HAL
open science

Maritime areas : control and prevention of illegal traffics at sea

Patrick Chaumette

To cite this version:

Patrick Chaumette (Dir.). Maritime areas : control and prevention of illegal traffics at sea. Patrick Chaumette GOMYLEX, pp.1-320, 2016, MARITIME AREAS: CONTROL AND PREVENTION OF ILLEGAL TRAFFICS AT SEA ESPACES MARINS : SURVEILLANCE ET PRÉVENTION DES TRAFICS ILLICITES EN MER, Patrick Chaumette 978-84-15176-72-5. hal-01525298

HAL Id: hal-01525298

https://hal.science/hal-01525298v1

Submitted on 19 May 2017

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.

Patrick Chaumette
(Coordinator)

Maritime areas: control and prevention of illegal traffics at sea

Espaces marins : surveillance et prévention des trafics illicites en mer

Université de Nantes
Gomylex

MARITIME AREAS: CONTROL AND PREVENTION OF ILLEGAL TRAFFICS AT SEA

ESPACES MARINS : SURVEILLANCE ET PRÉVENTION DES TRAFICS ILLICITES EN MER

Coordinator

Patrick Chaumette

Authors

Valérie Boré Eveno, Maître de conférences, CDMO, université de Nantes, France
Patrick Chaumette, Professeur, CDMO, université de Nantes, France
Odile Delfour-Samama, Maître de conférences, CDMO, université de Nantes, France
Sandrine Drapier, Maître de conférences, Thémis UM, université du Maine, France
Roland Le Goff, Doctorant, CDMO, université de Nantes, France
Cédric Leboeuf, Docteur en droit, CDMO, université de Nantes, France
Arnaud Montas, Maître de conférences, UMR Amure, université de Bretagne Occidentale, France
Michel Morin, Docteur en droit, ancien administrateur de la Direction Générale des Affaires Maritimes et de la Pêche, Commission européenne, France
Jun Nohara, PhD candidate, Department of Advanced Social and International Studies, university of Tokyo, Japan
Jean-Paul Pancracio, Professeur émérite, université de Poitiers, France
Gwenaele Proutière-Maulion, CDMO, université de Nantes, France
Caroline Reuker, Research Assistant, Assessor iuris 5, universität Rostock, Germany
Claire Saas, Maître de conférences, DCS, université de Nantes, France
Makoto Seta, Associate Professor, Association of International Arts and Science, Yokohama City University, Japan
Srilatha Vallabu, Assistant Professor of Political Science, Centre for Indian Ocean Studies, Osmania University, India
Laura Van Voorhees, Master of Arts in Law and Diplomacy, Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, United-States
Brian Wilson, Retired Navy Captain, United-States

2016

The work leading to this invention has received funding from the European Research Council under the European Union's Seventh Framework Programme (FP7/2007/2013) / ERC Grant agreement No. 340770

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical or phtocopying, recording or otherwise without the prior permision of the University of Nantes.

First edition: october 2016

Copyright University of Nantes - CDMO
Property of the University of Nantes (CDMO)
Depósito legal nº: BI-1101/2016
ISBN: 978-84-15176-72-5

Gomylex s.l.
Ledesma n. 22. - 48001 - Bilbao (Spain)
Tel: +34 944.240.671
Fax: +34 944.245.897
e-mail: editorial@gomylex.com
web: http://www.gomylex.com

Printed by Printhaus (Spain)

TABLE OF CONTENTS

Generalities, Patrick Chaumette, professeur, CDMO, université de Nantes, Principal Investigator of European Programme ERC No. 370440, Human Sea 11

Le cadre juridique international de la lutte contre les trafics illicites en mer

Chapter 1 - *Le cadre juridique international de la lutte contre le trafic de stupéfiants – Quelles compétences pour les Etats ?* , Valérie Boré Eveno, Maître de conférences, CDMO, université de Nantes, France 55

Chapter 2 - *La lutte contre la pêche INN et la responsabilité des Etats*, Michel Morin, Docteur en droit, ancien administrateur de la Direction Générale des Affaires Maritimes et de la Pêche, Commission européenne, France 83

Chapter 3 - *The legal nature of fishing activities in contested maritime areas and its impact on maritime surveillance: the case of China, Taiwan and Japan,* Jun Nohara, PhD candidate, Department of Advanced Social and International Studies, university of Tokyo, Japan 99

Chapter 4 - *A murder at sea isn't just a murder! The expanding scope universal jurisdiction under the SUA Convention*, Makoto Seta, Associate Professor, Association of International Arts and Science, Yokohama City University, Japan 115

Le droit confronté aux enjeux humains de la sécurité

Chapter 5 - *Tackling Forced Labor Issues in the Fishing Industry,* Laura Van Voorhees, Master of Arts in Law and Diplomacy, Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, United-States 131

Chapter 6 - *Les migrants maritimes devant la Cour européenne des droits de l'Homme,* Arnaud Montas, Maître de conférences, UMR Amure, université de Bretagne Occidentale, France 151

Inicio.pmd 7 25/01/2017, 18:40

Chapter 7 - *De la capacité de l'UE en tant qu'acteur régional à développer une action à vocation universelle. De la lutte contre la piraterie à la lutte contre les trafiquants et passeurs dans le cadre de l'immigration clandestine,* Gwenaele Proutière-Maulion, CDMO, université de Nantes, France 161

Chapter 8 - *La Méditerranée, une zone de non-droit pour les boat-people ?,* Claire Saas, Maître de conférences, DCS, université de Nantes, France 179

Chapter 9 - *The Human Sea: Whole-of-Government Responses to Illicit Activities,* Brian Wilson, Retired Navy Captain, United-States 195

Le droit confronté aux technologies nouvelles

Chapter 10 - *Le droit de la mer face aux nouvelles technologies,* Jean-Paul Pancracio, Professeur émérite, université de Poitiers, France 207

Chapter 11 - *Combating piracy –Legal and technical solutions,* Caroline Reuker, Research Assistant, Assessor iuris 5, universität Rostock, Germany 221

Chapter 12 - *Surveillance maritime : nouvelles technologies et coopérations en vue du développement de la connaissance du domaine maritime,* Roland Le Goff, Doctorant, CDMO, université de Nantes, France 233

Actions privées et actions étatiques : articulation et défis

Chapter 13 - *La lutte contre la piraterie en mer par les entreprises privées de protection des navires,* Sandrine Drapier, Maître de conférences, Thémis UM, université du Maine, France 247

Chapter 14 - *Privately contracted armed security personnel in Indian Ocean region,* Srilatha Vallabu, Assistant Professor of Political Science, Centre for Indian Ocean Studies, Osmania University, India 265

Chapter 15 - *La place des acteurs privés dans la prévention et le contrôle des atteintes à l'environnement marin,* Odile Delfour-Samama, Maître de conférences, CDMO, université de Nantes, France 281

Inicio.pmd 8 25/01/2017, 18:40

Chapter 16 - *Le phénomène de privatisation : un nécessaire redimensionnement des rôles et pratiques de coopération en matière de lutte contre les trafics illicites en mer,* Cédric Leboeuf, Docteur en droit, CDMO, université de Nantes, France 301

Inicio.pmd 9 25/01/2017, 18:40

Overview

Professor **Patrick CHAUMETTE**
Director of the Maritime and Oceanic Law Centre
University of Nantes
ERC 2013 Advanced Grant No. 340770 Human Sea – FP7
http://www.humansea.univ-nantes.fr

The Human Sea Project was adopted by the European Research Council in August 2013. It is an Advanced Grant 2013, No. 340770 within the Seventh Framework Programme (or FP7). This research program is planned over 5 years from 2014 till 2019.

"*Making the sea more human*"

The project deems that one of the roles of the law is to civilise the use of techniques. Technological developments have allowed and will allow the extension of human activities at sea. To what extent does economic activity development at sea lead to the transformation of Maritime and Oceanic Law of the Sea? Extraction activities on the continental shelf were considered in the 1958 Geneva Convention and again considered in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea in order to protect coastal States. However, they do not always fall under international conventions regarding pollution prevention, liabilities or status of workers, non-seafarers.

The same 1982 Convention signed in Montego Bay, created exclusive economic zones and sought to provide a framework for fishing efforts and to protect fishing resources, and prevent coastal States from adopting excessive ownership of maritime areas. However, Maritime Law focuses on the concept of ships and does not govern new marine vessels and workers[1]. Furthermore, since jurisdiction at high sea is based on where state vessels are registered, it has led to the creation of complacent flag states. The development of illegal activities at sea tests the competence of States as well as their cooperation, especially within the regional sphere. The substantial connection between the flag of a ship and its flag state is more or less flexible[2].

---

1) MIRIBEL S., « Qu'est-ce qu'un navire ? », in *Mélanges en l'honneur de Christian SCAPEL,* C. BLOCH dir., PUAM, Aix-en-Provence, 2013, pp. 279-288.

2) KAMTO M., « La nationalité des navires en droit international », in *La Mer et son Droit – Mélanges offerts à L. LUCCHINI et à J.P. QUÉNEUDEC*, Pédone, Paris, 2003, pp. 343-373 - Sur le pavillon des

Cap 0 Libro 2.pmd 11 15/09/2016, 20:49

Internationally wrongful acts are attributable to a ship but not to the flag state. Should the flag state not, at most, respond without delay to a State requesting confirmation of a ship's registration? In the "Saiga" case, the International Tribunal for the Law of the Sea settled for believing Saint Vincent's declaration without checking the facts, even though the registration certificate had not been renewed at the time the vessel was confiscated for fishing illegally[3]. The development of illegal activities at sea questions the competence of States and their level of cooperation regionally.

The International Seabed Authority is an autonomous international organization, established under the 1982 United Nations Convention of the Law of the Sea and the 1994 New York Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention of the Law of the Sea. The Authority is the organization through which State Parties to the Convention shall, in accordance with the regime for the seabed and ocean floor and subsoil thereof beyond the limits of national jurisdiction (the Area) established in Part XI and the Agreement, organize and control activities in the Area, particularly with a view to administering the resources of the Area. The 1982 Agreement ignores biological resources.

This European program has focused on piracy during an international conference organized within the framework of the Scientific Days of the University of Nantes, on June 5 and 6, 2014, Piracy: From the Sea to Cyberspace, and then on June 11 and 12, 2015, New Maritime Routes. The Human Sea program will organize another international symposium, joined with the 5th symposium Marisk, on October 3rd and 4th, 2016, which considers the risks of marine renewable energies, offshore oil and gas rigs, large vessels, ocean liners and large container ships. Following additional research, the final symposium will be held on October 2018 and shall present a summary report on the outlook of how the Law of the Sea and Maritime Law has developed; the tensions between technological and economic developments; and marine environment protection requirements.

The international symposium *Maritime areas: Control and prevention of illegal trafficking at sea* was held on October 5 and 6, 2015. The proceedings of the symposium can be found herein. The symposium was composed of the following four (4) panels: Monday 5 October 2015 - *Fighting illegal trafficking at sea: The international legal framework - The law and the human stakes of safety;* Tuesday 6 October 2015 - *The law and new technologies: A challenge? - Private and State Initiatives: The challenge of joining forces.*

---

organisations internationales, HINOJO ROJAS M., "La insuficiente regulación de la cuestión del pabellón en la Convención, de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982", in SOBRINO HEREDIA J.M., dir., *La contribución de la Convención, de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 79-97.

3) TIDM, judgement of 1 July 1999, No. 2, application for prompt release. KAMTO M., prev. p. 359.

Cap 0 Libro 2.pmd 12 15/09/2016, 20:49

In his history of international law, our colleague Dominque GAURIER talks about, among other things, the construction of the law of the sea, the peaceful use of oceans, the freedom of navigation and of maritime trade. It is futile to talk about Roman maritime law. Although Rome was not founded by the sea, the regular supply of grains to the city became such a major issue that shipowners become subject to inspections and placed at the disposal of the Prefect's public administration[4]. The principles were based on the freedom of navigation and maritime trade. The unlawful or forbidden nature of maritime traffic was therefore an exception. Trafficking at sea is unlawful at the root because of its link to war. Book V of *Sentences* by Paul studies the transport of arms and strategic equipment, which allowed for the creation of weapons of war (wood, iron). Controls were implemented during times of trouble[5]. The Public Treasury would seize any ships carrying illegal merchandise and skippers were held responsible even if they were not personally responsible for having loaded the illegal merchandise.

The reopening of the maritime commercial routes during the Middle Ages gave rise to embassies reopening and treaties emerging. Canon Law stipulated during the time of the Crusades that it was forbidden to deliver any goods to Saracens that could be used against Christian kingdoms. During the last three centuries of the Middle Ages, commercial agreements were made around the Mediterranean in order to allow Christian merchants to settle in Muslim lands via the *funduk*[6]. The 1215 Magna Carta, a charter agreed by King John of England, guaranteed foreign merchants the right to safely reside and carry out business in England. Law Merchant is a law administered and enforced by merchant courts located in ports, trade fairs, and by the Admiralty Court for maritime trade. Law Merchant was universal and was rooted in *ius naturae et gentium*[7]. The *Rôles d'Oléron* and *Consulato del Mar* were practical commercial compilations that spanned the Atlantic Ocean and Mediterranean Sea and created a traditional international maritime law.

The question of the freedom of the seas was debated during the medieval ages. Was the sea common property, i.e. *res communis*?[8] The principle of freedom in the high sea is necessary in regards to international maritime trade[9]. The territorial sea ensures the safety of ocean banks and shores, firstly, from the distance of the view, the stroom. Cornelis van Bijnkershoek referred to the reach of cannons from the coast, known as the cannon shot rule, where the power of the land ends where the power of weaponry ends. In 1782, the Abbot Ferninando Galiani calculated the range to be three nautical

4) GAURIER D., *Le Droit Maritime Romain*, PUR, Presses Universitaire de Rennes, 2004, p. 26 et 63 and s.

5) GAURIER D., *Le Droit Maritime Romain*, PUR, Presses Universitaire de Rennes, 2004, p. 93.

6) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, PUR, Presses Universitaire de Rennes, p. 105 and s.

7) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, pp. 107-108.

8) GIDEL G., *Le droit international public de la mer – Le temps de paix*, T. I, *Introduction – La Haute Mer*, Librairie Ed. Michelin, Châteauroux, 1932, rééd. 1981, Topos Verlag AG, Vaduz, sp. p. 213 and s.

9) GIDEL G., *Le droit international public de la mer*, sp. p. 208 and s.

