

COMMENT FAIRE CESSER LA PRATIQUE ILLEGALE DE LA CONSIGNATION DES PASSAGERS CLANDESTINS A BORD DES NAVIRES DE COMMERCE DANS LES PORTS FRANÇAIS ?

par

Stéphane JULINET

Magistrat administratif et ancien permanent de l'ANAFE¹

I - En théorie, les procédures d'entrée en France et de maintien en zone d'attente des étrangers embarqués clandestinement dans un navire faisant escale dans un port français (passagers clandestins ou stowaways) sont les mêmes que pour tous les étrangers se présentant à une frontière aérienne ou maritime, depuis que la loi du 27 décembre 1994 a modifié l'article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945, issu de la loi du 6 juillet 1992, pour prendre en compte leur situation, article codifié aux articles L. 221-1 à L. 222-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ceseda). Le Conseil d'Etat a ainsi jugé dans une décision du 29 juillet 1998 (ministère de l'Intérieur c/ Mwinyl et Anafé) que c'est pour être « *intervenue à la suite d'une procédure irrégulière* » que la décision de refus d'entrée en France au titre de l'asile attaquée était illégale, le ministre de l'Intérieur ayant « *méconnu les dispositions de l'article 35 quater* » en consignait l'intéressé à bord au lieu d'« *ordonner (...) son maintien en zone d'attente* » alors « *qu'il résulte de ces dispositions que, lorsque l'administration oppose un refus d'entrée en France à un étranger qui ne peut repartir **immédiatement** ou qui demande son admission au titre de l'asile, elle est tenue de le maintenir en zone d'attente pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée afin qu'il puisse bénéficier des garanties édictées par les dispositions de l'article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945* ». Cette décision est claire : le placement en zone d'attente s'impose dès lors que l'administration veut priver un étranger de sa liberté pour exécuter une décision de refus d'entrée en France ou le temps d'examiner une demande d'entrée au titre de l'asile, même si le délai entre l'arrivée et le départ est très court, et quelles que soient les conditions matérielles dans lesquelles la consignation à bord pourrait se dérouler. Il s'agit d'une question de droit et non de fait : le maintien en zone d'attente doit certes permettre à l'étranger de bénéficier de « prestations de type hôtelier », mais il constitue d'abord le cadre juridique de la privation de liberté dont il fait l'objet, imposant la mise en œuvre d'un minimum de droits et un contrôle juridictionnel de la mesure.

En pratique, la situation est tout autre. Chronologiquement, on peut distinguer trois époques successives. Jusqu'en 1993, la pratique de la consignation des passagers clandestins à bord des navires reposait plus sur un accord entre l'Etat et les armateurs que sur le droit : la consignation des passagers clandestins était la règle, mais l'Etat acceptait de négocier au cas par cas leur débarquement et leur renvoi par voie aérienne lorsqu'un certain nombre de conditions étaient remplies et en marge de toute procédure légale. L'armateur devait avoir obtenu du consulat géographiquement compétent de l'Etat dont il pensait que le passager clandestin était ressortissant qu'il délivre un laissez-passer, avoir réservé auprès d'une compagnie aérienne une place pour le passager et pour les membres de l'escorte que l'autorité

¹ ANAFE : Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers.

administrative avait estimé nécessaire, et le navire devait ne pas quitter le port avant le décollage de l'avion ou, si le passager avait refusé l'embarquement, avant son retour à bord. En somme, l'Etat acceptait de laisser débarquer les passagers clandestins pour permettre leur réacheminement par voie aérienne seulement lorsqu'il avait l'assurance que ce réacheminement pouvait être réalisé ou qu'en cas d'échec, le navire les reprenne à son bord. L'armateur se débarrassait de ses passagers indésirables et l'Etat ne prenait ainsi aucun risque.

