part de contrôleurs des États membres de destination pourrait être organisée par des accords internationaux bilatéraux entre les pays concernés (en particulier ceux liés par des lignes de transbordeurs mais aussi ceux connectés par d'autres filières)⁷⁴, qui pourraient s'accompagner par une assistance réciproque des contrôleurs des États de départ lors du débarquement dans les États membres d'arrivée. Des échanges d'agents de liaison devraient aussi être envisagés.

Des accords pourraient aussi envisager l'assistance aux pays tiers de départ par la mise à disposition de moyens techniques et d'équipements.

De même, l'Agence européenne des frontières extérieures pourrait coopérer avec les États tiers sur base d'accords administratifs (article 14 du Règlement établissant l'Agence⁷⁵).

5. LES OBLIGATIONS DES ÉTATS TIERS D'ORIGINE OU DE TRANSIT

5.1. Les obligations de contrôle

1. La souveraineté et donc le monopole du contrôle de la navigation et d'autres activités dans la mer territoriale incombe à l'État côtier, dans le respect du droit de passage inoffensif par la mer territoriale des navires arborant le pavillon d'un État tiers, ou d'autres droits de passage plus larges dans le cas des détroits et des canaux servant à la navigation internationale.
2. Plusieurs Conventions internationales, telles que la Convention relative à l'esclavage (art. 3), la Convention supplémentaire de 1956 (art. 3) et la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui (art. 17), et, en particulier en ce qui nous concerne, les Protocoles additionnels à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contre la traite des personnes et contre le trafic illicite de migrants, obligent les États à réprimer pénalement ces activités, ainsi qu'à les prévenir, par exemple par le renforcement de la surveillance et du contrôle de leurs frontières, y compris de leurs ports et de leurs côtes, en vue d'empêcher le transit, l'embarquement et le transport des victimes.

Par les Protocoles, les parties s'engagent aussi "à prévoir l'obligation pour les transporteurs commerciaux, y compris toute compagnie de transport ou tout propriétaire ou exploitant d'un quelconque moyen de transport, de vérifier que tous les passagers sont en possession des documents de voyage requis pour l'entrée dans l'État d'accueil" (art. 11(3)).

⁷⁴ Voir dans ce contexte la pratique recommandée 7.7 de la Convention FAL.

⁷⁵ Règlement (CE) N° 2007/2004 du 26 octobre 2004, *JO L 349 du 25.11.2004*, p. 1.

Il importe en particulier que la Convention et les Protocoles soient ratifiés par les États tiers qui ne l'ont pas encore fait. Ce cadre juridique pourrait être complété par des instruments bilatéraux ou multilatéraux liant en particulier les principaux États de départ, de transit et de destination de l'immigration illégale par voie maritime vers l'Union européenne.

3. Dans le cadre de la Convention sur la facilitation du trafic maritime international (ci-après, Convention FAL) et de ses amendements⁷⁶, les autorités des ports où des passagers clandestins pourraient embarquer doivent prendre les mesures de sécurité et autres nécessaires pour empêcher l'accès aux installations portuaires et aux bateaux de ces personnes. Le cas échéant de l'assistance pourrait être prêtée à certains États tiers pour leur aider à mettre en œuvre ces mesures, si la magnitude du problème le justifie dans le cas spécifique⁷⁷.
4. Ces obligations doivent néanmoins être conciliées avec le droit de toute personne, reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 13(2)) ainsi que par le Pacte relatif aux droits civils et politiques (art. 12(2)), de quitter tout pays, y compris le sien, même s'il n'implique pas un droit d'entrer dans un pays autre que le propre pays.
5. Étant donné l'impact, tragique dans plusieurs cas, qu'ont les bateaux sous-standards utilisés pour les buts de l'immigration clandestine sur la sécurité de la navigation, pas seulement par rapport à leurs propres passagers mais aussi par rapport au trafic maritime en général⁷⁸, il faudrait insister auprès des pays de départ de l'immigration clandestine par voie maritime, et si nécessaire élargir et renforcer les obligations des parties à la Convention SOLAS⁷⁹ d'empêcher en général le départ de leurs côtes de toute embarcation (y compris celles de construction primitive) qui transporterait plus de douze passagers sans être dotée de tous les équipements –et l'équipage- essentiels pour une navigation sûre.

