

”La politique de sanction des transporteurs”, in: Les flux migratoires au sein de l’Union européenne, Ph. Icard (dir.), Bruylant, 2017, pp. 265-279

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. ”La politique de sanction des transporteurs”, in: Les flux migratoires au sein de l’Union européenne, Ph. Icard (dir.), Bruylant, 2017, pp. 265-279. Bruylant. Les flux migratoires au sein de l’Union européenne, Ph. Icard (dir.), Bruylant, 2017, 305 p., pp. 265-279, 2017, 978-2802760290. hal-01668441

HAL Id: hal-01668441

<https://hal.uca.fr/hal-01668441>

Submitted on 4 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La politique de sanction des transporteurs

Caroline Lantero, MCF Droit public, UCA, EA 4232

**in Les flux migratoires au sein de l'Union européenne, Ph. Icard (dir.),
Bruylant, 2017, pp. 265-279**

La lutte contre l'immigration irrégulière est un objectif constant qui se confronte à de difficultés tout aussi constantes, au premier rang desquelles, l'impossibilité – logique – de quantifier le nombre de personnes étrangères entrées ou séjournant de manière irrégulière sur le territoire. Et alors que depuis 2014, la « crise » des migrants et réfugiés que « subit » l'Union européenne a été le spectacle d'exodes précaires sur des routes mortelles (à pied, ou sur des navires de fortune), et que l'énergie politique se concentre aujourd'hui sur les réseaux de passeurs, c'est-à-dire, comme d'habitude, sur les symptômes des flux migratoires, de nombreux dispositifs de non-entrée existent déjà et soulèvent de légitimes interrogations quant à leur opportunité, efficacité, pertinence. La politique de sanctions des transporteurs, entendus comme ceux qui assurent à titre professionnel le transport des personnes, n'est pas neuve, fait partie de ces dispositifs, mais a considérablement évolué au sein de l'Union européenne.

De l'obligation initiale de déclaration de la liste des passagers, les transporteurs ont rapidement reçu la charge de contrôler leurs passagers et de se voir infliger une sanction en cas de défaillance de leur part, ce qui a opéré une bascule et les a successivement transformés en collaborateurs, puis auxiliaires, puis délégués de la police de l'immigration.

Les toutes premières mesures connues ont été nationales et ont d'abord visé les transporteurs **maritimes**. On trouve la trace d'un lointain règlement anglais de 1793 qui prévoyait d'infliger une amende de £10 aux capitaines de navire ne déclarant pas les noms et occupations des passagers à bord¹. Cette obligation de déclaration, toujours présente dans le droit positif (de l'Angleterre comme des pays membres de l'UE et d'autres pays occidentaux) a été complétée par des dispositifs de responsabilité des transports. L'une des premières législations est américaine, avec, au cours du 19^e siècle et pour réguler les arrivées à Ellis Island, une succession de lois visant à infliger une amende aux sociétés maritimes lorsque les navires transportaient plus de passagers que les quotas fixés², puis à rapatrier à leurs frais les étrangers non admis à la suite de leur examen à l'arrivée³. Le transport **ferroviaire** a connu des dispositifs similaires qui ne seront pas développés dans la présente contribution⁴.

S'agissant du transport **aérien**, après plusieurs entrées « sauvages », notamment celle de Louis Blériot en 1909, qui avait traversé la Manche alors qu'aucune mesure juridique n'avait été prise pour autoriser le vol et l'atterrissage et qu'il ne disposait d'aucun document d'identification, la souveraineté

¹ F. Nicholson « Implementation of the Immigration (Carriers' Liability) Act 1987 : Privatising Immigration Functions at the Expense of International Obligations ? », *International and Comparative Law Quarterly* 46/3 (juillet), 1997, p. 598.

² Passenger Act, Feb. 22nd, 1847, Sess. II. Chap. 1; 9 Stat. 128.

³ Immigration Act, August 3rd, 1882, Sess. I Chap. 376; 22 Stat. 214. N'étaient pas admis les passagers paraissant être d'anciens condamnés, des fous, des idiots ou susceptibles d'être une charge pour la société.

⁴ Sur les fondements juridiques pour les transports maritime et ferroviaire, voir l'étude « Lutte contre l'immigration illégale », *DPDE*, 1^{er} janvier 2006, §37-38, p. 1143.

« complète et exclusive » des États sur leur espace aérien et la règle selon laquelle la liste nominale des passagers doit être tenue⁵, sont actés pour la première fois dans la Convention relative à la réglementation de la navigation aérienne signée à Paris – sur une initiative française – le 13 octobre 1919. Elle est remplacée par la *Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale* du 7 décembre 1944⁶, dont l'annexe IX prévoit que le transporteur a la « garde des passagers » et s'assure que les passagers sont en possession des documents de voyage⁷. Mais ces sanctions envers les transporteurs aériens pour le débarquement de passagers dépourvus de documents suffisants sont beaucoup plus limitées et encadrées que ce que la pratique et les dispositions normatives ultérieures (et notamment européennes) ont instauré⁸. En outre, la valeur contraignante de ces annexes est faible⁹. Surtout, nous étions en 1944 et le trafic – aérien en particulier – a depuis connu un développement considérable.