Cette coopération entre Etat et armateurs a été brutalement interrompue en 1994, peut-être du fait de l'irruption, par l'intermédiaire de l'Anafé, de la préoccupation du respect de la dignité et des droits des passagers clandestins, comme dans l'affaire de l'Altaïr à Dunkerque en avril 1994, au cours de laquelle des avocats et militants associatifs ont soustrait à la surveillance de l'armateur et de la police nationale huit passagers clandestins qui, après avoir été d'abord consignés à bord du navire quelques jours, avaient été ensuite débarqués et retenus dans un hôtel sous la responsabilité de l'armateur dans l'attente de leur réacheminement par voie aérienne organisé par le transporteur et finalement accepté par l'autorité administrative. Il est vrai également que les dispositions de l'ancien article 35 ter de l'ordonnance de 1945 sur la responsabilité des transporteurs (codifiées aux articles L. 213-4 à L. 213-8 du ceseda) offraient enfin à l'administration, depuis le 1^{er} mars 1993, une base claire pour imposer à l'entreprise de transport maritime qu'elle organise et prenne en charge le réacheminement du passager clandestin, ce qui justifiait à ses yeux la consignation. Sur cette base et depuis 1994, les services de contrôle aux frontières faisaient invariablement savoir au capitaine du navire que le passager n'était pas autorisé à débarquer et qu'il était en conséquence consigné à bord sous sa responsabilité pour la durée de l'escale et de toute autre escale éventuelle en France.

Mais par la décision précitée du 29 juillet 1998, mettant fin à une longue bataille, le Conseil d'Etat a clairement jugé illégale la consignation des passagers clandestins à bord des navires. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement a fait observer que « *l'article 35 quater régit de façon exclusive la situation des étrangers non-admis ou demandeurs d'asile aux frontières maritimes* » et que « *dès lors qu'il s'écoule un certain délai entre l'arrivée de l'étranger à la frontière maritime ou aérienne, d'une part, et son renvoi ou son admission sur le territoire, d'autre part, l'intéressé doit être placé pendant ce délai dans les conditions que décrit l'article 35 quater, dont le champ d'application ne comporte aucune exception, et ne distingue pas entre la voie maritime et la voie aérienne* ». Il en a conclu que « *la pratique des consignations à bord, qui était dépourvue de base légale claire avant la loi du 6 juillet 1992, est depuis l'adjonction par cette loi de l'article 35 quater certainement contraire à la loi* ».

Cet arrêt du Conseil d'Etat du 29 juillet 1998 a modifié le rapport de force avec l'administration en faveur des armateurs et permis à ces derniers d'obtenir plus facilement son accord pour débarquer les passagers dans les rares cas où ils l'estiment indispensable et utile. Ainsi, un agent maritime a répondu en septembre 1998 au courrier circulaire par lequel l'Anafé a diffusé l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 juillet en notant, pour s'en satisfaire, que le ministère de l'Intérieur avait assoupli sa position et acceptait à nouveau le rapatriement des passagers par voie aérienne, sous réserve que toutes les conditions de sa réussite soient réunies (accord des intéressés et laissez-passer délivré par les autorités consulaires du pays de destination) et qu'en cas d'échec ils puissent être réembarqués (départ effectif de l'avion pendant l'escale et engagement du transporteur de les reprendre). Et de fait, il semble que ni les associations ni leurs avocats n'ont reçu depuis d'informations utiles pour intervenir ou, seulement après coup, comme la Cimade dans l'affaire du Kaedi en juillet 2000. Il y a là un simple retour à la coopération en vigueur jusqu'en 1993, mais aucun progrès en faveur du respect des droits des passagers clandestins (aucune chance de débarquer en l'absence de

laissez-passer ou de volonté de retour, en cas de demande d'asile par exemple), ni même du droit positif, tel qu'il résulte pourtant des articles L.213-4 et suivants et L.221-1 et suivants du *ceseda*. Il semble que les armateurs agissent au contraire de plus en plus souvent dans les seuls cas où les passagers clandestins acceptent d'être renvoyés, rendant possible leur rapatriement par avion. Pourquoi demander en effet le débarquement et le placement du passager en zone d'attente pour quelques heures ou quelques jours, pour devoir le reprendre à bord à la fin de l'escale ?

II - Pourtant, sans volonté des armateurs, aucune action n'a été jusqu'à aujourd'hui possible. Les passagers, maintenus « au secret » sur le navire, ne peuvent établir aucun contact direct avec l'extérieur et ne connaissent de toute façon à priori ni le droit, et encore moins les procédures, éventuellement applicables, ni les personnes, organisations ou avocats, capables de les défendre et disposées à le faire. Les marins pourraient prévenir les personnes qui les accueillent pendant l'escale² et qui sont pour beaucoup prêtes à intervenir ou au moins à faire suivre l'information. La Fédération internationale des ouvriers du transport (ITF) a d'ailleurs adopté des recommandations très fermes pour le débarquement des passagers clandestins dans le premier port d'escale³. Mais la précarité du statut de la plupart des marins, qui les dissuade déjà de dénoncer les atteintes graves à leurs propres droits, les encourage encore moins à évoquer la présence de passagers clandestins, d'autant que les moins recommandables des armateurs n'hésitent pas à récupérer sur leur rémunération déjà maigre une partie des frais occasionnés par le débarquement et le réacheminement des passagers.