Cap 0 Libro 2.pmd 13 15/09/2016, 20:49

miles—the equivalent distance, but more precise[10]. Naval warfare determined the affected marine areas and excluded territorial waters of neutral Powers. It also identified non-combatant vessels and lead to discussions regarding merchant ships being equipped with defensive arms, naval blockades, the use of mines and submarines, the right of prize[11]. Maritime property was not subject to any specific protection during naval wars. The interruption of maritime communication and even of maritime trade was a tactic used to wear down the enemy. Only the U.S.A seems to have objected to the right of prizes. Maritime trade was also limited because contraband of war had been banned.

Contraband of war was addressed in the 1856 Paris Declaration and defined in the 1909 London Declaration, in Articles 22 and 30 to 44[12]. Contraband of war is goods that a neutral nation cannot supply to a belligerent nation and are at of seizure and confiscation. The ban on contraband of war is stipulated in Articles 2 and 3 in the Paris Declaration and states "the neutral flag covers enemy's goods, with the exception of contraband of bar (Art. 2) and neutral goods, with the exception of contraband of war, are not liable to capture under enemy flag (Art. 3)". The treaty signed between Great Britain and Russia in 1760 restricted contraband of war, especially if it was meant for military purposes, of whatever character they may be, the materials used to manufacture, repair (wood for rifle butts, leather for sheaths, saltpetre, sulphur, horse saddles and bridles. The bilateral agreements signed between 1815 and 1856 contained the same list. Laurent-Basile HAUTEFEUILLE pointed out that the treaties signed during the first half of the 19th century were more detailed than previous treaties[13]. Dominique GAURIER describes the 1794 Prussian law, which included among the items of contraband of war, weapons and munition, saltpetre and sulphur. Horse saddles and bridles were added to the list in 1864. Chancellor Bismarck wished to include coal during the Franco-Prussian War of 1870-1871 but was unsuccessful[14]. Belligerent Great Britain extended the ban to food and cereals until 1815 and carbon until 1970-71. It forbade British vessels from providing provisions to the French fleet stationed in the North Sea. During the 1877 Russian-Ottoman war, Great Britain resumed a stricter and more favourable maritime trade. Neutral nations were thus subject to the uncertainties of British interventions and British court interpretations of British possession-taking. Food was classified as contraband if it was intended for combat troops or naval forces. During the Russo-Japanese War, Russia extended the ban to all types of fuel (oil, alcohol) provisions, especially rice used to feed enemy horses.

---

10) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, pp. 260-265.

11) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, pp. 772-818.

12) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, p. 818 and s.

13) HAUTEFEUILLE L.B., *Des droits et devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, Librairie de Guillaumin et Cie, Paris, 3ème éd., 1868, t. II, p. 83.

14) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, p. 819.

Cap 0 Libro 2.pmd 14 15/09/2016, 20:49

During the Hague Conference of 1907, it was not possible to regulate and specify what contraband of war was. It was not until the London Declaration of 1909 that uniform and detailed provisions were stipulated[15]. Twenty-three articles stipulated what goods were deemed absolute contraband, conditional contraband and which were note. Absolute contraband was extended to cover weapons, munition, military hardware but also horses and beasts of burden, artillery, mineral oils (since they are used in airplane engines and submarines). Conditional contraband includes coal, alcohol, oil, fuel, paper currency, precious metals and money. Cotton, nuts, rubber, minerals, and porcelain, glassware, fertilizer and construction materials could not be declared contraband of war. Rubber was classified as absolute contraband from the very beginning of World War I in 1914. During World War II, warring parties preferred general formulas rather than magistrates, which sparked protests from neutral States[16]. All warring parties included food as conditional contraband.

Outside war, **the fight against slave trade** at sea is undoubtedly a prime example of trafficking that became illegal. The Slave Trade is not the only story of a large-scale, forced migration in human history. Those who were deported where considered "foreigners", "barbarians' ", sub-humans. The Atlantic Trade is the most famous, even if it is not the most important one[17]. It originally stemmed from the freedom of maritime trade for the plantation economy[18]. On 18 June 1542, the Pope Nicolas V issued the King of Portugal a papal bull, *Dum diversas*. It authorized Alfonso V of Portugal the right to attack, conquer and subjugate Saracens and pagans to "perpetual servitude". On January 8, 1455, the papal bull *Romanus Pontifex* was issued as a follow up to *Dum diversas* and reinforced the provisions outlining the Portuguese trafficking of humans from Sao Tomé[19]. Between 1710 and 1720, European nations reached an agreement in regards to free competition in this specific area of trade "which shall help prevent clashes" that reappeared during the 1780's, at the pinnacle of the African slave trade—a highly speculative trafficking[20].

The abolitionist movement tried to convince the need to abolish this type of trafficking. As early as 1784, Necker believed a single international action was needed to end

---

15) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, pp. 823-828.

16) GAURIER D., *Histoire du Droit International*, pp. 829-832.

17) PÉTRÉ-GRENOUILLEAU O., *Les traites négrières – Essai d'une histoire globale*, Gallimard, Paris, 2004, 468p. – *De la traite à l'esclavage*. Minutes from the international forum on the slavery of Africans, Nantes, 1985. Éd. Serge Daget, Nantes-Paris, Centre de recherches sur l'histoire du monde atlantique, Société française d'histoire d'outre-mer, 1988. T. 1 : Du V au XVIIIème siècle, XXX - 551p. T. 2 : Du XVIIIème au XIXème siècle, 733p.

18) PÉTRÉ-GRENOUILLEAU O., "The term *slavery* at that time was the equivalent to today's word *trade*. It represented the purchase and sale of goods", p. 39 note 1 - RENAULT Fr. et DAGET S., *Les traites négrières en Afrique*, Paris, Karthala, 1985, 240p.

19) PÉTRÉ-GRENOUILLEAU O., p. 69 note 4.

20) PÉTRÉ-GRENOUILLEAU O., p. 173 and s.

Cap 0 Libro 2.pmd 15 15/09/2016, 20:49

the slave trade. England abolished the slave trade in 1807 and slavery in 1833. England seized the opportunity provided by the Napoleonic Wars to seize enemy slave ships off the coast of Africa and control neutral vessels under the pretext of contraband of war[21]. A military court was set up in Sierra Leone to prosecute offenders[22]. Great Britain forced Portugal to abolish the slave trade, first in Africa in 1810, and then in South America. During the 1815 Vienna Congress, World Powers issued a feckless statement regarding "the abolition of the slave trade", without further action. From 1816 to 1841, Great Britain increased the number of bilateral agreements which included reciprocal rights of access of merchant vessel by war ships, the arrest of slave ships and leading them to Sierra Leone. This right of access was used during times of war but also during times of peace against illegal trafficking. It thus limited the freedom of the seas and maritime trade. The third and last slavery abolitionist law was passed on 25 February 1831 in France. From 30 November 1831 and 22 March 1833, France had granted Great Britain access rights, essentially reciprocal, but rarely used and highly criticized[23]. These bilateral agreements were abrogated by the Convention of May 29, 1845. It repealed the right of access and implemented the use of two squadrons, one French, the other British for control the coasts of Western Africa[24]. The new convention only allowed for the right to investigate and not to seize. France and Great Britain perform flag state verification very differently. The Portuguese slave trade was tolerated south of the equator, between Brazil and modern-day Angola until 1830. It is only in 1845 did Spain officially abolish the slave trade. In 1850, the *Royal Navy* shelled and sunk slave ships in Brazilian ports and the Brazilian parliament voted on an abolition law that clearly had more impact than the law passed in 1831. The *British African Squadron* was made up of five to nine ships and its task was to suppress the Atlantic slave trade. According to David ELTIS, the British African Squadron captured 1,635 slave ships sailing under the flag of all nationalities between 1808 and 1867 and performed an estimated 7,750 expeditions, which means they intercepted 1 slave ship for every 5. Over 100,000 slaves were freed in Sierra Leone[25]. In the mid 1840's, there were heated disputes regarding the *African Squadron* because its personnel had been tripled and it represented a substantial expense. The British Empire continued its abolitionist crusade against the slave trade. The United States of America and France join the Great Britain in its efforts[26]. On December 20, 1841,

21) PÉTRÉ-GRENOUILLEAU O., p. 263 et s.

22) WARD W.E.F., *The Royal Navy and the Slavers: The Suppression of the Atlantic Slave Trade*, London, Allen & Unwin, 1969.

23) PÉTRÉ-GRENOUILLAUD O., *Nantes au temps de la traite des Noirs*, Hachette, Paris, 1998, Coll. Pluriel, Fayard, Paris, 2014, sp. p. 196 et s., « La traite nantaise sous le régime de l'illégalité ».

24) VOELCKEL M., « Du pavillon, vrai ou faux – A propos de la Convention du 29 mai 1845 : un essai de réponse à une question toujours actuelle », *Annuaire du Droit de la Mer*, INDEMER Monaco, Pédone, Paris, t. X 2005, pp. 315-321 - GIDEL G., *Le droit international public de la mer,* sp. p. 389 et s.

25) ELTIS D., *Economic Growth and the Ending of the Transatlantic Slave Trade*, New York, Oxford University Press, 1987 – DAGET S., *La répression de la traite des Noirs au XIXème siècle*, Paris, Karthala, 1997.

26) DAGET S., *Les croisières françaises de répression de la traite des Noirs sur les côtes occidentales de*

Cap 0 Libro 2.pmd 16 15/09/2016, 20:49

the main signatory nations of the 1815 Vienna Congress agreed to allow Great Britain to pursue its slave trade abolitionist mission from the Atlantic Ocean to the Indian Ocean. In 1842, the United States of America committed to providing a 80-cannon fleet to combat the slave trade at sea. The end of the Atlantic Slave Trade did not lead to the abolition of forced labour and slavery in plantations.

The abolitionist fight preceded and declared the western presence on African territory, known as colonization[27]. On September 25, 1926, the League of the Nation's General Assembly rejected Britain's motion to define the maritime transport of slaves as an act of piracy. However, nations agreed to employ all measures within their power to stop and prosecute ships, flying their flag, and transporting slaves within their territorial waters. Nations reaffirmed their commitment to abide by the international agreement, which was similar to the 17 June 1925 international arms trade.

In 1932, Gilbert GIDEL observed that at high sea, war ships do not pay heed to civil ships sailing flying the flag of another state and did not exercise any powers because they could not confirm the nationality or state of a ship by reviewing the registration papers of ships[28]. The development of telecommunication led to the development of a correct approach since merchant ships could be identified.

Exceptions to the exclusive jurisdiction of the flag State at high sea were non-conventional and conventional. Among the non-conventional exceptions, Gilbert GIDEL addresses piracy, self-defence and self-protection, hot pursuit, extensiveness of the coercive power of coastal States[29]. The rules of international law regarding piracy stem from customary law. Conventional exceptions regarding special policies at high sea include the slave trade, the international arms trade, oceanic telegraph cable policies, offshore fishing policies, fishing ground policies (cooper or bum boats).

The sea remains tied to the notion of freedom thanks to the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), signed in Montego Bay in 1982. However, Article 87 lists the same provisions stipulated by the *Institut de Droit International* in Lausanne in 1927 and the 1958 Geneva Convention on the high seas: freedom of navigation, freedom of overflight, freedom to lay submarine cables and pipelines, freedom to construct artificial islands and other installations permitted under international law, freedom of scientific research, subject to Parts VI and XIII[30]. This Article is not restrictive

---

l'Afrique (1817-1850), Thèse d'État d'Histoire, Université de Paris-Sorbonne, 1987, T. 1, 596 p., T. 2 (index) 272 p.

27) ZORN J.Fr., « *Abolition de l'esclavage et colonisation* », in *Le XIXe siècle. Science, politique et tradition*, POUTRIN I. (dir.), Paris, Berger-Levrault,ý 1995.

28) GIDEL G., *Le droit international public de la mer,* sp. p. 288 and s.

29) GIDEL G., *Le droit international public de la mer*, sp. p. 302 and s.

30) LUCCHINI L. & VOELCKEL M., *Droit de la mer*, t.1*, La mer et son droit – Les espaces maritimes*, Pédone, Paris, 1990, p. 267-281 – ROTHWELL D.R. & STEPHENS D., *The International Law of the Sea*,

Cap 0 Libro 2.pmd 17 15/09/2016, 20:49

but waste disposal had already been restricted in the 1972 London Convention and the 1982 Oslo Convention and did not have to wait for Article 210 to be approved. The Brussels Convention of November 29, 1969 was in response to the grounding of the oil tanker *Torrey Canyon*, east of the Isles of Scilly on March 18, 1967 and addressed operations at high sea in regards to measures needed to prevent, reduce and eliminate imminent and serious hazards arising from marine oil pollution[31]. This is a significant departure from the exclusivity of the law of the Flag State in the interest of the protection of the marine environment. The Protocol of 2 November 1973 extended the scope of the treaty to pollution causalities other than oil. High sea jurisdiction is not limited to where the ship is registered and its connection to the law of the State under the flag it sails. Nations reached an agreement in order to maintain public order, combat human trafficking and prevent the transport of slaves at sea (Art. 99 UNCLOS); suppress piracy (Art. 100 to 107), the illicit traffic in narcotic drugs or psychotropic substances (Art. 108), unauthorized broadcasting from the high seas (Art. 109). Article 98 stipulates the duty to render assistance to any person found at sea in danger of being lost and constitutes an ancient and natural moral obligation of active solidarity. The United Nations Convention is conservative in regards to terrorism at sea, which was the subject of the convention concluded in Rome on 10 March 1988 for the suppression of unlawful acts against the safety of marine navigation and the protocol to the aforementioned convention for the suppression of unlawful acts against the safety of fixed platforms located on the continental shelf, following the hijacking of the Italian MS *Achille Lauro* liner off the coast of Egypt.

If the principle of the flag State is the expression of the sovereignty of States at high seas, this principle can be subject to exceptions in the event of breaches and sufficiently serious threats[32]. Professor Djamchid MOMTAZ considers the legal regime to prevent and suppress unlawful acts at high sea is inefficient as a result of the existing tension between global and zonal governance. Global governance strives to close the gap between the integrated global economy and the fragmented international order. In regards to prevention methods, States are reluctant to allow inspections on their ships at high sea and even more reluctant to allow other States to intervene in their territorial waters. In regards to suppression methods, concurrent repressive powers and the reluctance of States to exercise their power only weakens global governance[33].

Hart, Oxford & Portland, 2010, pp. 154-158.

31) Du PONTAVICE E., *La pollution des mers par les hydrocarbures. A propos de l'affaire du Torrey Canyon*, LGDJ, Paris, 1968 - LUCCHINI L., « La pollution des mers par les hydrocarbures : les conventions de Bruxelles de novembre 1969 », JDI 1970, p. 795.