Progressivement, il n'est plus seulement question de faire valoir sa souveraineté et d'exiger de savoir qui entre sur son territoire, mais de déléguer à des compagnies privées le soin de mettre en œuvre la politique de contrôle et de maîtrise des flux migratoires. Une délégation au bâton, sans carotte. Une délégation d'un pouvoir régalien, accordée au nom de la souveraineté...

Des mesures sont envisagées et adoptées avant les grands mouvements de réfugiés post guerre-froide, notamment par des États n'ayant pas – ou quasiment pas – de frontières terrestres, à l'instar des États-Unis depuis le XIXe siècle. La responsabilisation des transporteurs est adoptée dès 1978 au Canada, dont la loi sur l'immigration comporte une partie intégralement consacrée aux obligations des transporteurs¹⁰, et ce mouvement est généralisé à travers l'ensemble des États occidentaux (Grande-Bretagne en tête¹¹). Mais en France, le droit en vigueur (alors fixé par l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) n'a comporté jusqu'à 1992 aucune disposition relative aux transporteurs. Elle s'est rattrapée depuis, en faisant d'ailleurs valoir la contrainte européenne.

Le mécanisme de sanction des transporteurs est un pur outil – très politique, mais devenu juridique – de lutte contre l'immigration (I), avec un effet pervers qu'il convient de souligner, puisque cet outil a évolué vers un instrument de la politique d'externalisation du droit d'asile (II).

⁵ Et, le cas échéant, communiquée (article 19).

⁶ *Convention relative à l'aviation civile internationale*, du 7 décembre 1944, signée à Chicago, 9^e édition, 2006, Doc 7300/9.

⁷ Annexe 9, Chapitre 3, point 35.

⁸ Annexe 9 – Facilitation : « 5.9 L'exploitant d'aéronefs sera tenu responsable du coût de la garde et des soins d'une personne non munie des documents requis à partir du moment où elle est jugée non admissible et confiée à l'exploitant d'aéronefs en vue de son refoulement. 5.9.1 L'État sera tenu responsable du coût de la garde et des soins de toutes les autres catégories de personnes non admissibles, y compris les personnes non admises en raison de problèmes de documentation dépassant les compétences de l'exploitant d'aéronefs, ou pour des raisons autres que l'absence de documents requis, à partir du moment où ces personnes sont jugées non admissibles et confiées à l'exploitant d'aéronefs en vue de leur refoulement ».

⁹ Voir notamment H. Rolin, « La portée juridique des annexes à la Convention de Chicago – Un désaccord entre les jurisprudences françaises et belges », RBDI 1973, 2, pp. 403-410.

¹⁰ Articles 148 à 150 de la *LIPR* et articles 259 à 287 du *RIPR*.

¹¹ Dès 1987 le gouvernement britannique votait une loi de responsabilisation des transporteurs : V. Guiraudon, « Logiques et pratiques de l'État délégateur : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance », *Cultures & Conflits*, n°45, 2001, p. 51.

I) Un outil exclusif et revendiqué de lutte contre l'immigration

Le « contrôle à distance »¹²

À l'instar de toute la politique relative à l'immigration au sein de l'Union européenne, la construction du régime s'est faite en marge du processus démocratique, et a forcé son chemin dans le droit communautaire, sans jamais aboutir à une politique commune, ni même véritablement harmonisée.

A) Des accords Schengen au Code Frontières Schengen

En dépit de nombreuses mesures nationales, ce n'est qu'avec les *Accords Schengen*¹³, transposés en France par la loi du 26 février 1992¹⁴, puis, à l'initiative de la France, avec une directive européenne visant à harmoniser les sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs adoptée le 28 juin 2001¹⁵, que le dispositif a véritablement pris corps pour devenir aujourd'hui une composante du Code Frontières Schengen, adopté en 2016 par le Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016.

En 1985, l'article 26 des accords Schengen prévoyait que « sous réserve des engagements qui découlent de leur adhésion à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés » (il est important de souligner la réserve) les Parties contractantes s'engagent à introduire dans leur législation nationale des règles relatives : 1. à la prise en charge par les transporteurs, du retour des étrangers non autorisés à entrer sur leur territoire ; 2. à la vérification par les transporteurs des documents de voyages requis ; 3. à instaurer des sanctions aux transporteurs qui acheminent des étrangers sans les documents requis.

Il faut rappeler que Schengen est alors un laboratoire politique et ne participe d'aucun processus démocratique¹⁶. En 1985, les accords concernent uniquement la France, l'Allemagne (RFA) et le Benelux.

Sur initiative de la République française en septembre 2000, et « Afin de lutter efficacement contre l'immigration clandestine »¹⁷, mais toujours sans préjudice des engagements en matière d'asile (...), le Conseil des ministres de l'Union européenne adopte la directive 2001/51/CE visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985. La mesure est présentée comme s'inscrivant dans « un dispositif d'ensemble de maîtrise des flux

¹² Sur cette notion, voir V. Guiraudon, « Logiques et pratiques de l'Etat délégué : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance. Partie 1 », *Cultures & Conflits* n°45 (2001) pp. 51-63.

¹³ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

¹⁴ Loi n° 92-190 du 26 février 1992 portant modification de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JO n° 51 du 29 février.

¹⁵ Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JOCE n° L187, 10 juillet 2001, transposée en France par la loi du 26 novembre 2003 et inscrite aux articles L625-1 à L625-6 du CESEDA. Le Royaume-Uni a indiqué s'associer à cette directive.

¹⁶ Voir notamment D. Bigo, *Polices en réseaux : l'expérience européenne*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996.