Restent donc les armateurs. Mais au-delà même du fait que leur mentalité ne les prédispose pas naturellement à contester les décisions de l'autorité administrative et encore moins à engager avec elle un véritable bras de fer, mais plutôt à rechercher sa coopération par la discussion quand bien même elle ne veut rien entendre, y ont-ils aujourd'hui intérêt ? La crainte des « représailles » dont l'administration ne se priverait pas, laissent-ils parfois entendre, de les menacer, peut les faire hésiter. D'abord l'amende de dix mille francs par étranger non-admis acheminé, en application de l'article 20 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, aujourd'hui codifié aux articles L. 625-1 à L. 625-6 du *ceseda*, amende portée à 5 000 euros par la loi du 26 novembre 2003, s'ajoutant au coût déjà prohibitif du réacheminement que l'article L. 213-6 met à leur charge. L'administration ne l'infligerait pas quand le passager ne débarque pas, mais menacerait de le faire dans le cas contraire, ce qui serait logique, la première phrase de l'article L. 625-1 énonçant qu'« est punie d'une amende (...) l'entreprise (...) qui **débarque** sur le territoire français (...) un étranger (...) démunie du document de voyage et, le cas échéant, du visa requis (...) ». Dans l'affaire du *Mimoza* à Brest en juin 1994 (affaire Zito Mwinyi), le ministère de l'intérieur a ainsi invoqué *a posteriori* la responsabilité de l'armateur en lui notifiant un projet d'amende, comme pour lui faire payer cette première et retentissante contestation judiciaire de la pratique jusqu'alors incontestée de la consignation. L'armateur a alors présenté ses observations écrites suivant la procédure prévue par l'article 20 bis, que le ministère a abandonnée à ce stade. Nous ignorons ce qu'il en a été dans les affaires suivantes, mais l'existence même de cette possibilité constitue un moyen de pression de l'administration pour dissuader l'armateur de chercher à obtenir, y compris par la voie juridictionnelle, le débarquement des passagers. Mais au-delà des sanctions prévues par la loi sur la responsabilité des transporteurs, l'administration

² Dans de nombreux ports marchands, des foyers gérés soit par des associations locales soit par des aumôniers rattachés à l'Église anglicane (« The missions to seamen ») ou à l'Église catholique (Stella Maris) accueillent les marins et leur apportent une assistance spirituelle et matérielle.

³ Voy. « Directives sur le traitement des passagers clandestins », ITF News 1997 n° 5 (version française) p. 16.

dispose d'autres armes dont l'utilisation ou, sa menace, pour empêcher le débarquement de passagers clandestins confine plutôt au détournement de pouvoir, sur lesquelles les personnes concernées se font beaucoup plus allusives, et qui justifient pleinement l'emploi du terme de « représailles ». Il s'agit par exemple de la possibilité d'ordonner l'inspection du navire ou de sa cargaison en application de multiples réglementations relatives notamment à la sécurité des transports ou à la sécurité sanitaire. Inspections qui peuvent retarder considérablement le départ du navire par rapport à son plan de route, voire même conduire à son immobilisation plus ou moins prolongée si elles débouchent sur l'interdiction de reprendre la mer sans avoir effectué des travaux jugés indispensables au respect de normes obligatoires. Peu d'armateurs peuvent se permettre de s'exposer à un risque financier potentiellement incalculable pour de simples passagers clandestins, à moins que celui que représente leur présence à bord ne soit lui-même considérable, ce qui est quand même peu fréquent. Ce peut être néanmoins le cas lorsque le comportement de passagers plus nombreux que l'équipage met en cause la sécurité même du bâtiment. Il n'est pas indifférent de constater que dans la plupart des cas où la consignation de passagers clandestins a été contestée, d'une part soit la sécurité du navire était menacée, par exemple dans l'affaire du Poyarkovo à Sète en avril 1998, soit la vie des passagers étaient en danger, comme dans l'affaire du Saar Breda à Brest en décembre 1995, et d'autre part que l'armateur et le capitaine étaient le plus souvent européens, notamment français ou allemand, ce qui permet de faire l'hypothèse que le premier, ayant un rapport de force favorable face à l'administration en terme d'intérêts à ménager, d'assise financière ou de respect de la réglementation, redoutait moins d'éventuelles représailles, et que le second était également en position de force suffisante, grâce au bénéfice de règles de droit du travail encore relativement protectrices, pour pouvoir se permettre de demander au premier l'autorisation d'engager la bataille.