32) BEURIER J.P., *Droits Maritimes*, Dalloz Action, paris, 2006, 1ère éd., n° 115.21, 3ème éd., 2014, n° 115.21 à 115.27.

33) MOMTAZ D., « Tension entre gouvernance globale et gouvernance zonale dans la prévention et la répression des actes illicites en mer », in SOBRINO HEREDIA J.M., dir., *La contribución de la Convención, de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 441-453.

Cap 0 Libro 2.pmd 18 15/09/2016, 20:49

However, national responsibilities and intergovernmental cooperation are in motion. It is thus necessary to consider the current international framework to combat illegal trafficking, the law confronted with human-safety issues, the law confronted with new technologies; and the articulation and the challenges posed by State actions and private sea activities.

The international legal framework to fight illegal trafficking at sea involves the fight against drug trafficking; illegal, undeclared and unregulated fishing; surveillance of fishing zones in the South China Sea; the fight against unlawful actions against the safety of maritime navigation.

Valérie BORÉ EVENO, Lecturer at the Maritime and Oceanic Law Centre (University of Nantes), explores *The international legal framework for the fight against drug trafficking – What powers should States have?*

According to the 2015 World Drug Report issued by the United Nations Office on Drugs and Crime, 35% of maritime trafficking is linked to drug trafficking but only 8% of maritime seizures[34].

The fight against drug trafficking was set out in a drug-related Convention, adopted on 30 March 1961, as supplemented by the Protocol of 25 March 1972, the Vienna Convention on Psychotropic Substances adopted on 21 February 1971; the United Nations Convention against the illicit traffic of narcotic drugs and psychotropic substances, adopted on 20 December 1899 in Vienna. The outcome resulted in the creation of the Narcotics Commission, the International Narcotics Control Board (INCB) and the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC).

A multilateral legal framework remains inadequate because of the loopholes found in the United Nations Convention on the Law of the Sea adopted in Montego Bay on 10 December 1982 and the limited support provided by the 1988 Vienna Convention. The Montego Bay Convention defines maritime areas under national sovereignty (inland waters, territorial sea and archipelagic waters) and the powers of Coastal States through the right of innocent passage. Article 17 of the Convention states the following "*Subject to this Convention, ships of all States, whether coastal or land-locked, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea"*. Article 27 stipulates criminal jurisdiction on board a foreign ship as "*The criminal jurisdiction of the coastal State should not be exercised on board a foreign ship passing through the territorial sea to arrest any person or to conduct any investigation in connection with any crime committed on board the ship during its passage, save only in the following cases: […] (d) if such measures are necessary for the suppression of illicit traffic in*

34) United Nations Office on Drugs and Crime, *World Drug Report*, 2015, p. xii. (www.unodc.org) - GALLOUËT (E.), *Le transport maritime de stupéfiants*, PUAM, Aix-en-Provence, 2013, pp. 33-77.

Cap 0 Libro 2.pmd 19 15/09/2016, 20:49

narcotic drugs or psychotropic substances". In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous one, the Coastal State may exercise the control necessary to a) prevent breaches of its border, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea; (b) prosecute breaches of the above laws and regulations committed within its territory or territorial sea. The contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured (Art. 33). Article 92 stipulates the legal status of ships as the following: *"Ships shall sail under the flag of one State only and, save in exceptional cases expressly provided for in international treaties or in this Convention, shall be subject to its exclusive jurisdiction on the high seas. A ship may not change its flag during a voyage or while in a port of call, save in the case of a real transfer of ownership or change of registry. A ship which sails under the flags of two or more States, using them according to convenience, may not claim any of the nationalities in question with respect to any other State, and may be assimilated to a ship without nationality"* (Art. 92).

Article 108 of the Montego Bay Convention addresses illicit traffic in narcotic drugs or psychotropic substances and states that *"All States shall cooperate in the suppression of illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances engaged in by ships on the high seas contrary to international conventions and that any State which has reasonable grounds for believing that a ship flying its flag is engaged in illicit traffic in narcotic drugs or psychotropic substances may request the cooperation of other States to suppress such traffic".*

Article 17 of the 1988 Vienna Convention contain provisions regarding illicit trafficking at sea and it stipulates that *"A Party which has reasonable grounds to suspect that a vessel exercising freedom of navigation in accordance with international law and flying the flag or displaying marks of registry of another Party is engaged in illicit traffic may so notify the flag State, request confirmation of registry and, if confirmed, request authorization from the flag State to take appropriate measures in regard to that vessel".* "4. In accordance with paragraph 3 or in accordance with treaties in force between them or in accordance with any agreement otherwise reached between those Parties, the flag State may authorize the requesting State to, inter alia: (a) Board the vessel; (b) Search the vessel; (c) If evidence of involvement in illicit traffic is found, take appropriate action with respect to the vessel, persons and cargo on board."

The conclusion of ambitious bilateral agreements and regional agreements represents progress in the international legal framework. It is also worth mentioning the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing Article 16 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, adopted by the Council of Europe on 31 January 1995 in Strasbourg; the Aruba Agreement concerning cooperation in Suppressing Illicit Maritime and Air Trafficking in Narcotics and Psychotropic Substances in the Caribbean Sea, signed in San José on 10 April 2003; the Convention on the suppression by customs administrations of illicit drug trafficking on the high seas is a European Parliament legislative resolution on the initiative of the

Cap 0 Libro 2.pmd 20 15/09/2016, 20:49

Kingdom of Spain in 2002. Informal consultation mechanisms, information and coordination operational structures were put in place.

Would it be possible to consider a new international legal framework? A new exception could be caveated in the law of the sea for high seas. The European Court of Human Rights took it into consideration in its ruling on 29 March, 2010 in the case of Medvedyev and Others v. France. It stated "*With regard to both the seriousness and scope of the problem posed by drug trafficking, it is necessary for international public law to evolve and allow for a principle where all States would have jurisdiction by way of exception to the law of the flag State and thus represent a significant development in the fight against this type of unlawful activity. It would allow aligning international law regarding drug trafficking with the provisions that have long been in place for piracy*". It would involve aligning the fight against drug trafficking to the legal regime of the fight against piracy by way of the right of visit (Art. 110) and, seizure and prosecution (Art. 105) and creating a universal jurisdiction. The dissociation between the right to intervene and prosecute would be maintained, such as the prohibition of the transport of slaves (Art. 99) or the unauthorized broadcasting from the high seas (Art. 109).

Would it be possible to consider a reversed right of hot pursuit of defaulting Coastal State? The right of hot pursuit is granted to Coastal States in Article 111 in the United Nation Convention on the Law of the Sea and it can be pursued to high seas if the pursuit has not be been interrupted. Drug trafficking can be considered a threat to international peace and security in accordance with the provisions stipulated in Chapter VII of the Charter of the United Nations, Resolution 1817 of 11 June 2008, Resolution 1892 of 13 October 2009, and declarations of 15 October 2008 and 5 November 2009. Hot pursuit can be undertaken in areas under the jurisdiction of the pursuing Coastal State in the event it fails. Can the extraordinary session of the United Nations General Assembly—scheduled to be held in 2016 regarding the global drug problem—recognize the customary evolution of international law?

Michel MORIN (PhD in Law) is the former director of the Directorate-General of Maritime Affairs and Fisheries of the European Commission and addresses the *Fight against IUU Fishing and the State responsibilities*.

The acronym IUU stands for "illegal, unreported and unregulated fishing", or IUU fishing is a subject matter of great importance in the debate regarding the management of fisheries. The expression has been frequently used by international organizations, national administrations, the media and NGOs for the last fifteen years. It is used to describe vessels and harvesters who operate in violation of the laws of fishery and who are a threat to ocean ecosystems. The term also appears in lists of criminal offences committed at sea.

The expression was first used officially in 1997 at the 16th CCAMLR meeting. The CCAMLR (Committee for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources) was established by international convention in 1982 with the objective of conserving

Cap 0 Libro 2.pmd 21 15/09/2016, 20:49

Antarctic marine life[35]. IUU fishing appeared as a specific item on the meeting's agenda and a specific chapter was dedicated to this subject in the minutes (Chapter 5). The introduction to the chapter stated that *"the Commission had reviewed the evidence regarding illegal, unreported and unregulated fishing reported in the convention area by members and presented by the chairman of the Scientific Committee in his report to the Committee (see paragraph 4.10)".* It was within the framework of this Committee—which is the governing body of this regional fisheries management organization (RFMO)—that this expression was coined. The expression did not have any legal significance or scope and it only started appearing in the measures adopted by the CCAMLR during the 1999 session. No further precision of the expression was provided at that time. It was only in 2002 that the committee published a list of vessels identified as responsible for IUU fishing and that was one year after the adoption of the FAO's international action plan and fully made it clear what the expression meant.

This expression was more and more frequently used during FAO and UN meetings. For example, it was used during the resolution adopted in November 1999 by the United Nations General Assembly regarding the 1995 agreement on straddling stocks and highly migratory species[36]. This subject was addressed during the February 1999 FAO fisheries meeting and declared "it was concerned by the information provided, indicating an increase in IUU fishing". Some weeks later, in March 1999, during the FAO Member State ministerial Meeting on fisheries the Rome Declaration on the Implementation of the Code of Conduct for Responsible Fisheries[37] was adopted to fight IUU fishing. The expression IUU fishing brought together two elements that were not part of the same legal framework. Illegal fishing is firstly an issue of Member State rights, even if collaboration among States falls within the realm of international law. The result is an inherently confusing definition. Furthermore, the definition has a simplistic approach that does not address States that do not comply with the provisions and do not take the necessary measures to ensure sustainable stock management. In 2013, when the Faeroe Islands contested the total allowable catches of herring in the North Sea, the European Union could not appeal to its specific IUU fishing regulation. The European Commission, in the name of the European Union (UE) adopted measures against this territory in the form of an implementing regulation (No. 793/2013 of 21 August 2013[38]) based on Regulation No. 1026/2012 of 25 October 2012 adopted by the EU legislator (European Parliament and Commission) that enables States to act against States that allow non-sustainable fishing of shared stocks.

---

35) Commission for the conservation of Antarctic Marine Living Resources (CCAMLR), Web Site https://www.ccamlr.org

36) Resolution A/54/32 of 24 November 1999, available on: http://www.un.org/Depts/los/

37) Available on the FAO website at http://www.fao.org/docrep/005/x2220f/x2220f00.htm

38) When this measure was adopted, Denmark filed two actions in representation the Faeroe Island. An arbitration court was formed in accordance with Articles 287 and 288 of the UN Convention on the Law of the Sea and a special body was formed by the World Trade Organization (WTO). These two cases were closed when a mutual agreement was reached, following the repeal of the Regulation for Regulation No. 896/2014 of 18 August 2014.

Cap 0 Libro 2.pmd 22 15/09/2016, 20:49

There are several challenges that one faces to implement an international instrument that establishes a general framework where Port States efficiently collaborate to fight IUU fishing or illegal fishing and prevent IUU fishing products from being introduced in their territory. The Port State Control Agreement was adopted in 2009 within the framework of the FAO. Its objective is to encourage States where fishing products are unloaded to ensure these products do not result from IUU fishing[39]. Only 13 ratifications have been provided since the agreement was adopted 6 years ago and 25 are needed for the agreement to enter into force. Some States, such as the United States of America and Russia, were very active during negotiations and signed but did not ratify it. Other States were very active but did not sign it or ratify it. This is largely the case with countries from Eastern Asia who have fishing fleets that generate large amounts of fishing products (i.e. Japan, China and China). There is no real will on the international stage to fight illegal fishing.

Faced with this inertia, States that are most motivated to fight IUU fishing, have decided to take unilateral measures. This is the case with the European Union where Member States transferred their fishing powers. This was also the case with the United States of America. The European Union adopted a specific regulation (Regulation No. 1005/2008) to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing. The definition of IUU fishing is almost identical to that of the FAO's plan of action. The Regulation foresees the establishment of a list of IUU ships and countries not cooperating in the fight against IUU fishing. Since the first decision was adopted at the end of 2012, actions have been undertaken against eighteen (18) countries. Four (4) of these countries were deemed as non-cooperative (Belize, Cambodia, Guinea and Sri-Lanka). In the case of Belize, the situation improved and it was removed from the list at the beginning of 2014. Actions brought against countries such as Korea, the Philippines, Panama, Togo Vanuatu were successful so that in the end the EU did not list them as non-cooperative. There are currently actions against Ghana, Papua-New Guinea and Curacao (a Dutch territory that is not part of the EU).

In the United States of America, the 2006 Magnusson-Stevens Fishery Conservation and Management Reauthorization Act is the primary law governing marine fisheries management in U.S federal waters. The procedure is very similar to that of the EU. However, this instrument is less ambitious because it is only applicable to non-member states as a flag State. This law requires the American Administration to present a report to Congress every two years, identifying non-member countries engaged in IUU fishing activities. The report presented at the beginning of 2015 indicated that Spain and Italy had been directly consulted, and not the European Union, even if it is the European Union that represents the interests of these two countries at the ICCAT (International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas) and NAFO

39) MORIN M., " L'accord FAO sur les mesures de contrôle des navires par l'Etat du port " in *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Tome XXVIII, 2010, Centre de Droit Maritime et Océanique, université de Nantes, pp. 393-410.

Cap 0 Libro 2.pmd 23 15/09/2016, 20:49

(Northwest Atlantic Fisheries Organization) within the framework of its exclusive power. The fact that these EU Member States were directly consulted goes against the International Tribunal for the Law of the Sea's opinion of 2 April 2015 that deemed that in the case of an international organization where Member States have transferred their powers regarding fishing, the obligations of these States become those of the international organization[40].

The use of the term IUU fishing seems to create uncertainty regarding the responsibilities of fishing stakeholders. These include seafarers and States (be it flag States, port States, market States or coastal States). Coastal States need to implement maritime surveillance measures to protect fishery resources in Exclusive Economic Zones (EEZ).

Jun NOHARA, PhD candidate, Department of Advanced Social and International Studies, University of Tokyo, deals with the topic *The legal nature of fishing activities in contested maritime areas and its impact on maritime surveillance: the case of China, Taiwan and Japan*.

The end of the Pacific War saw the development of three structurally defining features of fishing activities in East Asia: 1) the development of the United Nations Convention on the Law of the Seas (UNCLOS), 2) the crystallization of territorial conflicts mostly located in maritime areas, and 3) the rapidly growing rate of fishing industries coupled with the equally rapid depletion of fish stocks in territorial waters.