¹⁷ C'est le premier considérant de la directive.

migratoires et de lutte contre l'immigration illégale » et a pour objectif principal de renforcer les obligations de réacheminement posées aux transporteurs, et pour objectif encore plus principal d'harmoniser les sanctions pécuniaires à l'encontre des transporteurs. Celles-ci doivent être « dissuasives, effectives et proportionnelles ». Pour chaque personne en situation irrégulière débarquée sur le territoire d'un État membre, l'amende va de 3000 à 5000 euros (pour 10 000 francs, soit 1500 euros « seulement » en 1992). Un forfait allant jusqu'à 500 000 euros est également prévu à l'encontre des trafics à grande échelle. C'est en effet très dissuasif.

En 2004, sur demande du Conseil européen, réuni les 25 et 26 mars suite aux attentats de Madrid, une nouvelle directive est adoptée pour renforcer l'obligation pour les transporteurs – aériens – de communiquer les données relatives aux passagers¹⁸. Là encore, la directive tend à « lutter efficacement contre l'immigration clandestine ». En cas de carence, ou de transmission de données incomplètes ou erronées, des sanctions pécuniaires sont à nouveau prévues dans les mêmes proportions que celles de la directive de 2001. Les États ont également la faculté d'infliger des sanctions encore plus sévères, allant jusqu'à l'immobilisation, la saisie et la confiscation du moyen de transport, la suspension temporaire ou le retrait de l'autorisation d'exploitation.

En 2006, un règlement du Parlement européen et du Conseil établit le « code frontières Schengen »¹⁹, fixe les règles d'entrée sur l'espace Schengen et rappelle les obligations posées par les accords Schengen et la directive du Conseil de 2001²⁰. Il s'agit d'une première étape de légitimation des accords gouvernementaux pris dans les années 80 par le processus semi-démocratique résultant de l'intervention du parlement.

En 2016, le « code frontières Schengen » issu de 2006 et de multiples amendements et modifications est... codifié par un règlement du 9 mars²¹. Il reprend les acquis et ajoute des modalités spécifiques des vérifications aux frontières quel que soit le moyen de transport utilisé²², sans omettre d'assortir ces modalités de sanctions, toujours aussi « effectives, proportionnées et dissuasives »²³.

B) Le zèle, la dissuasion et le recul des frontières

Il est assez difficile de trouver les chiffres et statistiques des sanctions prononcées contre les transporteurs et d'avoir une vision parfaitement exacte de la pratique. Toutefois, parmi les chiffres disponibles, on trouve une baisse constante des sanctions depuis leur mise en œuvre. Cette tendance démontre à la fois le caractère dissuasif de la sanction elle-même, mais, surtout, le caractère dissuasif de la menace ; certains États ayant fait le choix de durcir leur législation au-delà des prescriptions de la Directive de 2001.

¹⁸ Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.

¹⁹ Règlement n° 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).

²⁰ Annexe V du règlement.

²¹ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

²² Annexe VI relative aux modalités spécifiques relatives aux différents types de frontières et aux moyens de transport utilisés pour le franchissement des frontières extérieures.

²³ Article 5.

1) Le zèle

Prenons l'exemple français qui a classiquement associé l'ambiguïté du discours et la sévérité des mesures. Ambiguïté du discours selon lequel les mesures de sanctions prévues pour les transporteurs auraient été imposées par les voisins et les engagements internationaux. Cette affirmation est en partie vraie pour la vérification des documents, mais fautive s'agissant de la vérification de l'authenticité et de la validité des documents : « l'*usurpation*, la *falsification*, la *contrefaçon* ou la *péremption* »²⁴. La législation nationale prévoyait d'ailleurs d'exonérer l'entreprise de transport lorsque celle-ci « établit que les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement ou lorsque les documents présentés ne comportent pas un élément d'irrégularité manifeste ». C'est toujours le cas aujourd'hui²⁵ et cette exonération implique donc un contrôle de l'authenticité des documents et non pas de la seule possession des documents.

Sévérité des mesures, encore, comme aux Pays-Bas, où la sanction maximale infligée pour chaque passager a été fixée à 16 000€ au lieu des 5000€ prescrits par la directive²⁶.

Sévérité surtout lorsque 16 États sur 27 n'ont pas introduit d'exonération pour les transporteurs dont les passagers recherchent une protection internationale²⁷. En France, la législation ne prévoyait d'exonération, comme c'est toujours le cas aujourd'hui²⁸, que « Lorsque l'étranger (...) qui demande l'asile a été admis sur le territoire français ou lorsque la demande d'asile n'était pas manifestement infondée »²⁹. Les effets pervers sont inévitables dès lors que l'exonération légale oblige au contrôle, par les transporteurs, non pas des documents, mais de la demande de protection (*cf infra*).

2) La dissuasion

Dans les contributions scientifiques des années 2000, les auteurs relevaient unanimement une augmentation des sanctions³⁰, ce qui est confirmé pour la France, par le contentieux de masse issu des sanctions administratives infligées aux compagnies de transports (Air France principalement),³¹ mais les chiffres – difficilement – disponibles aujourd'hui semblent marquer une baisse des sanctions.

La Grande-Bretagne a publié les chiffres des sanctions aux transporteurs depuis sa mise en application en 1987 jusqu'en 2012. Les résultats sont éloquentes. En 1991 (un an après la signature de la convention Schengen) environ 11000 amendes ont été infligées pour un montant de près de 8 millions de Livres.