5.2. Les obligations en matière de recherche et sauvetage

1. L'article 98.2 de la CNUDM oblige tous les États côtiers à faciliter "la création et le fonctionnement d'un service permanent de recherche et de sauvetage adéquat et efficace pour assurer la sécurité maritime et aérienne" et à collaborer "à cette fin avec leurs voisins dans le cadre d'arrangements régionaux".

⁷⁶ Section 4 des amendements de 2002 à l'annexe de la Convention.

⁷⁷ Ces mesures pourraient aussi viser à une amélioration de la sécurité contribuant à d'autres objectifs (lutte contre le terrorisme, le trafic de drogues, etc.).

⁷⁸ Ces bateaux traversent dans plusieurs occasions des espaces très fréquentés par la navigation internationale (par exemple, le détroit de Gibraltar), sans tenir compte des voies de circulation et des dispositifs de séparation du trafic, avec une absence totale de dispositifs de signalisation ou de communication de leur position aux autres navires, avec le risque de collision et d'abordage subséquent.

⁷⁹ La Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer de 1974 (SOLAS), amendée à plusieurs reprises, prévoit les prescriptions minimales concernant la construction, les équipements de sauvetage et les communications qui doivent être remplies par les navires de passagers et autres afin de garantir que, du point de vue de la sauvegarde de la vie humaine, un navire est apte au service auquel il est destiné, et les obligations de l'État d'immatriculation de s'assurer de leur respect par des visites et d'inspections et par la délivrance de certificats de sécurité ou d'exemption, ainsi que l'obligation de l'État du port de prendre les mesures nécessaires pour empêcher les navires d'appareiller jusqu'à ce qu'ils puissent prendre la mer sans danger pour les passagers et l'équipage.

Cette obligation a été développée par la Convention SOLAS et, spécialement, par la Convention SAR. Le chapitre V de l'annexe à la Convention SOLAS identifie les services de sécurité de la navigation qui doivent être fournis par les parties contractantes, parmi lesquels, des services de recherche et de sauvetage (norme 15).

La Convention SAR réitère ces principes. Les parties s'obligent à développer, individuellement ou en coopération avec d'autres États et, si approprié, avec l'OMI, de services de recherche et de sauvetage pour l'assistance aux personnes en détresse en mer. La Convention précise que les parties établiront les éléments essentiels suivants: un cadre juridique; la désignation d'une autorité responsable; l'organisation des ressources disponibles; les facilités de communication; les fonctions de coordination et opérationnelles; et les procédures pour améliorer le service y compris la planification, la coopération interne et internationale et la formation. Les parties sont aussi requises d'établir, par accord entre les parties concernées, des régions de recherche et sauvetage (régions SAR) dans chaque zone. Cette délimitation est indépendante et sans effet sur la délimitation des espaces maritimes sous souveraineté ou juridiction des États concernés. Elle est normalement identique à la définition des zones SAR aéronautiques.

2. Même si les responsabilités sur les différentes zones SAR tant en Méditerranée que dans la façade atlantique nord africaine⁸⁰ ont été définies, il reste encore des zones où des services de recherche et de sauvetage ne sont pas fournis pour l'instant par l'État principalement responsable (par exemple dans les eaux avoisinant la Lybie).

Afin de prévenir et d'éviter les pertes de vies humaines dans le trafic d'immigrants clandestins en Méditerranée et dans les proximités de la frontière atlantique sud, il faut non seulement que des régions SAR aient été définies dans ces espaces, mais aussi que des services SAR réellement opérationnels 24 heures sur 24 aient été établis par les États tiers voisins dans ces zones, si nécessaire avec l'assistance de l'Union européenne et de ses États membres, et en particulier de ceux des régions contigües.

Des mécanismes de monitoring et d'assistance pour la correcte application par toutes les parties du dispositif normatif existant devraient aussi être renforcés dans le cadre de l'OMI.