Sino-Japanese relations have normalized in 1972, and the two countries have signed the Treaty of Peace and Friendship between Japan and People's Republic of China in 1978. Following the normalization, it was later replaced by an official agreement in 1975. It was further updated by the Sino-Japanese fisheries agreement of 1997, following the coming into force of the UNCLOS. This new agreement came into effect in 2000 for an initial period of 5 years, and was later extended. It established a common fishing zone in the East China Sea, called the Provisional Measures Zone (PMZ), notably encompassing the disputed EEZ delimitations in order to shelve territorial problems and avoid serious legal hurdles regarding cooperation on fisheries. The zone is administered by a Joint Fisheries Committee (JFC, the successor of the Joint Fisheries Council established by the 1975 agreement), whose role is to recommend fishing quotas, act as a forum for dialogue between the two parties, to take measures for the conservation of resources, and to calculate the number of fishing vessels allowed in the fishing zones as well as the Total Allowed Catches (TAC).

40) TIDM, Case No. 21, Request for an advisory opinion from the Subregional Fisheries Commission (CSRP), Advistory opinion of 2 April 2015, https://www.itlos.org/fr/affaires/role-des-affaires/affaire-no-21/

Cap 0 Libro 2.pmd 24 15/09/2016, 20:49

However, when Japan refused to recognize ROC, it prevented State-to-State fishery agreement from being implemented. While the legally ambiguous status of the ROC did not prevent the establishment of other types of conventions between Taiwan and Japan, the territorial dispute regarding the Senkaku/Diaoyu islands has also been an important factor in thwarting the possibility of any treaty between the two parties. However, after 16 fruitless rounds of talks initiated in 1997 until 2009, the two parties have reached a fishery agreement in 2013 on the private sector level[41], encompassing the EEZ around the Senkaku/Diaoyu islands, a fish abundant zone coveted by fishermen of all parties involved. This agreement, signed on the 10th of April 2013, was perceived, or promoted as the results of the East China Sea Peace Initiative, which had been deemed necessary after the uproar provoked by the Japanese nationalization of the Senkaku/Diaoyu islands in 2012, and to avoid dangerous occurrences such as the dispatching of more than 200 Taiwanese fishermen escorted by 12 ships of the ROCCG, and countered by 34 JCG vessels in the following months after the nationalization incident.

Regarding the Senkaku/Diaoyu islands territorial waters, both parties stood their grounds and reasserted their rights, with Japan and Taiwan both stating that their respective maritime agencies will continue to perform law enforcement in these waters. The tumultuous nature of the cross-Strait relations strongly impacts fishing issues between the two countries, PRC and ROC. To oversimplify this complex matter, the absence of mutual recognition of each other's government has impeded the possibility of coordination and official fishery agreement[42]. However, their geographical proximity leads the two countries to deal with fishing activities in their respective maritime zones on a daily basis[43]. At the beginning of the 1990s, the two actors joined the negotiation table in order to solve bilateral issues, attempting to smoothen the relationship between Taipei and Beijing. However, recognizing the importance of fishing issues, and the usefulness of these issues as a means to channel further rapprochement between Taipei and Beijing, the two parties continued to make attempts at initiating cooperation regarding fishing activities. In 2010, China and Taiwan signed the Cross-Strait Agreement on Cooperation in Respect of Fishing Crew Affairs, allowing Taiwanese fishing boat owners to hire mainland Chinese in order to face manpower shortage. On January 20, 2015, a senior official announced that Mainland China would promote measures aiming at facilitating fishing and agriculture cooperation.

---

41) LE MESTRE R., « Avis de tempête en Mer de Chine orientale – Le conflit entre la Chine populaire, Taïwan et le Japon à propos de la souveraineté sur les îles Diaoyu/Senkaku », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, université de Nantes, tome XXXIII, 2015, pp. 41-70.

42) "Another example of increased Taiwan-Mainland fisheries interaction was a two-day seminar in Taipei in May 1996, attended by a twenty-nine-member delegation from the mainland to exchange views on cross-strait fisheries cooperation", in Ralph N. CLOUGH, "Cooperation or Conflict in the Taiwan Strait?" Rowman & Littlefield, 2000, p. 62.

43) The statistical data available highlights the importance of this issue. The Taiwanese Coast Guards report 2382 trespassing fishing vessels, of which 2318 were Mainland Chinese. 840 were reported by the Matsu and Kinmen offshore flotilla (plus 91 for the Penghu offshore flotilla) for the year 2013. A peak of 9281 trespassing fishing vessels was reported in 2010, a record high over the past fourteen years.

Cap 0 Libro 2.pmd 25 15/09/2016, 20:49

According to the agreement of 2013, the maritime surveillance of Taiwanese and Japanese fishermen in the area covered by the accord is normally insured by the maritime agencies of the respective countries (in this case, the ROC Fisheries Agency, and the Japanese Fisheries Agency). Fishing vessels are subject to the law and regulations of their own country (Flag State principle). Prior to the agreement, the JCG had the upper hand in contested maritime surveillance activities in the vicinity of the Senkaku/Diaoyu islands due to the higher quantity and quality of its vessels. While the Senkaku/Diaoyu islands area is considered by Taiwanese fishermen as a traditional fishing ground since the colonial era[44], the overall number of incidents between the two countries remains relatively low, especially compared to that of China and Taiwan. To the eyes of Beijing, laws and regulations of the mainland such as the mid-summer fishing moratorium apply to Taiwanese fishermen, and the latter are tacitly allowed to operate in the vicinity of mainland coast waters[45].

The recent example of the Chinese fishing boats illegally operating near the Ogasawara archipelago highlights the weaknesses of the surveillance apparatus. Illegal fishing activities do not need international legal loopholes to take place, and the recent examples of nearly 200 Mainland Chinese coral poachers illegally trespassing in Japanese EEZ around the Ogasawara islands act as such a reminder, although one can safely assume that the pre-existing political situation between the PRC and the ROC has no doubt had a role to play. Behind this phenomenon, there are underlying causes that drive illegal fishing.

The future trend in maritime surveillance on fishing activities in this area and elsewhere is most likely two fold. 1) In terms of "repression", the growing use of technologies such as satellites and drones will help monitor the activity of fishing vessels and enhance the efficiency of coast guards, although their currently limited means will still remain a problem. Overall situational awareness does not necessarily mean that the relevant agencies will have the means at their disposals to tackle these issues, especially if the current economic pressures continue. 2) In terms of "prevention", an often overlooked but equally primordial way to curb problems of illegal fishing is the management of domestic fishing industries. Tailoring the size of fishing fleets to the needs of the market and the availability of fish stocks is indubitably an essential means in improving efficient maritime surveillance at sea. For example, faced with a set of factors and conjunctures, the Taiwanese fishing industry has been forced to curtail its fishing fleet and help with the reconversion of fishermen. It may even be possible to consider the strengthening of fishing agreements and the development of joint management of disputed maritime areas as a means to promote political dialogue between the parties on a comprehensive level and avoid further incidents involving fishermen and Coast Guards.

---

44) Ibidem. p. 295.

45) H.S. TSENG, C.H. Ou, "Taiwan and China, a Unique Fisheries Relationship", Marine Policy, Vol.34, 2010, p. 1158.

Cap 0 Libro 2.pmd 26 15/09/2016, 20:49

Makoto SETA, Associate Professor, Association of International Arts and Science, Yokohama City University, *A murder at sea isn't just a murder! The expanding scope universal jurisdiction under the SUA Convention*.

The statement questions the status of territorial waters and their relation with the right of innocent passage. The peaceful use of oceans "the humane sea" seems to clash with the very notion of the parent sea, an issue arising from the appropriation of ocean spaces.

One of the treaties which give the role to non-flag/coastal States to maintain the order of the ocean is the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (the SUA Convention). This Convention was concluded as the result of the *Achille Lauro* incident just 30 years ago. After the incident, not only Italy whose flag *Achille Lauro* flew, but also United States, a national State of victim, claim to exercise its jurisdiction over suspects of the incident. Therefore, many States feel it is necessary to coordinate jurisdiction of States and for that purpose the SUA Convention was adopted. The SUA Convention was adopted as one of the counter-terrorism conventions which deter and punish terrorist activities, such as the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (the Hague Convention).

As a result, Article 3(1) of the SUA Convention is provided as: 1. Any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally:

(a) seizes or exercises control over a ship by force or threat thereof or any other form of intimidation; or

(b) performs an act of violence against a person on board a ship **if that act is likely to endanger the safe navigation of that ship**; or

(c) destroys a ship or causes damage to a ship or to its cargo which is likely to endanger the safe navigation of that ship; or

(d) places or causes to be placed on a ship, by any means whatsoever, a device or substance which is likely to destroy that ship, or cause damage to that ship or its cargo which endangers or is likely to endanger the safe navigation of that ship; or

(e) destroys or seriously damages maritime navigational facilities or seriously interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safe navigation of a ship; or

(f) communicates information which he knows to be false, thereby endangering the safe navigation of a ship; or

(g) injures or kills any person, in connection with the commission or the attempted commission of any of the offences set forth in subparagraphs (a) to (f).

While in its preamble, the SUA Convention declares it is the Convention to fight against terrorism, Article 3 of the Convention does not refer the word "terrorism" at all as in the same vein as other counter-terrorism conventions. Paragraph 1 of this Article

Cap 0 Libro 2.pmd 27 15/09/2016, 20:49

criminalizes wide range of violent activity on the sea. However, unless that act is likely to endanger the safe navigation of a ship, the act does not fall within the scope of the Convention.

Article 4 of the Convention stipulates the scope of application in terms of vessels. Paragraph 1 of Article 4 says the Convention is only applied to a vessel which "is navigating or is scheduled to navigate into, through or from waters beyond the outer limit of the territorial sea of a single State, or the lateral limits of its territorial sea with adjacent States." Therefore, unlike piracy which is limited to the act on the high seas, even an act on the territorial water can be a crime of SUA Convention. Moreover, paragraph 2, which is in line with the Hague and Montreal Convention against hijacking, allows contracting parties to apply the Convention to the case not under paragraph 1, because if a suspect is found in the contracting party, that fact gives an international element.

The application of the SUA Convention to acts distinct from the *Achille Lauro* type act is confirmed in a municipal court of other States, such as India and Korea. To illustrate, in India, in the course of *Enrica Lexie* Incident, which is now pending before the compulsory dispute settlement mechanism under the UNCLOS, the Kerala High Court seemed to admit the shooting of Indian fisheries by the Italian soldiers fall within the scope of a crime provided under the SUA Convention[46]. Also, the Korean Courts applied its municipal law to implement the SUA Convention to the case of Somali piracy. Considering these facts, the way to interpret Article 3 of the SUA Convention broadly, i.e. in the way to include acts distinct from the *Achille Lauro* type act seems to have been established. In other words, not only the *Achille Lauro* type act, but also just a murder fall within the scope of the crime under the SUA Convention.

With regard to the basis of this jurisdiction of a custodial State, the ICJ characterized the jurisdiction as "universal jurisdiction".[47] However, in its judgment, the ICJ used the term "universal jurisdiction" without clarifying its meaning or implication. On this point, it should be noted that universal jurisdiction is defined as jurisdiction exercised by a State that does not have any connection to the object of jurisdiction.[48] Based on this definition, the bases of jurisdiction of a custodial State depends on whether there is a connection between that State and the object of jurisdiction. More concretely, whether the existence of a suspect is regarded as connection or not is a mile stone. Given the fact that universal jurisdiction is exercised by a State which does not have any connection with the object of jurisdiction, the rationale of universal jurisdiction must be considered in a different way from other grounds of jurisdiction, such as territorial principle or personality principle. Consequently, as the SUA crime is subject to universal

46) Massimilano Latorre Vs. Union of India, (29 May 2012), The High Court of Kerala, Case No. 4542, para. 20.

47) Ibid., para. 91.

Cap 0 Libro 2.pmd 28 15/09/2016, 20:49

jurisdiction, the crime is supposed to violate the interest of international community. Actually, Security Council admits that State should police pirates within territorial sea as well as on the high seas for the purpose of effective arrest over them.[49] This approach is confirmed by the preamble of the SUA convention, according to which the occurrence of the unlawful acts against the safety on maritime navigation is a matter of grave concern to the international community as a whole, without separating maritime areas. The right of innocent passage is not granted by a coastal State *ex gragia*, but the right in strict sense.

The jurisdiction of a Custodial State is explained to be based on the universality principle from both perspectives of definition of universal jurisdiction and its rationale. At the same time, this rationale has an impact on the law of the sea, especially the legal character of the territorial sea, since the rationale dilutes the sovereignty of coastal States over its territorial water. However, the current trend of Ocean Governance tends to regulate and manage the ocean as a whole, not only based on the zonal management approach.[50] The expanding scope of universal jurisdiction under the SUA Convention is in line with this trend.

The law faced with human-generated safety challenges, under the chairmanship of Professor **Jean-Paul PANCRACIO** addresses the issue of forced labour in the marine fishing industry, the respect of fundamental rights in the fight against illegal trafficking, the capacity of the European Union (a regional player) to partake in a universal action to fight piracy, the fate of shipwrecked sailors, can the Mediterranean Sea be a non-right area for boat people, the response of States in the fight against unlawful actions at sea.

Laura Van VOORHEES, Master of Arts in Law and Diplomacy, PhD, Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, Medford, Massachusetts, *Tackling Forced Labor Issues in the Fishing Industry*.

There are 200 million people who rely on fisheries, aquaculture and related activities and over 20% of the world's 38 million full-time fishers earn less than 1 U.S. Dollar per day and come from developing countries. The ocean and the resources that it provides are vital to human survival, yet its sheer vastness poses challenges to regulating this space, adding to its mysteries and challenges. In an industry that is dangerous in the best of circumstances –International Maritime Organization (IMO) reports that the

---

48) SETA M. (2014), "How do We Justify Unilateral Exercise of Port State Jurisdiction?: The Challenge by the EU in Protecting the Marine Environment", in SANCIN V. and DINE M. K. (eds.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges in 2014*, 484.

49) For example, see paragraph 7 of SC Res 1816, UN Doc S/RES/1816 (2 June 2008) ('Resolution 1816').

50) For example, see TANAKA Y. (2008), *A Dual Approach to Ocean Governance: The Case of Zonal and Integrated Management in International Law of the Sea*, p. 18, footnote 71 and 21.

Cap 0 Libro 2.pmd 29 15/09/2016, 20:49

annual loss of human life due to fishing practices is 24,000 people– forced labor conditions have a devastating effect.