²⁴ Ministère de l'Intérieur, Rapport au Parlement : responsabilité des transporteurs. L'application de la loi no. 92-190 du 26 février 1992 du 1er mars 1993 au 31 décembre 1995, Paris, DLPAJ, 1996, p. 10.

²⁵ Article L. 625-5, 2°.

²⁶ K. Hailbronner & C. Carlitz, European Synthesis Report on the Implementation of Directive 2001/51/EC on Carriers Liability, Odysseus, 2007, 47 p.

²⁷ Ibid.

²⁸ Art. L 625-5 du CESEDA.

²⁹ Article 20 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France alors en vigueur.

³⁰ E. Guild, et D. Bigo 2) Désaccord aux frontières et politique des visas : les relations entre Schengen et l'Union ; Culture et Conflits, 2003, pp. 38-78 ; J.-Y. Carlier et P. de Bruycker, dir., Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile, Bruxelles, Bruylant, 2005

³¹ F. Ducarouge, Le transport international des voyageurs : le cas des amendes administratives infligées aux transporteurs, AJDA 2001, Hors Série du 10 octobre 2001, p. 65.

En 2012, 1300 amendes pour un montant de près de 3 millions de Livres³². Cette baisse drastique révèle l'efficacité dissuasive du montant de l'amende et, à terme, de l'existence même du dispositif.

Naturellement les compagnies de transports sont très hostiles, mais une part de lobbying invisible masque sans doute la complexité des rapports entre les gouvernements et ces compagnies.

On relève une résistance au sein de l'OACI elle-même quant à la mise en œuvre de cette annexe 9 tendant à lutter contre la fraude en matière de documents de voyage et la migration illégale. Pour la Fédération internationale des ouvriers du transport, « ce n'est pas le rôle des exploitants de transport – dans l'aviation comme dans les autres modes de transport – d'assumer la fonction d'agent de l'immigration. Les transporteurs aériens ont autre chose à faire que d'assurer la garde et le réacheminement des personnes non admissibles »(...) ³³. Ils critiquent également le manque d'indications de l'efficacité de la responsabilité des transporteurs aériens et des autres mesures de contrôle. « Il y a beaucoup de présomptions de preuves (mais peu d'études circonstanciées) qui révèlent que les mesures restrictives ont entraîné une hausse du trafic et des entrées illégales, tant des demandeurs d'asile que des migrants économiques » ³⁴.

Les compagnies aériennes sont évidemment opposées à la politique de sanction. Et, pour certaines (comme British Airways), brandissaient dès 2000 la menace que faisait peser une telle responsabilité sur le droit d'asile : « Nous sommes persuadés que la législation sur la responsabilité du transporteur peut porter atteinte aux droits d'un individu de chercher asile. En empêchant des personnes de se rendre en avion dans un pays, les compagnies aériennes leur refusent la possibilité de faire une demande d'asile. Nous savons que depuis 1987 au moins 400 passagers, qui ont embarqué sur des vols de British Airways avec des documents de voyage apparemment corrects, sont pourtant arrivés au Royaume-Uni sans document valide et ont pu bénéficier du statut de réfugié. Il est certes parfois possible de faire une demande d'asile en dehors du Royaume-Uni, mais si nous avons constaté à l'embarquement que ces passagers n'étaient pas munis des documents nécessaires, nous aurions été obligés de refuser leur acheminement au Royaume-Uni à cause de la législation sur la responsabilité des transporteurs. Cela revient à les empêcher d'user de leur droit à présenter une demande d'asile » ³⁵.

3) Le recul des frontières

La controverse qui fait l'unanimité depuis l'adoption des sanctions aux transporteurs est que le dispositif a repoussé les frontières, délégué le contrôle de l'immigration, voire privatisé la police de

³² Home office Immigration enforcement, The number of cases and fines since the introduction of carrier sanctions from 1987 to 2012, 26 mars 2014, url : <https://www.gov.uk/government/publications/number-of-cases-and-fines-since-introduction-of-carrier-sanctions-from-1987-to-2012> (consultée le 9 octobre 2016).

³³ Division de la facilitation, 12^e session, Le Caire, 22 mars-2 avril 2004, FAL/12-WP/59, url http://www.icao.int/Meetings/FAL12/Documents/fal12wp059_fr.pdf.

³⁴ An Assessment of the Impact of Asylum Policies in Europe 1990-2000, Findings 168, Home Office, Royaume-Uni 2003.

³⁵ Extrait de commentaires soumis par British Airways suite à l'initiative de la République française au Conseil de l'Union européenne en vue d'adopter une Directive du Conseil concernant l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire de l'UE des ressortissants des pays tiers sans document de voyage pour admission, octobre 2000 - Traduction ITF.

l'immigration en la déléguant aux compagnies de transports qui n'en ont ni la vocation, ni les compétences. Ce constat n'est donc pas neuf³⁶ et reste d'actualité³⁷.