5.3. Les obligations en matière de retour

1. Le droit international coutumier et conventionnel prévoit d'une façon générale l'obligation de tous les États d'accepter le retour de leurs nationaux⁸¹. Cette règle constitue pour l'instant seulement une obligation internationale des États envers leurs nationaux, mais elle ne constitue pas une obligation dont pourraient se prévaloir les autres États.
2. Les deux Protocoles additionnels à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, contre la traite des personnes et contre le trafic illicite de migrants, disposent que les Parties devront faciliter et accepter le retour

⁸⁰ Dans la façade atlantique nord africaine, des zones SAR sous la responsabilité, respectivement, du nord vers le golfe de Guinée, des autorités marocaines, espagnoles, sénégalaises, libériennes, ghanéennes, nigériennes et camerounaises, ont été délimitées.

⁸¹ Art. 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: "Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays". L'article 12.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que "Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays".

sans retard injustifié ou déraisonnable des victimes de la traite des personnes et des migrants étant leurs ressortissants ou résidents permanents (arts. 8 et 18 respectivement). La Convention sur la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui oblige aux États d'origine de ces personnes à prendre en charge les frais de leur rapatriement, et, en général à toutes les parties, à faciliter le transit des personnes rapatriées sur leur territoire (art. 19).

3. Concernant les passagers dans le cadre du trafic maritime international, la Convention FAL prévoit l'obligation pour l'État d'embarquement d'accepter pour examen les personnes qui ont été refoulées de leur point de débarquement car elles ont été considérées comme non admissibles (norme 3.3.2).

| |
|--|
| Cette obligation, qui néanmoins est sans préjudice de la décision finale sur l'acceptabilité de la personne ou d'arrangements postérieurs pour son transfert à son État de nationalité ou à un autre, pourrait être exploitée à défaut d'accords de réadmission avec les pays concernés. |
|--|

4. En plus de cette disposition, la section 4 de l'annexe de la Convention FAL prévoit des règles spécifiques concernant les passagers clandestins (*stowaways*), dont le principe est d'assurer le débarquement de la personne si possible à la première escale, mais aussi son prompt retour ou rapatriement. Ainsi, la Convention⁸² a prévu une obligation des États d'accepter le retour des nationaux ou des personnes ayant un droit de résidence, ainsi que de collaborer dans la détermination de l'identité et de la nationalité de ces personnes.

Sans préjudice de ces obligations de l'État de nationalité ou de résidence, l'État d'embarquement doit, quand il a été établi d'une manière satisfaisante que des passagers clandestins ont embarqué dans un port de cet État, accepter d'interroger ceux qui ont été renvoyés de leur point de débarquement après y avoir été jugés non admissibles (norme 4.12.1).

| |
|---|
| Des obligations analogues devraient être introduites dans la Convention SAR par rapport aux personnes ayant fait l'objet d'un secours en mer. |
|---|

5. En général, des accords de réadmission avec des pays tiers d'origine ou de transit de l'immigration illégale vers l'Union européenne prévoient ou pourraient prévoir une obligation pour ceux-là d'accepter le renvoi de leurs nationaux ou plus en général, des personnes de toute nationalité, considérées comme inadmissibles et qui auraient embarqué dans ce pays-là. Ces accords devraient également prévoir les garanties minimales de sécurité et de dignité que ces pays tiers devraient assurer aux personnes renvoyées, ainsi que le respect de l'interdiction de refoulement.

⁸² Normes 4.11.1 et 4.11.2.

5.4. Les obligations en matière d'asile

Les États de la Méditerranée et de l'Afrique nord-occidentale - sauf la Libye, le Liban et la Syrie - sont parties à la Convention et au Protocole de Genève relatifs au statut des réfugiés. Par ailleurs, le principe de non-refoulement tel que consacré par le droit coutumier international lie également les États n'ayant pas ratifié ces instruments. Dans ce contexte, il est nécessaire que l'Union européenne poursuive les efforts visant à aider les pays tiers concernés à se conformer à leurs obligations internationales et à renforcer leurs capacités de protection.