In the Cost of Coercion report, the International Labor Organization (ILO) explains that the fishing industry is particularly vulnerable to abuse in recruiting practices, and "the isolation and confined circumstances of this group of workers, together with frequent difficulties in identifying legal liabilities towards crews, can make them particularly vulnerable…"[51] Furthermore, IMO identifies the need for balancing efficient business practices with preventing forced labor arrangements and abuses. The most universally recognized definition of forced labor is that of the International Labor Organization Convention 29 (1930), which defines forced labor as "all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily."[52]

Helen SAMPSON's ethnography chronicling life on shipping vessels offers insights into the reality of maritime social spaces, highlighting some of the evolving practices in maritime vessel management that could lead to situations of abuse. In her words, "more often than not, however, life aboard a merchant cargo vessel is noisy, lonely, and dangerous. Seafarers are vulnerable workers. They work on very long, generally temporary, contracts and can be hired and fired at will."[53] Helen SAMPSON goes on to describe how the traditional management hierarchy on sea vessels can create a situation where workers can easily be exploited with little opportunity for redress. Even with labor regulations, these conventions do not diminish the intensity of social space on board ships, where captains are largely in charge to "structure the social space on board."[54] As H. SAMPSON describes, "as a consequence of a remarkably strong hierarchy, combined with the traditions of the sea, captains have the capacity, and the power, to perpetuate systematic abuses against seafarers aboard."[55] This type of abuse, when taken to the extreme, could devolve into slave-like conditions.

The high seas could be one of the most challenging domains to regulate – the right of every nation and the responsibility of no nation. The maritime legislation ratified in this space reflects these tensions: attempting to balance diametrically opposed forces – openness and ownership. The openness to navigate the seas unhindered and the communal sense of ownership that is necessary to deter greedy and unabashed consumption of maritime life, environmental resources, and human capital need to be

---

51) International Labour Organization, *The Cost of Coercio*n, p. 28.

52) International Labour Organization, *Combating Forced Labour: A Handbook for Employers and Business* (Geneva: ILO [2008a]).

53) SAMPSON H. (2013), *International Seafarers and Transnationalism in the Twenty-First Centur*y, Manchester University Press, p. 28.

54) Ibid. 79.

55) Ibid. 83.

Cap 0 Libro 2.pmd 30 15/09/2016, 20:49

balanced. Consequently, the scale of maritime jurisprudence favors openness at the expense of ownership. Maritime legislation identifies the plethora of issues contributing to forced labor including: fraudulent employment documents, excessive overtime, lack of adequate training, flags of convenience, constant reflagging, and transshipment. However, maritime legislation does not name an overarching authority with the power to police the high seas, instead leaving it to flag states and port states to regulate and monitor vessel activity.

Furthermore, environmental degradation exacerbates poor labor conditions on fishing vessels. As fishing stocks become more depleted, competition for limited resources increases, driving vessels to cut costs –including labor– in order to continue to operate, given lower profit margins. Vessels need to travel much further into deep waters in order to reach stocks that have not yet been depleted. Operating in the maritime global commons tempts fishing establishments to focus on short-term incentives – defecting from stewardship of these shared resources. However, this is a narrow, short-term view of business incentives, ultimately leading to behaviors that are detrimental to the longevity of the fishing industry. Lacking any overarching authority with the power to police the high seas, flag states and port states are left to regulate and monitor vessel activity. Even so, fishing vessels are often exempt from the stricter regulations imposed on shipping vessels. Maritime legislation does not account for the power dynamics between supplier and retailer nations ultimately creating a transnational vacuum of authority: an *ipso facto* zone of impunity.

Arnaud MONTAS, Lecturer, Amure, University of Brest, addresses *Maritime migrants before the European Court for Human Rights*.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms adopted by the European Commission in 1950 invites several possible interpretations and an extensive case-law of the European Court for Human Rights (hereinafter the ECHR). It concerns both the protection of substantive and procedural rights. The European convention and case law are envisaged in the fight against illegal trafficking at sea. Substantive right protection includes the prohibition of torture, of degrading and inhumane treatment (Art. 3) and is absolute in scope. In regards to Cyprus, the ECHR determined, in 2010, that an investigation regarding the expulsion of a Ukrainian seafarer and the treatment he could have been subjected to. No one, sailor or castaway, shall be extradited to a country deemed dangerous. Article 10, Freedom of Expression, in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms includes restrictions or limits because of a necessary legal interference to protect general interests. In 2009, the European Court, in the Women on Waves case[56], addressed the subject of abortion but also the use of

56) HERVIEU N., « Avortement au Portugal : liberté d'expression et interdiction des actions en faveur de la dépénalisation », (CEDH 3 février 2009, Women On Waves et autres c. Portugal), http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2009/02/04/avortement-au-portugal-liberte-dexpression-et-

Cap 0 Libro 2.pmd 31 15/09/2016, 20:49

the sea. The Dutch association attempted to bring the ship "Bomdiep" to a Portuguese port in order to organize information sessions on the voluntary termination of a pregnancy. The Portuguese government decided to not allow the ship from entering its territorial waters and sent a warship to block the ship's passage. After unsuccessful internal appeals, the Dutch association and the two hosting Portuguese associations appealed to the ECHR in Strasbourg and declared that this decision constituted a violation of the freedom of expression. The Court noted that the case was at a crossroads between freedom of expression (Art. 10) and freedom of assembly and association (Art. 11). The Portuguese decision to intervene constituted an interference with the freedom of expression and notes that this interference corresponds to the first two conditions of conventionality; it is established by the law (in this case, the Montego Bay Convention on the Law of the Sea of 1982 that defines the access conditions to territorial waters) and it pursue a legitimate aim, the protection of public safety, order and health. However, the Court—in regards to the need for the interference—reminded that "*the essence [of the freedom of assembly and association] is that all citizens are provided with the opportunity to express their opinion and objections, to appeal any decision taken by a power, whatever it may be"* and that "*the manner information and ideas regarding said views are distributed is also protected by the Convention*". If petitioners had been able to disembark and gather freely on land, they were stopped from *"leading a symbolic demonstration of protest regarding a legislation they consider unjust or that violates the fundamental rights and freedoms"*. Thus, the Court acknowledges *"the crucial importance for the petitioners [to use] the mode of dissemination of information and ideas"* of their choice, in this case the ship (§ 39). *"It is precisely when we present ideas that offend, shock and challenge public order that the freedom of expression is the most precious"* (§ 42).

The European Convention also considers the respect of procedural rights. Article 5 stipulates the Right to freedom and security, in particular regarding Commander Mangouras, captain of Prestige, the oil tanker sailing under the Maltese flag that sunk off the coast of Spain in December 2002 and polluted 400 km of coastline. In 2010, the Grand Chamber of the ECHR confirmed the 2009 ruling[57]. In the initial proceeding, regarding offences against natural resources and the environment, the Captain was placed under provisional custody with the possibility of parole by payment of a euros

interdiction-des-actions-en-faveur-de-la-depenalisation-cedh-3-fevrier-2009-women-on-waves-et-autres-c-portugal-par-n-hervieu/

57) HERVIEU N., « *Polluer gravement la mer peut coûter cher en caution, Détention provisoire au titre d'infractions de nature environnementale et fixation du montant de la caution* » (CEDH, Gr. Ch. 28 septembre 2010, Mangouras c. Espagne) http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/09/30/polluer-gravement-la-mer-peut-couter-cher-en-caution-cedh-gc-28-septembre-2010-mangouras-c-espagne/ - CHAUMETTE P., « *La capitaine d'un pétrolier, gardien de la protection de l'environnement. Quel Prestige ?* », CEDH, 3ème section, 8 janvier 2009, affaire Mangouras c. Espagne*, Neptunus e-revue, Vol. 15, 2009/2, http://www.cdmo.univ-nantes.fr/96053546/0/fiche___pagelibre/&RH=1339768387194&RF=1342096033565*

Cap 0 Libro 2.pmd 32 15/09/2016, 20:49

3 million bail. The accused contested the amount as disproportionate in regards to his personal situation but was unsuccessful. He was however freed after being detained for 83 days, after the insurance company covering the Prestige's shipowner posted a bank guarantee. The Grand Chamber had received the appeal to the bail but upheld that the detainee's right to freedom and security (Art. 5) had not been violated with a majority of 10 votes in favour and with 7 votes against. This ruling remarkably illustrates two notable case study trends of the Strasbourg Jurisprudence: the reinforcement of the legitimacy of the objective of environment protection and the use of international and European instrument -of any kind- from outside the conventional system. Allowing national judges to set bail based on a profession and with a consequent margin of discretion, these judges are aware of local realities and are thus better placed than the international judge to pass rulings. The Court legitimises the considerations of marine pollution cases that have transnational dimensions. European judges do not hesitate to use the *International Court of the Law of the Sea* process (referred to in § 46-47) that also takes into consideration "*the seriousness of alleged infringements and applicable sanctions*" (§ 89). Without it being conclusive, subpoenas issued by specialised courts tend to respond adequately to third parties (thirteen shipowner and seafarer organizations) that appropriately mentioned these decisions and denounced "*the increasing criminalization of seafarer acts*" regarding the environment (§ 77).

The fight against drug trafficking led the ECHR condemn France for violating Article 5.1 on 10 July 2008. The public prosecutor is not a competent "*judicial authority*" for the purposes of the Convention and is not fit to decide and control the deprivation of liberty. After being informed that the ship *Le Winner,* flying the Cambodian flag, was likely to be transporting drugs, the French authorities requested and obtained authorisation from Cambodian authorities to board. A French military ship was intercepted and stopped *Le Winner* by armed force near Cape Verde, off the coast of Africa. The French soldiers arrested the ship's crew members and were held in custody on board for thirteen days while the ship sailed to the Port of Brest. When they set foot on French soil, the crew members were immediately placed in police custody—which was extended twice by the examining magistrate—before being charged with drug trafficking and taken into custody[58]. The Court ruled that the two to three days they were held in custody on French soil was reasonable. However, the Court pointed out for the second time that Winner crew members had not been arrested under the supervision of a competent judicial authority, within the meaning of Article 5 [the public prosecutor does not qualify as such)(§ 68)]. This question repeatedly appears regarding the fight against drug trafficking at sea. The case of Vassis and Others v. France is also named after its two protagonists. *Junior*, a cargo ship flying a Panamanian flag suspected of trafficking along the western coast of Africa and

58) HERVIEU N., CEDH, 5e Sect. 10 juillet 2008, Medvedyev c. France, req. nº 3394/03, http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2008/09/13/cour-edh-5e-sect-10-juillet-2008-medvedyev-c-france-par-nicolas-hervieu/
CEDH, Gr. Ch. 29 mars 2010, Medvedyev et autres c/ France.

Cap 0 Libro 2.pmd 33 15/09/2016, 20:49

Tonnerre, a French military helicopter was requested by the OCERTID (the Central Office Against Illegal Drug Trafficking) to intercept *Junior* south-west from Conakry (Guinea) and about 300 km from the coast on 7 February 2008. After the French commando intercepted Junior, the Panamanian authorities agreed to transfer their jurisdiction in favour of France. On 10 February 2008, *Junior* was diverted to Brest with its nine crew members on board and in the custody of the marines. On 25 February 2008, 19 days after *Junior* had been intercepted, it docked in the Port of Brest[59]. The arrest and custody were contested before French courts that threw out the appeals[60]. The ECHR confirmed that jurisdictional control of an arrest must comply with three main requirements: it must be speedy, automatic and performed by a magistrate "*offering all the requisite guarantees of independence to the Executive body and parties*" and be fitted with "*the power to order the release*". Judicial powers continued to allow the delay the maritime transport until the ship reached a French port. The 48 hours of detention are not justifiable after being denied freedom for 18 days. Law No. 2011-13 of 5 January 2011regarding the fight against piracy and the exercise of State policing powers at sea, clarified the naval forces conditions of intervention. The law of 14 April 2011 regarding custody stipulates that "*when custody is extended and this extension was not ordered by a liberty and detention judge or an examining magistrate, detainees must be presented before a court in the area of jurisdiction or, failing that, before a liberty and detention judge within 24 hours*" (Art. 17)

The respect of procedural rights is found in the migration by sea. Mass expulsions are prohibited and cases need to be studied on a case-by-case basis (Art. 4, Protocol No.4[61]. Even in cases of emergency, such as the case of the fire in the reception centre on the Italian island of Lampedusa, after the arrival of 55,300 people to the island, if the refugees can be detained on a ship in Palermo and extradited to Tunisia by plane, procedural rights must be respected. The ECHR concluded that the conditions of detention undermined human dignity (refugees were deprived of port toilets and showers, overpopulated, sleeping on the floor without mats, limited distribution of running water, prohibition to contact the outside world) but also the absence of the

59) In the same way, ECHR 27 June 2013, Vassis c. France, HERVIEU N., « Nouveau coup de semonce européen sur la garde à vue et le rôle du parquet français » [PDF] in *Lettre " Actualités Droits-Libertés " du CREDOF*, 1er juillet 2013.

60) Cass. crim., 29 April 2009, No. 09-80157.

61) CEDH, Gr. Ch, Hirsi Jamaa et autres c. Italie, 23 février 2012, Req. n° 27765/09 - B. RYAN & V. MITSILEGAS, *Extraterritorial immigration control–Legal Challenges*, Ed. Martinus Nijhoff, 2010 - N. RONZITTI, "Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea", Liber Amicorum Judge Shigeru Oda, Vol. 2, La Haye, Kluwer Law International, 2002 – LEBOEUF C, « Contrôle et gestion des flux migratoires aux frontières Sud de l'Union européenne », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique* (*ADMO*), université de Nantes, t. XXIX, 2011, pp. 179-192 – NERI K., « Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer », *Revue Québécoise de Droit International* (RQDI), 123, vol. 26.1, 2013, 31p., http://www.sqdi.org/fr/revue-collection-v26n1-5.html
HERVIEU N., « Interception et refoulement des migrants en haute mer : la Méditerranée n'est pas une zone de non droit(s) – Appréhension conventionnelle inédite de la pratique d'interception et de refoulement des groupes de réfugiés haute mer ».

Cap 0 Libro 2.pmd 34 15/09/2016, 20:49

legal basis for the mass expulsions since the motives for the detention were not communicated and no appeals were filed*: "The decree of deportation did not refer to their personal situation"*[62].