La Commission des affaires étrangères de la défense et des forces armées du Sénat français avait souligné dès 1991 que les transporteurs ne devaient pas devenir des agents de contrôle³⁸. En 1992, le Conseil constitutionnel avait validé la loi de transposition en l'assortissant d'une réserve – assez molle – : « [...] cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche ; [...] [elle] ne saurait aussi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police en lieu et place de la puissance publique ; qu'elle a pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile aux motifs que les intéressés seraient non munis de visa d'entrée en France. »³⁹

En 2010, un rapport de la Commission européenne au parlement et au conseil soulignait le glissement observé et rappelait que les contrôles imposés aux compagnies de transports (à l'intérieur de l'espace Schengen) ne devaient avoir comme seul objectif de vérifier l'identité des passagers à l'exclusion de la vérification du visa ou du titre de séjour « car il ne s'agit que de simples contrôles d'identité à des fins commerciales ou de sûreté des transports. Les États membres ne peuvent demander l'exécution d'aucun contrôle supplémentaire, et les transporteurs sont déchargés de toute responsabilité lorsqu'ils transportent des personnes qui ne remplissent peut-être pas les conditions d'entrée ou de séjour dans d'autres États membres Schengen. De même, les transporteurs ne peuvent pas eux-mêmes obliger les ressortissants de pays tiers à prouver la légalité de leur séjour en produisant un visa ou un titre de séjour »⁴⁰.

La privatisation du contrôle de l'immigration a bien eu lieu, en dépit des réserves émises ci et là.

Mais la politique de sanction des transporteurs s'inscrit dans un réseau de dispositifs qui vient au soutien de la démarche.

Pour l'Europe, deux idées ont été envisagées avec plus ou moins de succès. La première était de faire appel à la vigilance des ambassades avec le concept de « procédure d'entrée protégée ». Derrière l'argument de la dangerosité de l'exil, et pour redorer le blason du concept de « protection dans la région d'origine », la Commission européenne préconisait en 2003 la mise en place de « modes d'entrée protégée » présentés comme « complémentaires au traitement des arrivées spontanées en Europe des demandeurs d'asile »⁴¹. Il s'agissait concrètement de donner aux ambassades des États membres la compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de la demande et pour délivrer des

³⁶ A. Cruz, *Carrier Liability in the Member States of the European Union*, Brussels : CCME Briefing Paper, 1995, 29 p.; Weber Frank Paul, *Le contrôle par la Lufthansa des passagers, contrôler en amont ?*, paper ISA Toronto 1996, 10 p.

³⁷ S. Peers, V. Moreno-Lax, M. Garlick and E. Guild, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition*, Brill, Nijhoff, 2015, p. 364 et s.; Tilman Rodenhäuser *Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control*, *Int J Refugee Law* (2014) 26 (2): 223-247; S. Scholten, *The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions*, Brill, Nijhoff, 312 p.

³⁸ X. De Villepin, *Rapport 406, seconde session ordinaire 1990-1991. Sénat français, 1991*, p.44.

³⁹ CC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, DC n° 92-307, *Rec.*, p. 48.

⁴⁰ Rapport de la Commission au parlement européen et au conseil sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) /* COM/2010/0554 final *

⁴¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen *sur la politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection*, 26 mars 2003, COM(2003)152 final.

« visas-asile » afin de procurer aux bénéficiaires un passage sécurisé vers le pays d'accueil⁴². Une logique dont on pouvait attendre avec une raisonnable certitude que la sécurité des ambassades serait renforcée bien avant celle des réfugiés. Mais l'idée n'a pas été retenue à des fins de communautarisation et dans sa communication de juin 2004 relative à l'amélioration des solutions durables, la Commission cantonnait les « procédures d'entrée protégée » à une « mesure d'urgence », « s'inscrivant dans le cadre d'un dispositif plus large, celui de la réinstallation, mais laissée à l'entière discrétion de chaque État membre, si des circonstances locales le justifient »⁴³.

La seconde idée était de faire appel à des corps d'officiers de liaison « immigration » qui surveilleraient les aéroports dont la portée est plus concrète. Dès 1997, le gouvernement de Tony Blair plaçait dans les aéroports « à risque » comme New Delhi, des fonctionnaires de « liaison aérienne » pour empêcher le départ de migrants vers Londres, y compris des demandeurs d'asile⁴⁴. Cette fonction de liaison attribuée jusqu'alors à la grande criminalité dans le cadre d'Europol et notamment dans le cadre de la lutte contre la drogue⁴⁵, a été étendue aux migrants. En 2004 était adopté un règlement du Conseil relatif à la création d'un Réseau d'Officiers de Liaison « Immigration » dans les pays tiers⁴⁶. Ce règlement consiste pour chaque État membre de l'UE, à détacher des fonctionnaires dans des pays tiers « pour établir et entretenir des contacts avec les autorités du pays hôte en vue de contribuer à la prévention de l'immigration illégale et à la lutte contre ce phénomène, au retour des immigrés illégaux et à la gestion de l'immigration légale ». Au service de l'Europe et de leurs États de rattachement, ces officiers de liaison peuvent également être mis à disposition des autorités locales pour leur prêter assistance dans leurs missions de contrôle. Il s'agit concrètement de tout mettre en œuvre pour bloquer en amont le départ vers l'Europe de personnes présumées futurs migrants illégaux. Au sein desquels bien entendu, les présumés futurs « faux réfugiés ». Le règlement ne fait pourtant aucune mention des réfugiés et des demandeurs d'asile et ne contient *a fortiori* aucune disposition spécifique liée à leur protection.

De toute évidence, parmi les missions des officiers de liaison, le contrôle à l'embarquement vient en renfort du mécanisme de responsabilisation et de sanction des transporteurs.