Seuls les armateurs pourraient donc agir. Ils sont les seuls à pouvoir initier une action, soit directement soit en permettant aux passagers d'entrer en contact avec les personnes qui à l'extérieur pourront les aider, les conseiller et les représenter pour le faire en leur nom. Et de fait, toutes les actions engagées depuis 1994 l'ont été sinon sur l'initiative du transporteur, du moins à partir des informations qu'ils ont laissé transpirer, les rares fois où ils ont estimé y avoir intérêt, jusqu'aux défenseurs des étrangers. Même si aucune action juridique n'a été engagée sans un contact direct ou, au moins par un intermédiaire indépendant de l'armateur, d'une association ou d'un avocat avec le passager et avec son accord, cette réalité incontournable n'a d'ailleurs pas été sans poser un problème parce qu'elle institue une dépendance qui ne permet pas forcément d'intervenir pour les passagers qui ont le plus besoin de protection.

Mais face à la mauvaise volonté manifeste de l'administration, seule une procédure efficace donc accessible et offrant une chance raisonnable d'en retirer un avantage concret, en l'occurrence le débarquement définitif des passagers clandestins, pourrait inciter les armateurs à surmonter leur répugnance à adopter une attitude bien peu diplomatique et à prendre le risque d'entrer en conflit avec l'administration pour simplement faire respecter le droit.

III- Une procédure accessible : ce pourrait être le cas du référé liberté devant le juge administratif créé par la réforme du 30 juin 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, réforme justement initiée pour répondre à un arrêt du Tribunal des Conflits du 12 mai 1997 (préfet de police c/ TGI de Paris) qui a jugé incompétent le juge civil des référés jusqu'alors saisi par les passagers clandestins pour qu'il ordonne leur débarquement. Les travaux

préparatoires⁴ à la loi du 30 juin 2000⁵ y font explicitement référence. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001⁶, cette réforme semblait enfin de nature à doter le juge administratif des référés statuant en urgence des moyens susceptibles de permettre son intervention à bref délai et à sa décision d'avoir un effet utile. La pratique néanmoins n'a pas confirmé qu'elle a atteint son objectif. Aucun passager clandestin n'a en effet pour l'instant, à notre connaissance, contesté sa consignation devant le juge administratif depuis l'entrée en vigueur du référé liberté. Constat qui pose à nouveau la question de l'accessibilité de la procédure. Pour le passager, les termes en sont les mêmes quelque soit le juge : sa consignation à bord du navire le prive en elle-même de toute possibilité de saisir un juge de son seul chef. Il faut toujours que l'attitude du capitaine et de l'armateur lui en donne la possibilité.

Une procédure permettant le débarquement définitif des passagers : c'est là que se situe la principale difficulté et qu'il conviendrait aujourd'hui de faire porter ses efforts. C'est parce que l'administration veut voir repartir l'étranger avec le navire qu'elle va interdire son débarquement et donc ordonner son maintien à bord, dût-elle commettre une atteinte à sa liberté. Et c'est d'abord sur la responsabilité alléguée du transporteur qu'elle va essayer de fonder sa décision. Si ce renvoi était lui-même considéré comme illégal et impossible, l'administration n'aurait plus aucun intérêt à violer la liberté du passager. C'est parce qu'elle précède, implique et justifie la consignation que l'application au cas du passager clandestin du principe de la responsabilité du transporteur, dont l'obligation de le garder à bord n'est que la conséquence, est au cœur du débat. Mais contrairement à l'illégalité de la consignation à bord des navires, aujourd'hui clairement établie, et qui permet effectivement d'obtenir le placement des passagers clandestins en zone d'attente le temps de l'escale (notamment à Marseille, à Dunkerque ou à Nantes où la consignation ne serait plus forcément systématique), l'illégalité de la décision administrative imposant au transporteur de réacheminer le passager par le navire même sur lequel il est arrivé n'a jusqu'alors donné lieu qu'à très peu de contentieux, ayant abouti à une seule décision de tribunal administratif et à aucune décision d'une juridiction suprême susceptible de faire jurisprudence.