Gwenaele PROUTIÈRE-MAULION, Lecturer, CDMO, University of Nantes, VP-European affairs and international relations, addresses *From the EU's ability as a regional player to develop a universal action. From the fight against piracy to the fight against traffickers and smugglers in the context of immigration.*

The European Union was a secondary actor in the resolution of the Balkan conflict during the 19990s. Member States were unable to shape the common and foreign and security policy (CFSP). However, the European Union was able to assert itself, quite unexpectedly, as an essential actor in securing maritime transport through the deployment of Operation ATALANTA in a region with multiple geo-strategic issues during. This policy aims at controlling piracy but also equip littoral States with the legal structures so they can be autonomous in the fight against this type of violence at sea. Beyond the armed combat against maritime piracy, ATALANTA operation is part of a comprehensive plan that strives not only to eradicate piracy but above all put forth a new model of construction for developing countries. It is worth considering if this is an ad hoc model or if this model could be applied to fight other types of illegal trafficking, especially smugglers and traffickers of human beings[63]. Operation ATALANTA is a European Union military operation to contribute to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast[64].

The assistance provided to Somalia was closely coordinated with the political dialogue led by the EU with the federal government and other Somalian authorities, and cooperation regarding the fight against piracy constitutes an important aspect of this dialogue. It was completed by the entry in force of EUCAP Nestor in 2012. EUCAP Nestor is a civilian mission which assists host countries in developing a self-sustainable capacity for continued enhancement of the maritime security and mandated to work

http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/02/29/interception-et-refoulement-des-migrants-en-haute-mer-la-mediterranee-nest-pas-une-zone-de-non-droits-cedh-g-c-23-fevrier-2012-hirsi-jamaa-et-autres-c-italie/

62) ECHR 1 September 2015, Khlaifia and Others v. Italy, Req. No. 16483/12 – TEPHANY Y., « Migrants à Lampedusa, condamnation de l'Italie par la CEDH », 7 septembre 2015, https://humansea.hypotheses.org/329

63) DERENNE E., « Le trafic illicite de migrants en Mer Méditerranée : une menace criminelle sous contrôle ? », Institut National des Hautes Etudes de la Sécurité et de la Justice, février 2013, http://www.inhesj.fr/sites/default/files/trafic_illicite_de_migrants_v2.pdf

64) Since the Atalanta operation was successful it led to the EU announcing the development of a new operation in January 2013. This time its mission would be to reinforce security in the Gulf of Guinea. The Critical Maritime Routes in the Gulf of Guinea Programme (CRIMGO) trains coast guards and secure major maritime routes.

Cap 0 Libro 2.pmd 35 15/09/2016, 20:49

across the five countries of the Horn of Africa and Western Indian Ocean, under the auspices of the CSDP and reinforced by military forces[65].

Since early 2015, the European Union is faced with a record number of refugees and migrants reaching its borders. The European agency, Frontex, has reported that over 500,000 men, women and children have reached European borders during the first eight months of the year compared to 280,000 for the entire year of 2014[66]. An estimated 3,000 have died or gone missing at sea while crossing the Mediterranean Sea in 2015 and almost 10,000 in three years[67]. The European Union is facing an unprecedented crisis and it must respond in coherence with the objectives of its development aid policy. It deployed the military operation EUNAVFOR-MED in June 2015[68] to dismantle the networks of smugglers and traffickers who are responsible for the deaths of people at sea. This operation is again part of a comprehensive approach adopted by the European Union regarding its migration policies to target both the current symptoms and the root cause of the phenomena such as wars, poverty, climate change and persecutions. This naval operation is reinforced by the presence of the EU in the Mediterranean through the operations conducted by the European agency Frontex (Triton and Poséidon).

Beyond the internal debates among Member States, the European Union is slowly building a crisis management model for maritime traffic that is based on the use of coercive, non-coercive and cooperative measures that provides a new production of international influence. This can be defined as the ability to impose a certain number of values and norms in international governance[69]. It strives to build a European Union Maritime Security Strategy (EUMSS)[70]. On 9 October, the United Nations Security Council adopted Resolution 2240 (2015), authorizing Member States to intercept vessels off the Libyan coast, suspected of migrant smuggling for a period of a year. It also authorises Member States to inspect and seize vessel being used to traffic migrants and human beings from Libya[71].

---

65) EUCAP NESTOR is comprised of three pillars that address three main objectives: reinforce the rule of law in the countries where it operates; reinforce access to the sea in Djibouti and the Seychelles by reinforcing the coast; support the training of coast guards and police officers in Somalia.

66) Le Monde.fr, 15 sept. 2015.

67) www.iom.int/fr

68) EU, Decision 2015/972, 22 juin 2015, JOUE L 157, p. 51.

69) BULL H., "Civilian Power Europe: A Contradiction in Terms?", *Journal of Common Market Studies,* Vol. 21, No.1 and 2, December 1982. Lucien SÈVE, *Commencer par les fins*, La Dispute, 1999, p. 133.

70) EU Council, General Affairs, 24 June 2014, 11205/14 - MARTIN J. Chr., « L'Union Européenne et la lutte contre la piraterie, contre tout trafic illicite et contre le terrorisme en mer », in *Droit international de la mer et droit de l'Union européenne - Cohabitation, confrontation, coopération ?*, Colloque Indemer, Ed. A. Pédone, Paris 2014, p. 147 and s.

71) Resolution 2240 (2015), adopted by the Security Council during its 7531th session, 9 October 2015, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2240%282015%29 http://www.un.org/press/fr/2015/cs12072.doc.htm

Cap 0 Libro 2.pmd 36 15/09/2016, 20:49

Claire SAAS, Lecturer, the Law of Social Change, University of Nantes, *The Mediterranean, a lawless for boat-people?*

Naval presence in the Mediterranean has grown significantly as a result of the following operations: NATO Active Endeavour since October 2001; FRONTEX since 2005; Unified Protector in 2011, after the UN Security Council adopted Resolution 1973 (2011) regarding the situation in Libya[72]; and EUNAVFOR MED since 2015, following the Italian-led operation Mare Nostrum. Nonetheless, an average of 29,000 people have drowned since 1988 according to the UN High Commission for Refugees (hereinafter UNHCR). According to the UNHCR, there were over 3,500 deaths in 2014 and at least 3,000 in 2015. Two contrasting trends have been identified; on one hand, surveillance of external borders, pre-border migration detection and refoulement operations and on the other sea rescue operations (through the Italian-led measures Mare Nostrum) and the private-charter rescue ships.

States must 1) allow inoffensive rights of ways into their territorial waters in accordance with the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS); 2) provide assistance to persons in distress at sea; 3) disembark castaways in safe locations so that each situation can be examined; 4) ensure international conventions regarding human rights and the right to asylum are respected.

The case known as *left-to-die boat*[73] illustrates the human dimension of these tragedies and the challenges of the current situation. The Guardian reported on 8 May 2011 that a Zodiac left Tripoli at the end of March 2011 with 72 people on board for Lampedusa. The trip was plagued with difficulties such as shortages of gas, food and water. The skiff drifted and came across several ships, air force planes and helicopters. It was in Maltese SAR waters and in the area under NATO maritime surveillance. Nine (9) survivors are returned to Libya mid-April. An international working group is created which gave rise to complaints being filed in Belgian, Spanish, French and Italian criminal courts. Requests for information were also filed in Canada, the USA

72) The Security Council deplored the fact that the Libyan Authorities were not respecting Resolution 1970 (2011), on 17 March 2011, authorized Member States to take the necessary measures to protect civilians in Libya against forces loyal to Mouammar Qadhafi. It put in place a no-fly zone and an embargo on arms (Resolution 1973 (2011). The Council of the League of Arabs had requested a no-fly zone on 12 March 2011.
http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=24763#.Vjsom6LQW7M

73) Forensic Oceanography. Report on the "*Left*-To-*Die Boat*". Charles Heller, Lorenzo Pezzani and Situ Studio, The Left-to-Die Boat - Forensic Architecture, www.forensic-architecture.org/case/left-die-boat/- Report on the *"Left-To-Die Boat"* - FIDH, https://www.fidh.org/IMG/pdf/fo-report.pdf
"Lives lost in the Mediterranean Sea: who is responsible?", Report Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Ms Tineke STRIK,
http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2012/20120329_mig_RPT.EN.pdf
http://www.fidh.org/en/migrants-rights/14293-63-migrants-left-to-die-in-the-mediterranean-survivors-file-a-complain

Cap 0 Libro 2.pmd 37 15/09/2016, 20:49

and Great Britain on the basis that human rights were violated. The distress situation was captured in a photograph taken by a French long-range patrol aircraft and sent to the MRCC in Rome. The migrants made a distress call to Father Zerai who transmitted the call to the Italian coast guard, NATO and the Maltese coast guard. Father Zerai provided the GPS coordinates of the Zodiac and made additional distress calls on 27 and 28 March 2011. One was limited to 50 nautical miles and the other to Hydrolant Navigational Warning. Legal proceedings are complex and the protection of life at sea seems hardly justiciable.

Brian WILSON, Captain US Navy (retired), *The Human Sea: Whole-of-Government Responses to Illicit Activities*.

Nations across the globe have focused on formalizing coordination, particularly in the context of security. The head of Singapore's civil service, Peter Ong, remarked, "*as the challenges we face become more complex, single agency solutions will become less adequate…[and to] function as one, we need to truly collaborate*."[74] Former U.S. Chairman of the Joint Chiefs of Staff, General DEMPSEY, remarked, "The phrase whole-of-government is not just desirable—it's actually imperative."[75]

Maritime challenges include interdicting drug traffickers and human smugglers, responding to piracy and armed robbery at sea, preventing oil poaching and fishing incursions, ensuring port security, conducting search and rescue missions, and safeguarding the environment. These events unfold in complex, operational, and time-sensitive environments, where their scope and gravity is not always apparent. A collaborative, inclusive, and transparent process best positions a government to expeditiously share information, detect anomalies, and align responses.

The Maritime Operational Threat Response (MOTR) plan directed the U.S. whole-of-government response. "The plan was used to coordinate multiple national-level decisions following the rescue of the crew on board the Magellan Star. Over a period of several days, secure video teleconferences connected agency command-watch

74) AGBONDALOR W., "Singapore's Peter ONG calls on future leaders to foster collaboration", Global Government Forum, November 5, 2015, available at:
http://www.globalgovernmentforum.com/singapores-peter-ong-calls-on-future-leaders-to-foster-collaboration/

75) DEMPSEY touts whole-of-government cooperation, September 24, 2015, Simons Center, quoting US Army General Martin E. Dempsey. Available at:
http://thesimonscenter.org/dempsey-touts-cooperation/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+ADSCPublications+%28Col.+Arthur+D.+Simons+Center+%C2%BB+Updates%29
During the interview, Dempsey noted that "people are beginning to understand the importance of the whole-of-government approach, saying that there is a greater understanding that conflicts have underlying issues that the military alone cannot address…. Dempsey has repeatedly pushed for solutions integrating economic, diplomatic, law enforcement, energy, and military instruments of power during his tenure as chairman."

Cap 0 Libro 2.pmd 38 15/09/2016, 20:49

centers and subject-matter experts on three continents, allowing numerous difficult and sensitive issues to be discussed and resolved. Participants included representatives from the Departments of State, Justice, Defense (which included the Office of the Secretary of Defense, the Joint Staff, and combatant commands), Transportation, and Homeland Security, as well as the intelligence community and other government agencies. Diplomatic outreach, investigative issues, and public-affairs guidance and posture were addressed. After completion of an investigation and review by the Department of Justice, and following extensive diplomatic engagement by the Department of State, a regional state accepted the nine pirates for prosecution."

In 2009, the MOTR process facilitated discussions, decisions and action following the attack on M/V Maersk Alabama, a cargo ship transporting food aid to Somalia. Enablers of effective whole-government processes include: Head of State direction; flexibility; timely, accurate, and useful information dissemination; documented and distributed decisions; departments support and trust the process; frequent use and frequent training; and the promulgation of standard operating procedures. Institutionalizing collaboration is more than just a maritime challenge: It is a governance challenge. An enduring lesson is that trust, leadership, and the existence of documented processes are critical enablers to effective national-level, bi-national, and multi-national cooperation.

The law confronted with new technologies was held under the chairmanship of Patrick CHAUMETTE, Professor at the University of Nantes, which allowed Professor **Jean-Paul PANCRACIO**, Professor Emeritus at the University of Poitiers to speak about The Law of the Sea and New Technologies. This recurrent topic examines potential deficiencies and the need to adapt in the face of these new challenges. The following four new technologies, presenting potential environmental and human risks are considered: oil and gas drilling in the Arctic Ocean; seabed mining; nuclear-based sub-sea power generation; attack submarines and underwater drones. The use of certain types of artificial islands is also considered. These types of facilities at high seas must be assembled, put in place and removed. Can tiny islands making up uninhabited archipelagos be deemed artificial islands even in the event of intense backfilling?

Which rules and principles regarding the current international law of the sea are thwarting more responsive regulations? The answer is the complete autonomy of Coastal States to grant operating licenses on its continental shelf, the overly general and tightly-held economic design of coastal State sovereign rights and the high sea, an international area lacking governance. What is therefore the evolution of the Law of the Sea? If amendments are not provided to UNCLOS, it is not possible to establish marine protected areas, request States to apply ISBA standards to its mining codes regarding the continental shelf mining. If UNCLOS can be thoroughly revised, the notion of common heritage of humanity must be extended and adapted as well as a greater institutionalization of ocean governance.

Cap 0 Libro 2.pmd 39 15/09/2016, 20:49

Caroline REUKER, Research Associate, Assessor iuris 5, Ostseeinstitut fur Seerecht, Umweltrecht und Infrastrukturrecht (OSU), Universität Rostock, *Combating piracy – Legal and technical solutions*.

Modern piracy can no longer be equated with the romantic piracy of the past. The attacks are more brutal and its effects on the maritime security even larger. Piracy is a worldwide problem, which threatens the maritime security. It causes crucial economic damages. In the fight against piracy it is primarily important to know where the pirates are located. The automatic identification system (AIS) was originally developed for navigation purposes. For combating piracy, systems like AIS are used, but the pirates adapt to these technologies. The vulnerability of tracking systems is a major problem in the field of maritime piracy. In the area of technologies to combat piracy a further issue lies in the unreliability of exchanged data. In particular the limited range of AIS-devices (20 to 30 nautical miles)[76] has negative impacts on receiving the needed information by the land-stations.[77] Outside of this range vessel traffic surveillance requires a reliance on satellite-based monitoring systems. However, the data collected in this form are also found to be inaccurate, because too many signals are received at the same time. In the consequence they overlay and disturb each other.[78] With respect to safe shipping it is hence crucial to remedy these problems, so that the main question is how this aim can be achieved. One solution could be the use of a long-range airborne AIS capturing system that would allow comparing information recorded by AIS-satellites with air- and land based collected data.