« Schengen plus »⁴⁷, signé en mai 2005 a renforcé le dispositif du règlement, en autorisant l'envoi par les pays d'accueil de « conseillers en faux documents dans des pays considérés comme pays d'origine ou de transit pour la migration illégale. » (Article 20). Ces « conseillers en faux documents » ont pour mission de former le personnel diplomatique et consulaire à « la reconnaissance de documents falsifiés ou contrefaits, ainsi que sur la fraude documentaire et la migration illégale », de former les sociétés

⁴² C. Rodier, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », Etude pour le Parlement Européen, DGExPo/B/PolDep/ETUDE/2006_11, juin 2006, pp. 14-15.

⁴³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Améliorer l'accès à des solutions durables*, COM(2004) 410 final, 4 juin 2004.

⁴⁴ *The Guardian*, 27 octobre 1997, cité dans C. Condamines, « Les illusions d'un codéveloppement sans moyens », *Le Monde Diplomatique*, avril 1998, pp. 14-15.

⁴⁵ H. Busch, « Le piège légaliste. La coopération policière après Tampere », *Culture et Conflits*, n°45, 2002, pp. 125-132.

⁴⁶ Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004, *relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration »*, JOCE n° L64, 2 mars 2004, p.1.

⁴⁷ *Traité de Prüm* dit « Schengen Plus » ou « Schengen III », signé le 27 mai 2005. Le texte du traité peut être consulté en Français, en annexe de la loi française autorisant sa ratification : Loi n° 2007-1160 du 1er août 2007 *autorisant la ratification du traité [...] relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale*, JO n° 177, 2 août 2007.

de transport à ce qu’implique leur responsabilité dans la migration illégale, et de former les « autorités et institutions du pays hôte compétentes pour les contrôles policiers aux frontières » (Article 21).

Ce qui est contestable du seul point de vue de l’immigration (les compagnies aériennes ne sont pas des autorités administratives habilitées à effectuer un tel contrôle), l’est encore plus au regard du droit d’asile.

II) Un instrument au service d’une politique d’externalisation de la demande d’asile

La « police à distance »

A) La privatisation de la demande d’asile

La grande majorité des réfugiés fuyant la persécution ne se rend pas librement dans les administrations de leurs pays d’origine pour demander un visa. Souvent, les réfugiés ne disposent même pas de documents d’identité et sont donc les premiers visés par cette pratique. Les employés des compagnies de transports n’étant pas formés pour appliquer le droit des réfugiés, s’ils sont confrontés à un réfugié, ils ne verront (en probable toute bonne foi) qu’un étranger sans document, représentant un risque d’amende pécuniaire (ou, plus pragmatiquement, un tort professionnel).

Ces mécanismes de contrôle terriblement efficaces sont susceptibles de constituer un refoulement préventif, ce qui s’inscrit alors en violation flagrante de la *Convention de Genève*.

Si comme il a été exposé plus haut la responsabilité des transporteurs aériens⁴⁸ s’appuie juridiquement sur la *Convention de Chicago relative à l’aviation civile internationale* du 7 décembre 1944⁴⁹, dont l’annexe IX prévoit que le transporteur a la « garde des passagers ». Mais les sanctions prévues par ce texte, envers les transporteurs aériens pour le débarquement de passagers dépourvus de documents suffisant sont beaucoup plus encadrées que ce que la pratique et les dispositions normatives ultérieures ont instauré. Ainsi, l’une des dispositions de l’Annexe IX précise expressément que le réacheminement des passagers non admissibles ne doit pas être entendu comme : « une autorisation de renvoyer quiconque demande asile dans le territoire d’un État contractant vers un pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques ». Cette référence explicite au principe de non-refoulement avait été ajoutée à la demande formelle du HCR⁵⁰ et la *Convention de Genève* est d’ailleurs très claire sur le fait qu’un demandeur d’asile ne doit pas être pénalisé pour être entré irrégulièrement sur le territoire (article 31).

⁴⁸ Sur les fondements juridiques pour les transports maritime et ferroviaire, voir l’étude « Lutte contre l’immigration illégale », *DPDE*, 1^{er} janvier 2006, §37-38, p. 1143.

⁴⁹ *Convention relative à l’aviation civile internationale*, du 7 décembre 1944, signée à Chicago, 9^e édition, 2006, Doc 7300/9.

⁵⁰ Voir Conseil de l’Europe, « Sanctions imposées aux transporteurs dans quatre États des Communautés européennes : leur compatibilité avec les règlements de l’aviation civile internationale et avec les droits de l’homme », *Rapport Cruz*, 23 novembre 1990, 20 p.

Comme évoqué précédemment, il est en effet prévu en France depuis 1992 que la sanction administrative ne sera pas appliquée « lorsque le transporteur établit que les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement et qu'ils ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste » (art. L. 625-5 2°). Quant à la dispense de documents dont bénéficient spécifiquement les demandeurs d'asile, elle exonère également les transporteurs si « l'étranger a été admis sur le territoire français au titre d'une demande d'asile qui n'était pas manifestement infondée » (art. L. 625-5 1°).