Pourtant, cette illégalité semble claire. D'une part, l'applicabilité même du principe de la responsabilité du transporteur qui a acheminé un étranger dépourvu des documents nécessaires à l'entrée en France, introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 par la loi du 26 février 1992, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1993 transposant l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen, est discutable, ce texte étant applicable au transport, aérien ou maritime, de voyageur, mais pas au transport maritime de marchandise, jamais évoqué dans les travaux préparatoires et régi par d'autres textes. D'autre part, et quand bien même il serait jugé le contraire, si l'article L.213-4 du code permet à l'administration d'imposer au transporteur d'organiser et de prendre en charge le réacheminement de l'étranger, il ne lui permet pas de lui imposer le moyen de transport à utiliser.

Au contraire, la décision administrative prescrivant au transporteur de reprendre le passager clandestin à bord du navire qui l'a acheminé constitue la plupart du temps une violation de ce texte en ce qu'il impose au transporteur de réacheminer l'étranger sans délai dans l'Etat du

⁴ Voir notamment les rapports de René Garrec, au nom de la Commission des lois du Sénat, et de François Colcombet, au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

⁵ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF 1^{er}/07/2000, p. 9948, et décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 pris pour l'application de la loi [précitée] et modifiant le Code de justice administrative, JORF 23/11/2000, p. 18611.

⁶ En même temps que le Code de justice administrative où elle a été intégrée au Livre V.

port d'embarquement ou, à défaut, dans celui dont il a la nationalité ou, enfin dans tout autre Etat où il est admissible, alors que le plus souvent le navire effectue un long périple, avec escales dans des pays dont le passager n'a pas la nationalité et où il n'est pas légalement admissible, avant éventuellement, mais pas obligatoirement, de retourner au point d'embarquement du passager. Enfin, cette exigence peut également conduire l'administration à violer les dispositions de l'article L. 213-2 du ceseda, en ce qu'il permet à l'étranger non-admis de refuser d'être rapatrié avant l'expiration d'un délai d'un jour franc, alors que les escales sont de plus en plus courtes et le plus souvent inférieures à ce délai.

A ce jour, seul le Tribunal administratif de Montpellier, devant lequel la 2^{ème} partie de cette argumentation a été soulevée pour la première fois, s'est prononcé, par un jugement du 3 juillet 1998 (Société Poyarkovo c/ Préfet de l'Hérault). Le 19 avril 1998, le Poyarkovo faisait escale à Sète en provenance d'Afrique, avec à son bord sept passagers clandestins. Aussitôt, la police exigeait du capitaine que les passagers soient maintenus à bord et leur notifiaient qu'ils étaient non admis sur le territoire et devaient repartir par bateau, pour Salerne (prochaine escale prévue du navire), le 21 avril (date de départ prévue du navire). Le Tribunal, *« considérant qu'il est constant que les sept passagers ne possédaient aucun document, titre ou visa les autorisant à entrer et à séjourner en Italie et qu'aucun accord n'avait été obtenu ni même sollicité auprès des autorités italiennes pour laisser légalement les intéressés pénétrer sur leur territoire ; qu'en imposant ainsi à la société Poyarkovo et au commandant de son navire, en violation de l'article 35 ter de l'ordonnance du 2 novembre 1945, d'acheminer les passagers à destination d'un lieu où ceux-ci n'étaient pas légalement admissibles, l'autorité administrative a commis une erreur de droit qui entache d'excès de pouvoir cette décision »*, décide que *« les décisions en date du 19 avril 1998 par lesquelles l'autorité administrative (...) a prévu que les intéressés repartiraient par le même bateau le 21 avril 1998 à destination de Salerne sont annulées »*. Par ces motifs, et même s'il ne se prononce que sur la question de la destination (et non sur celle du moyen de transport ni sur celle du délai), le tribunal adopte clairement une interprétation stricte des possibilités ouvertes à l'autorité administrative pour décider des modalités de réacheminement des passagers clandestins qu'elle peut imposer à l'armateur. Le ministère de l'Intérieur, interrogé sur cette décision en octobre 1998 par l'Anafé, a répondu que le délai pour faire appel du jugement n'était pas expiré et qu'il réfléchissait. Il n'a finalement pas fait appel (pour éviter une jurisprudence défavorable du Conseil d'Etat ?), mais n'a pas pour autant modifié sa pratique.

La question des moyens de relancer ce débat reste donc à ce jour entièrement ouverte. Il serait surtout souhaitable de réfléchir tous ensemble aux moyens à mettre en oeuvre pour permettre aux passagers clandestins de faire valoir leurs droits indépendamment de l'attitude de l'armateur du navire sur lequel il s'est embarqué.