To determine whether these concerns are justified, one must first take a look at the data protection framework referring to the automatic identification system. In this respect, the relevant legal bases of international and supranational law have to be regarded. In terms of the supranational law, the European Directive 2002/59 EC of 27 June 2002 (Ship Reporting Directive)[79] should also be taken into account, since Article 3 refers explicitly to the SOLAS Convention and the relevant resolutions of the IMO. When developing new/optimized technologies the requirements of the Data Protection Directive must be met, because AIS-data are personal data. Are the persons on board "identifiable" persons? An identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity. To determine the identifiability, all means that might be used to identify the person must be taken into account. Which type of data is received and are there any

76) Paragraph 8 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS): IMO Resolution A. 917(22) adopted on 29 November 2001.

77) BT-Drs. 16/7415, S. 23 f.

78) Cf. Marine Scotland (ed.) (2014), Mapping Vessel Movements from Satellite AIS, at 8.

79) Directive 2002/59/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2002 establishing a Community vessel traffic monitoring and information system and repealing Council Directive 93/75/EEC (Official Journal L 208/10).

Cap 0 Libro 2.pmd 40 15/09/2016, 20:49

means available, allowing the identification of the ship crew's members? The processing of this information satisfies the requirements of Art. 7-letter f). For the mentioned reasons the data controller is exempted from the duty to inform the affected persons. As a result the article shows that there is a need to evolve technologies for combating piracy, without losing sight of the legal preconditions. The solving of the issue of maritime piracy hence requires close interdisciplinary cooperation between industry and scientists.

Roland LE GOFF, PhD Candidate, CDMO, University of Nantes, considers *Maritime Surveillance: New technologies and cooperation in regards to the development of maritime knowledge.*

Beyond territorial waters, only 50,000 merchant vessels with a tonnage of over 50 tons are found at sea[80]. These vessels are manned by 1.2 million seafarers—which represents 0.015% of the world population—and operate on a surface that covers 70% of the earth[81]. Navy fleets which are specifically mandated to keep the peace[82] at high sea, are limited in their capacity to provide surveillance and respond on such a vast territory. Many piracy-fighting operations in the Indian Ocean face this challenge. The demise of the Soviet Union allowed the US Navy to deploy a part of their fleet and fight drug trafficking in the Caribbean Sea. Information collected by the American armed forces, 9 governments and 11 partnering states is compiled in one single command post located in Key West. Maritime terrorism is not limited to the sea[83], it also targets land[84]. The concept of a *Thousand Ships Navy*[85] was launched by the Americans during this time and fosters greater cooperation among States[86]. Maritime surveillance is propelled to the core of intergovernmental cooperation. The fight against piracy along the coast of Somalia in 2008 led to a new dynamic. The Djibouti Code of Conduct[87] provides for the construction of information sharing centers in Sanaa, Mombassa and Dar El Salam. It refers to the ISC of Singapore opened in 2006 and was established under the ReCAAP agreement[88]. This centre coordinates piracy-

80) See KRASKA J. and RAUL P. (2013), International maritime security law. Martinus Nijhoff Publishers, p. 16.

81) See http://www.marine-marchande.net/Monde/flotte-mondiale.htm and the legislative report No. 178 (2003-2004) by André BOYER, published 28 January 2004 on http://www.senat.fr/rap/l03-178/l03-1782.html

82) For Thierry DUCHESNE, public order "is always internal peace guaranteed by the State through, security, safety and public peace ...". CUDENNEC A. (2012), *Ordre public & mer*, Pédone, Paris, p. 21.

83) The 2008 Bombay Attack.

84) Attack against the USS Cole in Aden in 2000 and against the oil tanker Limburg off the coast of Yemen in 2002.

85) Concept introduced by the Chief of Staff of the US navy, Admiral Michael Mullen.

86) FEIN, G. (2006), "Global Maritime Partnership Gaining Steam at Home and with International Navies." Defense Daily 26. This concept was renamed to the *Global Maritime Partnership*.

87) Adopted 29 January 2009 in Djibouti by 20 Indian Ocean and Red Sea States.

88) Regional Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia de 2004.

Cap 0 Libro 2.pmd 41 15/09/2016, 20:49

fighting operations in the Strait of Malacca and south-east Asia. These actions drastically affected how maritime surveillance is organized by fostering cooperation among actors.

Maritime Domain Awareness (MDA) is an American concept that is based on collaboration. It became the Atlantic Maritime Strategy Alliance and this organization places the tool MSSIS (Maritime Security and Safety Information System) at the service member countries. This tool promotes multilateral collaboration and information sharing. The EU's integrated maritime policy makes reference to the 2002 Container Security Initiative (CSI) and a European coast-guard project. The maritime security strategy adopted by the European Council in June 2014 emphasizes the importance of a global maritime domain regarding the safety and security of Europe. It also insists that all actors cooperate. The IMO adopted the SUA convention in Rome in 1988 and consider such threats such as weapons of mass destruction (WMD) and radioactive materials. It also worked with the World Customs Organization (WCO) to enact measures regarding the container safety

New technologies such as Earth Observation Satellites contributed to these useful developments. It also made it possible to compile, store and process large volumes of information. Vessels are no longer hidden beyond the skyline. Maritime surveillance systems are built on structured databases. AIS[89] and LRIT[90] systems were revolutionary in the field of maritime surveillance because it automatically transfers information regarding vessels. Based on what can be observed on land, discretion and anonymity at sea seem less and less compatible with modern transmission measures. Many satellites used for maritime surveillance [91] can perfectly detect vessels and are not affected by the size of vessels but they ability to identify remains uncertain. Drones provide excellent results in terms of identification and are less autonomous than satellites but more than airplanes at sea. Facebook and Google's Titan Aerospace are currently testing drones that are solar powered. These technologies could lead to further developments as it would lower the cost of maritime surveillance.

The UN Secretary-General's 2008, Mr Ban Ki-Moon,[92] report identified seven (7) threats that affect maritime security[93]. Collecting and sharing information in most cases

89) In addition to providing the identity of a vessel, the information transmitted by AIS includes dynamic information (position, UTC time, kinematic and gyration rates) as well as information regarding manually punched in (draught, destination, scheduled arrival time, type of ship, type of load, number of crew members).

90) LRIT encompasses all oceans.

91) FOURNIER M., « L'apport de l'imagerie satellitaire à la surveillance maritime. Contribution géographique et géopolitique ». History. Université Paul Valéry – Montpellier III, 2012. pp. 90, 170 et 284.

92) Secretary General of the United Nations, Report o f the Secretary General on Oceans and the Law of the Sea, 10 March 2008, UN Doc. A/63/63, para. 5

93) "Maritime security is required to ensure freedom of the seas, facilitate freedom of navigation and commerce, advance prosperity and freedom, and protect the resources of the ocean". The White House, National Strategy for Maritime Security 2005, Sept. 2005.

Cap 0 Libro 2.pmd 42 15/09/2016, 20:49

is not enough to identify and prevent behaviours. In the emblematic case of illicit trafficking in arms, there does not exist a general international agreement nor customary law that wholly prohibits the transport of weapons of mass destruction. The fight against human trafficking by sea is also a major problem and maritime surveillance can do very little because of its limitations. Modernising the law of the sea seems necessary. If it is pointless to want to oppose the digitalisation of the maritime space but this digitalisation creates a cyberspace that may require the adoption of a Montego Bay Convention.

Private and state actions: Articulation and challenges, under the chairmanship of **Louis SAVADOGO**, ITLOS Legal officer, Lecturer, University of Cergy-Pontoise.

Sandrine DRAPIER, Lecturer, University of Maine, addresses *The fight against piracy at sea by private ship security companies.*

Fiction gives way to the realities of modern times and international organizations are trying to eradicate maritime piracy and make the oceans safe for maritime commerce because of the extra costs generated by the world trade. Since 2008, violence at sea and piracy seems to be localized. If the Ocean is a technically a peaceful, the proliferation of floating arsenals does raise questions regarding international law, the territorialisation of the sea and risk assessment. Naval forces are deployed but military protection and onboard protection teams (OPT) on merchant ships are not sufficient[94]. The privatisation of ship protection at sea of governing powers is a lucrative business that France was unable to succumb to. The Stability and Growth Pact (SGP) is a set of rules designed to ensure that EU Member States pursue sound public finances and coordinate their fiscal policies. Its impact is even more signification during an economic crisis and tax revenues are decreased. Since not all economic players can obtain military protection, they turn to security companies that are most often run by ex-military personnel who recruit former armed forces colleagues.

Law No. 2014-742 of 1 July 2014 establishes private ship protection companies as business enterprises that protect ships flying the French flag and its crew and goods from external threats. It is complemented by five decrees for application. However, there is no international regulation that governs operations conducted by private security companies at sea. The national law raises a serious of questions that include the role of the captain in risks zones, authorization from countries being peacefully crossed (innocent passage) or the risks associated to the presence of arms onboard (floating arsenals) but only an international approach will be implemented in this case. In fact, the presence of private security guards onboard requires their role be assessed by

94) NERI K., « Les équipes militaires de protection embarquées et la lutte contre les actes illicites en mer : un nouveau défi pour le droit de la mer », in SOBRINO HEREDIA J.M., dir., *La contribución de la Convención, de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 563-585.

Cap 0 Libro 2.pmd 43 15/09/2016, 20:49

looking at the following: the monitoring performed in risk areas in regards to existing threats, the use and stockpiling of arms onboard; and the conditions of arrest and custody of pirates onboard with regard to the fundamental rights and the law of the State near the zone of intervention[95].

Srilatha VALLABU, Assistant Professor of Political Science, Centre for Indian Ocean Studies, Osmania University, *Privately contracted armed security personnel in Indian Ocean region.*

Robert D. KAPLAN, in his book *Monsoon*[96]*,* theorizes that the Indian Ocean is where the rivalry between the United States and China in the Pacific interlocks with the regional rivalry between China and India. Indian Ocean is central to America's fight against Islamic terrorism in the Middle East. As China seeks to expand its influence through "String of Pearls", India and China will enter into a great power rivalry in Indian Ocean. Both regional and extra-regional players interest interlock in Indian Ocean as it is an intersection for geostrategic, economic, natural resources, and climate issues. Policymakers require considering a range of issues from naval power capabilities, private shipping practices and interests, international legal regimes, secure shipping and good order at sea, for the Law of Sea to function seamlessly.

Somalian piracy emerged as global threat to maritime shipping with violent attacks on ships and hefty ransom payment for release of the crew, ship and cargo. Somali pirates collected an estimated ransom of $58 million in 2009, $238 million in 2010 and $160 million in 2011. Indirect economic costs of piracy included by passing the Gulf of Aden, adding 3000 miles and increase of voyage from 2 to 3 weeks. Additional fuel costs of $3.5 million per year for tankers and $74.4 million per year for the liner trades. Higher insurance premiums which increased from $500 in 2007 to approximate $20,000 per ship per voyage, excluding injury, liability, and ransom coverage. The IMO revised High Risk Area (HRA) for commercial ships from 65 degree East Longitude to 78 degree. This has virtually declared the entire Arabian Sea as piracy infested and has led to re-routing of ships through Kanyakumari thus virtually touching Indian shores. A lucrative market of 'On-board' private security forces emerged as naval forces could not provide sufficient protection, and hull insurance and Protection and Indemnity Clubs refused to offer acceptable war risk premiums unless armed security teams are embarked.

A large number of Private Security Companies started Maritime security Services on Seas as growing numbers of veterans of the Iraq and Afghanistan wars were looking

95) REMY C., « Les sociétés militaires privées dans la lutte contre la piraterie », *Pyramides*, 21 | 2011, 119-138. Online since 18 January 2012, connection on 14 October 2015. URL: http://pyramides.revues.org/793

96) KAPLAN R. D., *Monsoon: The Indian Ocean and the Future of American Power*, Random House Publish, 2011.

Cap 0 Libro 2.pmd 44 15/09/2016, 20:49

for employment. Presently there are over 200 Private Maritime Security Companies (PMSC) operating in Indian Ocean. There are 2700 Private Contracted Armed Security Personnel (PCASP) operating in Indian Ocean. Acc to Oxford University, Small Arms Survey of 2012 the percentage of ships employing PCASP rose from 10% to 50%. By hiring PCASP's the success of deterring acts of piracy is 100%. PCASP supplying companies have improved their turnover by 350%. In 2013, in spite of less piracy, about 35–40% of the estimated 65,922 merchant vessels transiting across the High Risk Area (HRA) carried PCASP onboard. Presently 40 private armed patrol boats operate in the Indian Ocean. Their status under international law is unclear. They can be defined as pirates as they use aggressive force on the high seas without government authority.

The Enrica Lexie Case[97]. The crime of piracy is a breach of *jus cogens* (or a peremptory international norm). But there can certainly be '*no* reason or justification' for sudden panic and 'unprovoked use of force' at the 'first sight' of an approaching boat or dinghy. On 15 February 2012, Italian military guards on an oil tanker Enrica Lexie allegedly shot and killed two Indian fishermen after confusing them for pirates. Raised questions as to the exact location of the incident, whether it took place in *international waters or in India's Territorial sea.* The incident led to a diplomatic row between India and Italy. Indian Stand: Marines used a 'disproportionate degree of force' and should stand trial for 'manslaughter' in India. Italians argue the two should be tried in Italy 'on the issue of jurisdiction & Immunity[98].

MV Seaman Guard Ohio, US-owned and Sierra Leone-flagged MV Seaman Guard Ohio got caught in October 2013 when trying to procure fuel without entering Tuticorin port. The ship was intercepted and escorted to Tuticorin port. 10 crew and 25 security guards were detained for carrying 35 assault rifles and around 5,680 rounds of ammunition in Indian waters without valid permits. The owner stated that the arms and ammunition on the ship were purchased legally. Meant for use in counter-piracy

---

97) YU JIE WU, The Enrica Lexie Incident: Jurisdiction in the Contiguous Zone? Cambridge Journal of International and Comparative Law, 19 April 2014, http://cjicl.org.uk/2014/04/19/enrica-lexie-incident-jurisdiction-contiguous-zone/ - J.P. PANCRACIO, Affaire de l'Enrica Lexie-I, http://blogs.univ-poitiers.fr/jp-pancracio/2014/02/14/affaire-de-lenrica-lexie-i/ – Les Suites 2015, http://blogs.univ-poitiers.fr/jp-pancracio/2015/09/01/affaire-de-lenrica-lexie-les-suites-2015/ - HARISANKAR K.S., Jurisdictional and Immunity Issues in the Story of Enrica Lexie: A Case of Shoot & Scoot turns around!, European Journal of International Law, March 25, 2013,
http://www.ejiltalk.org/jurisdictional-and-immunity-issues-in-the-story-of-enrica-lexie-a-case-of-shoot-scoot-turns-around/
International Tribunal for Law of the Sea, 24 August 2015, No. 24, The "Enrica Lexie" Incident (Italy v. India)
https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.24_prov_meas/C24_Order_24.08.2015_orig_Eng.pdf

98) RUSSO T., "Maritime police and functional immunity in the recent Italian-Indian Case" in SOBRINO HEREDIA J.M., dir., *La contribución de la Convención, de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 628-642.