Au-delà du contrôle de l'immigration au sens large, les transporteurs se retrouveraient donc en situation de s'assurer que la demande d'asile d'un réfugié n'est pas infondée et, fatalement, de se substituer aux instances juridiquement et matériellement compétentes en matière de détermination du statut de réfugié, ce qui a été critiqué à juste titre en tant que transfert d'autorité de l'autorité publique et vu comme une « privatisation du droit d'asile ». Mais il ne semble guère possible de faire peser sur les employés des compagnies de transports la mission d'étudier le caractère fondé de la demande d'asile. De fait, l'exonération de sanction mentionnée dans le droit français ne peut qu'être *a posteriori*, lorsqu'au terme de la procédure d'asile à la frontière⁵¹, le ministre chargé de l'immigration aura autorisé l'entrée du demandeur en France, le cas échéant après que l'OFPRA s'est prononcé sur la justification d'un placement en zone d'attente. En pratique, les compagnies n'ont aucun intérêt à faire ce pari, et les demandeurs de protection n'embarqueront tout simplement pas.

Certes, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de cette mesure, et l'a validée en émettant toutefois une réserve d'interprétation : « [...] cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche ; [...] [elle] ne saurait aussi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police en lieu et place de la puissance publique ; qu'elle a pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile aux motifs que les intéressés seraient non munis de visa d'entrée en France »⁵². Or, la charge de la preuve pèse sur le transporteur. Et il ressort que la préoccupation principale des compagnies de transport n'est pas de protéger les réfugiés, ce qui n'est pas leur rôle compte tenu de leur vocation économique, mais d'éviter une sanction. Et dans le doute, un transporteur préférera refuser d'embarquer un demandeur d'asile plutôt que de s'exposer à une amende dont le montant dépasse le bénéfice tiré du prix du billet.

S'observe alors un double effet pervers. D'une part, les émigrants ont de plus en plus recours à des faux documents. D'autre part, les employés des compagnies aériennes ont le pouvoir discrétionnaire de refuser des passagers sur la base d'une suspicion basée sur les seuls critères de « race » et de faciès⁵³ dont ils disposent qui se substituent de facto à l'examen des conditions légales. De fait, dans les pays producteurs de réfugiés, les « sous-sous-traitants »⁵⁴ de la demande d'asile sont incarnés par des employés appartenant généralement à l'ethnie dominante, ce qui a un impact considérable sur le *profiling* exercé à l'encontre des potentiels réfugiés⁵⁵.

⁵¹ Régie par les dispositions des articles L 213-8-1 et L. 213-8-2 du CESEDA.

⁵² CC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, DC n° 92-307, *Rec.*, p. 48.

⁵³ Voir Amnesty International, « No flights to safety Carrier sanctions; airline employees and the rights of refugees », Report ACT/34/21/97, November 1997, 11 pp.

⁵⁴ En pratique, il apparaît que les compagnies aériennes sous-traitent le travail de contrôle à des entreprises de sécurité.

⁵⁵ V. Guiraudon, « Logiques et pratiques de l'État délégué : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance », *Cultures & Conflits*, n°45, 2001, p. 75.

B) Effet collatéral d'un politique de contrôle de l'immigration ou objectif de contrôle de l'asile ?

Il est établi que la politique de sanction des transporteurs a pour effet d'empêcher l'arrivée de demandeurs de protection. Si l'« efficacité » d'un tel dispositif est en revanche mal connue, une question – qui n'est pas neuve – demeure. S'agit-il d'un effet collatéral « malheureux » d'un objectif assumé de politique de contrôle de l'immigration, ou d'un objectif à part entière, mais officieux tendant à la baisse des demandes d'asile. La question n'est pas inédite, mais le manque de réponse tangible demeure. Nulle trace d'une telle revendication, naturellement.

Dès la mise en place institutionnelle du dispositif de sanction des transporteurs, le HCR⁵⁶, le Conseil européen sur les réfugiés et les exilés,⁵⁷ et diverses associations de défense des droits de l'Homme ont formulé de vives critiques, auxquelles se sont associés le Parlement européen⁵⁸ et le Conseil de l'Europe⁵⁹. Ces critiques tendaient à souligner que les effets de la politique de sanction des transporteurs sur le droit d'exercer une demande d'asile trahissaient nécessairement cet objectif.

Pourtant, l'objectif n'est au mieux que trahi. Jamais véritablement établi. Preuve en est la confidentialité des informations disponibles, y compris au bénéfice du législateur. En l'état du droit en vigueur en France, la sanction administrative à laquelle s'expose tout transporteur aérien, maritime ou routier qui achemine en France, y compris en transit, un étranger démuné des documents exigés par la loi ou l'accord international est passible d'une sanction administrative. Il s'agit d'une amende qui peut être prononcée autant de fois qu'il y a de passagers concernés et que la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France a porté de 5000€ à 10000€. Or, fin 2015, à l'heure de discuter du doublement de l'amende, le rapporteur⁶⁰ se bornait à indiquer qu'un rapport conjoint de l'inspection générale de l'administration et de l'inspection générale de la police nationale – dont il n'avait pas pu obtenir communication⁶¹ – constatait que le dispositif d'amende aux transporteurs, ancien et désormais connu de ces derniers, avait conduit beaucoup d'entre eux à réaliser des « *efforts conséquents pour instaurer des contrôles de bonne qualité à l'embarquement* », et qu'il convenait de sanctionner plus lourdement ceux qui ne s'étaient pas encore mis en capacité de le faire. Schématiquement, alors même que le dispositif fonctionne, il est rendu plus sévère.

C'est peut-être lorsque cette politique de sanction des transporteurs est couplée avec la politique de visas, que l'objectif poursuivi se dessine plus nettement. Outre que l'externalisation du traitement de demandes de visas est parfaitement assumée et applaudie par la Cour des comptes dans son rapport

⁵⁶ UNHCR *Position: Visa Requirements and Carrier Sanctions*, September 1995, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b33a10.html> [accessed 5 February 2017];

⁵⁷ ECRE, *The Role of Airline Companies in the Asylum Procedure* (Copenhagen, Danish Refugee Council, 1988) et ECRE, « *Country Up-Date on the Application of Carriers' Liability in European States* », February 1999 research paper (Londres, ECRE, 1999) <http://www.refworld.org/docid/3c02740b4.html> [accessed 5 February 2017]

⁵⁸ Résolution du Parlement européen sur l'incompatibilité des contrôles de passeports effectués par certaines compagnies aériennes avec l'article 7 A du traité CE adoptée le 11 mars 1994 (Doc A3-0081/94).

⁵⁹ Recommandation 1163/1991 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à l'arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens adoptée le 23 septembre 1991 (Doc. 6490).

⁶⁰ Rapport n° 716 (2014-2015) de M. François-Noël BUFFET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 septembre 2015.

⁶¹ « Rapport sur les procédures d'amendes aux transporteurs aériens ou maritimes en cas de manquement à leurs obligations de vérification des documents de voyage et des visas requis pour certains voyageurs, remis au ministre de l'intérieur par les inspections générales de l'administration et de la police nationale, mars 2013. À sa demande, votre rapporteur n'a obtenu communication que de la page du rapport contenant ces recommandations. »

annuel 2017 (« *La décision de l'État d'associer, par la voie de l'externalisation, un acteur privé à l'exercice d'une mission régaliennne se veut une réponse efficace aux multiples enjeux auxquels est confrontée l'administration des affaires étrangères* »⁶²), l'obligation de visa (court ou long séjour) est exigible de tous les ressortissants de pays susceptibles d'être à l'origine de flux de réfugiés⁶³. Cela ne soulève pas de difficulté particulière dans la mesure où la politique de visas est un canal de l'immigration⁶⁴, mais cela en soulève nécessairement davantage vis-à-vis du droit d'asile lorsqu'il revient aux transporteurs d'assurer le contrôle des visas de ses passagers. Cela devient plus franchement problématique lorsque la France ajoute à sa politique de visas des dispositifs tendant à exiger des visas de transit aéroportuaires (VTA), que les transporteurs devront tout autant contrôler. Il s'agit d'un dispositif de lutte contre l'immigration illégale visant les voyageurs qui n'ont pas de visa d'entrée et de séjour pour la France, mais qui font escale dans un aéroport français, et dont les pouvoirs publics entendent prévenir toute tentative d'entrée détournée sur le sol français. Par exception au principe de libre transit posé par l'annexe 9 de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, ce dispositif du VTA est mis en œuvre en France depuis 1995 sur le fondement d'un arrêté interministériel du 10 avril 1984⁶⁵ et d'un règlement européen du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas⁶⁶ et fixant une liste de ressortissants soumis à l'exigence de VTA. En février 2008, un arrêté d'extension ajoutait à la liste les « *les Russes provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte* » et en janvier 2013, une décision (matérialisée par un arrêté du 18 mars 2013), ajoutait les Syriens. Compte tenu du contexte respectif en 2008 pour les Tchétchènes et en 2013 pour les Syriens, l'une comme l'autre de ces extensions tendait très manifestement à faire échec à la demande d'asile des uns et des autres. Il ne s'agissait plus de lutter contre l'immigration illégale, mais bien de faire obstacle aux demandes d'asile⁶⁷, ce qui fût fait...avec le renfort des transporteurs, en dépit de la règle plusieurs fois consacrée au terme de laquelle il ne saurait être exigé du demandeur d'asile qu'il soit muni d'un visa.

⁶² Cour des comptes, « L'externalisation du traitement des demandes de visa à l'étranger : une réforme réussie, un succès à conforter », Rapport annuel 2017, pp. 175-206. Ce constat est dressé à la suite d'un précédent rapport annuel en 2013 qui encourageait de poursuivre des efforts en ce sens : Cour des comptes, « La délivrance des visas et des titres de séjour : une modernisation à accélérer, des simplifications à poursuivre », Rapport annuel 2013, pp. 37-76.

⁶³ Voir la liste des dispenses de visas, plus courte que la liste des nationalités pour lesquelles un visa est exigé sur le site internet du ministère de l'intérieur, « Les dispenses de visa », url : <http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Immigration/Les-visas/Les-dispenses-de-visa> (consultée le 13 décembre 2016).

⁶⁴ Réseau européen des migrations, La politique des visas en tant que canal de migration, Etude, octobre 2013, 73 p.

⁶⁵ Arrêté du 10 avril 1984 relatif aux conditions d'entrée des étrangers sur le territoire métropolitain et dans les départements d'outre-mer français, JORF du 19 avril 1984, pp. 3647-3648.

⁶⁶ Règlement (CE) No 810/2009 du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas.

⁶⁷ V. C. Lantero, « De la validation du VTA par le Conseil d'Etat à la condamnation du refus de visa par le TA de Nantes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 octobre 2014, consulté le 13 décembre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/886> ; DOI : 10.4000/revdh.886.