Cap 0 Libro 2.pmd 45 15/09/2016, 20:49

operations to safeguard vessels in high-risk areas. The crew has been booked under Essential Commodities Act for buying 1,500 litres of diesel illegally. Indian government has labelled the vessel *as a floating armoury. C*ompany states the ship serves as an *escort vessel*. India asserts no appropriate documentation regarding the weapons carried onboard. No logs of duties performed by 25 armed guards of four different nationalities. Nearly 20 ships stocked with assault rifles and other small arms as well as ammunition are scattered around the Red Sea, the Gulf of Aden and the Indian Ocean. No published limits on the quantity of arms and ammunition that are 'stored on board' and are 'in usage'. Arms are moved by PCASP from multiple armouries and locations in a fluid way. Floating armories give 'weapons and men for hire'. A risk exists of a ''mini-arms race'' developing between pirates and the private security operators. Netherlands and the UK provided public information of small arms transfers to maritime PMSC and the use of floating armouries. Estimated total number of PMSC firearms in the HRA is about 7000 to 10,000.

UK Government [Sep 2014] had granted licenses for 90 UK-registered PMSCs to use 31 floating armories. As this number only represents floating armouries licensed for use by UK PMSCs the actual number of armories may be higher.

The need to regulate PCASP operating at sea is more extensively acknowledged. The IMO considers PCASP as temporary measure to tackle Somali piracy in Indian Ocean, but prefers greater deliberations in future. India reiterates that since there has been no recent incidence of piracy in Arabian Sea; the HRA should be reverted to its original and deliberations should focus on PMSC and PCASP. PCASP are offering services in other regions such as oil-rich West Africa and in S E Asia especially waters near Indonesia. Oversight of PMSC and PCASP becomes confusing, as state jurisdiction is unclear or blurred. In private maritime security context, six or more states may have jurisdiction over private maritime security activities at any given time; the flag state of the merchant ship [FOC], the state where the shipping company is registered, the home state or states of the merchant crew, the state where the PSC is registered, the home states of the individual security guards, and the coastal state whose waters they transit or ports they enter. IMO does not endorse the use of Privately Contracted Armed Security guards, but has issued guidance in 2011 to Private Maritime Security Companies providing Armed Security guards on board ships in High Risk Areas. While the IMO guidelines are a step in the right direction, they still fall short of formally institutionalizing the employment of PCASP. The Security Association for the Maritime Industry (SAMI) was initially tasked with developing security standards, but after a lengthy delay, the IMO approached the ISO to fill that role. The "Swiss Initiative" [2006] was launched to bring the industry and its clients into greater submission with already existing international humanitarian and human rights law. The Swiss Initiative led to Montreux Document [2008], which is a set of broad framework to manage various interactions with private military and security companies. The ICOC [2010] initiated to develop a base line for company behaviour all over the world. In 2012 a drafting group constituted for working on the 100 Series Rules for a clear and concise model set of Rules for 'Use of Force' for PCASP in the maritime domain. In

Cap 0 Libro 2.pmd 46 15/09/2016, 20:49

2013, the International Code of Conduct for Private Security Service Providers Association [ICOCA] was established to focus on three core activities: certification; monitoring and performance assessment; and third party complaints. Further IMO can implement regulations and standards such as the International Small Arms Control Standards, which provide guidelines on stockpile management of weapons.

As a long-term process, a synergy is required by the navies and PCASP to safeguard the high seas for maintaining good order at sea. Amending UNCLOS could be a feasible option to incorporate necessary changes to respond to emerging maritime issues. "*Sui generis"* regime could be negotiated to deal with a specific maritime issue like combating piracy and terrorism. PCASP is a phenomenon that cannot be wished away. Hence a multi-layered approach to regulation is required, from different angles and authority at different levels of regulation at self-regulating at base level, national and international.

Odile DELFOUR-SAMAMA, Lecturer, CDMO, University of Nantes, addresses *The Place of Private Actors in marine environmental damage prevention and control.*

Non-governmental organizations (NGOs) are beginning to represent more and more individuals and civil societies along State diplomacy which has been replaced by international organizations. Private initiative and the associative phenomena constitute essential palliatives to the principle of non-intervention which underpins the complicity of States, attached to their national sovereignty[99]. The democratisation of the international sphere has become a recurrent theme. Principle 10 in the Rio Declaration states that democracy, good governance, the rule of law at the national and international levels as well as a favorable environment are *sine qua non* conditions to ensure sustainable development.

The absence of a definition of NGO in terms of international law and the constant growth of their role has created a gap. The role of NGOs has been stipulated at the universal level via the adoption of ECOSOC Resolution 1996/31 of 25 July 1996 and at the regional level via the adoption of the European Convention of 24 April 1986 regarding the recognition of the legal personality of NGOs. International NGOs are international non-profit organisations that are governed by the internal law of a Party and where the effective activities are executed in at least two States.

---

99) E., BETTATI M. et DUPUY P.M., dir., (1986), *Les ONG et le droit international*, Economica, Paris, compte-rendu DECAUX E., Foreing policy , No. 3 - 1986 – 51th year, pp. 818-819, http://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1986_num_51_3_3611_t1_0818_0000_3
GHERARI H., S. SZUREK, (2003), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, Paris – ROUILLÉ D'ORFEUIL (2006), *La diplomatie non gouvernementale. Les ONG peuvent-elles changer le monde ?*, Editions de l'Atelier, Paris – DOUCIN M. (2007), *Les ONG : le contre-pouvoir ?*, Toogezer, Paris.

Cap 0 Libro 2.pmd 47 15/09/2016, 20:49

Is it possible to contemplate international governance without State governments? NGOs fulfill a role of cooperation. According to Article 71 of the Charter of the United Nations, NGOs are part of the process to shape international regulations. It states that The Economic and Social Council may make suitable arrangements for consultation with non-governmental organizations which are concerned with matters within its competence. Such arrangements may be made with international organizations and, where appropriate, with national organizations after consultation with the Member of the United Nations concerned. NGOs have observer status and are recognized for their expertise. NGOs who aid States to write reports, can file lawsuits before an international and competent authority or partake an already existing international party as third-parties. Article 34 of the Statute of the International Court of Justice stipulates that "only States may be parties before the Court". Article 187 in the Montego Bay states the same. However, Article 31 of the International Court for the Law of the Sea allows for the intervention of *amicus curiae*.

But sometimes they choose confrontation as is the case with the Sea Shepherd Conservation Society founded by Paul Watson. Dispute actions have legal basis: Article 19 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights regarding the freedom of opinion and expression. This freedom of expression includes the freedom to assembly and demonstration, which is recognized by the European Court of Human Rights[100]; the Permanent Court of Arbitration says the Russian Federation has international responsibilities and states that demonstrations at sea constitutes the right of freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea[101]. The limits of actions of dispute are necessary in cases of confrontation because the high seas shall be reserved for peaceful purposes as stipulated by Article 88 of UNCLOS. IMO Resolution MSC 303 (87) of 17 May 2010 "recalls and reaffirms the importance of safety of vessels, crew and other persons on board such vessels; condemns any action that intentionally imperil human life, the marine environment or property during demonstrations, protests or confrontations on the high seas". Article 192 of UNCLOS stipulates that "States have the obligation to protect and preserve the marine environment" and Article 87-2 of UNCLOS read that "These freedoms shall be exercised by all States with due regard for the interests of other States in their exercise of the freedom of the high seas, and also with due regard for the rights under this Convention with respect to activities in the Area". The International Court of Justice

100) CEDH, 3 February 2009, Women on Waves and others c. Portugal; HERVIEU N., "Abortion in Portugal: Freedom of expression and prohibition of actions favouring decriminalization". http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2009/02/04/avortement-au-portugal-liberte-dexpression-et-interdiction-des-actions-en-faveur-de-la-depenalisation-cedh-3-fevrier-2009-women-on-waves-et-autres-c-portugal-par-n-hervieu/

101) CPA, 24 August 2015, Aff. Arctic Sunrise, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1442 – J.P. PANCRACIO, The case of the Arctic Sunrise- Arbitration of 24 August 2015. http://blogs.univ-poitiers.fr/jp-pancracio/2015/08/31/affaire-de-larctic-sunrise-sentence-arbitrale-du-24-aout-2015/

Cap 0 Libro 2.pmd 48 15/09/2016, 20:49

ruled on 31 March 2014 that Japan's scientific whaling program in the Antarctic (JARPA II) does not comply with three provisions stipulated in the International Convention for the Regulation of Whaling. "Even if one believes it is barbaric to harvest whales for any purposes at the beginning of the 21st century, it is clearly permitted under international law"[102]. NGOs who are relayed on other State's international action have called into question the excessive Japanese scientific whaling research.

Cédric LEBOEUF, PhD in Law, CDMO, University of Nantes, considers *The Phenomenon of privatisation: a necessary resizing in cooperation roles and practices in the fight against illicit trafficking at sea.*

State-conducted work inspections coincide with the appearance and the development of the first prevention of occupational accidents and disease during the second wave of industrialization at the end of the 19th century. Manufacturers planned to reduce the number of accidents but also prevent public administrations from having any stronghold. In 1896, the industrialist Frédéric ENGEL-DOLFUSS founded the first Industrial Prevention Association in cooperation the company Mulhouse[103]. These associations provide members information, technical skills and conduct regular inspections/audits. Several associations of steam system owners developed their own expertise. Public administrations and professional organizations regarding skills, expertise and inspections hesitate between competition and complementarity. Classification societies play an equivalent role in maritime transport since the Lloyd's Register was created upon the request of insurance companies at the end of the 18th century. Bureau Veritas was founded in Anvers in 1828[104].

Anne DRUMAUX's book, *Privatisation = Less State Involvement?*[105,] raised a question regarding in 1988 that remains relevant today from a social-judicial point of view. Does privatisation reveal the disengagement of the State (which means assuming the State masters the situation or can adapt its operations) and characterizes becoming aware of a form of powerlessness? Surely, the answer to this question is a combination of both options. States ensures public safety by imposing its public monopoly by legitimate use of force. Only the State and its administrations have in its possession arms of war since it is illegal for any other body to have them in their possession. The U.S.A. is a historically, culturally and constitutionally particular case because public peace is not clearly ensured. The central role of the State is questioned as a result of technical developments since the first wave of industrialization in the second half of

102) CIJ, 31 March 2014, Australia c=v. Japon, New Zealand intervening, No. 2014/14, Whaling in the Antarctic, http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf

103) VIET V. et RUFFAT M., *Le choix de la prévention*, Economica, Paris, 1999, sp. p. 14-20.

104) BOISSON Ph., *Politiques et droits de la sécurité maritime*, Bureau Veritas, Paris, 1998.

105) DRUMAUX A. (1988), *Privatisation = Moins d'Etat ?*, Bruxelles, Institut de sociologie, Ed. de l'Université de Bruxelles.

Cap 0 Libro 2.pmd 49 15/09/2016, 20:49

the 20th century. New technologies cannot be locked in "royal" arsenals and factories based on Colbert approach. In the second half of the 20th century, large and powerful international companies were founded as a result of globalization and the development of international trade—these companies were more powerful than many States[106]. Illegal trafficking and organized crime developed within international trade.

Private economic actors can also contribute to missions of general interest for the purpose of the safety of consumers, the public and in particular the surveillance of public authorities. Private security firms have been around for some time now. Pinkerton was founded in 1850, Brink's was founded in the U.S.A in 1859 and Night Watch was founded in Denmark in 1901. In France during the difficult period of the 1970s, private security firms acted as state-controlled militias that stopped strikes, notably that of *Camemberts d'Isigny*, which led the legislator to determine a legal framework[107] by the adoption of a law on 13 July 1983 that regulated private surveillance and security activities as well as cash transports[108]. These provisions were included in the Code of Internal Security. It also includes Law No. 2014-742 of 1 July 2014 regarding the use of armed guards to protect ships from acts of violence at sea and piracy. Government is not reduced. In fact, the State actually monopolizes the use of force at sea[109] but this monopoly is not sufficient in ocean areas. Therefore, the State must reach out to private forces to arm defenseless economic operators (upon their request) against these new risks. The term *privatisation* clearly indicates the transfer of assets from the public sector to the private sector, even if the State regulates, supervises and recognizes the creation and operation of private companies run by former armed forces personnel. The interweaving nature of public and private actors in maritime and port safety and security ensures the coordination of state-naval operations with private companies and the exchange of information among all actors. The various types of illegal trafficking at sea are subject to several legal frameworks. The law seems ill-adapted in the fight against organized crime in view of its sectorial approval[110]. Examples of such include the failing States of Somalia and Libya. S. LEMAN-

106) Council of State, "Can the State survive globalisation?", Council of State conferences 2013-2015, Third Conference, 12 February 2014 (Participants: O. de BAYNAST, S. ISRAEL, C. REVEL, Moderator: R. ABRAHAM), [on line]: www.conseil-etat.fr

107) OCQUETEAU F., « Quelques réflexions sur la régulation sociale assurée par le secteur privée », *in* DOURLENS C., GALLAND J.-P., THEYS J., VIDAL-NAQUET P.A. (dir.), *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 180; refers to the pre-report on the police reforms proposed by MP J.M. Belorgey and the report on the policies regarding crime prevention proposed by MP and Mayor G. Bonnemaison.

108) Law No. 83-629 of 12 July 1983, regulating private surveillance, guarding and cash transport activities, JORF 13 July. 1983, p. 2155.

109) NERI K. *L'emploi de la force en mer*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

110) UN Convention on organized crime in 2000. It is completed by three protocols and one expressly is on the manufacturing and traffic of fire arms, parts and munition (General Assembly Resolution 55/25, 31 May 2001; effective 3 July 2005).

Cap 0 Libro 2.pmd 50 15/09/2016, 20:49

LANGLOIS gives the example of the Mafia settling in Sicily in the 19th century. However, it is not only because of failing States—criminal organizations always strive to minimize their contact with Authorities, even if said Authorities are targeted by terrorist activities[111].

The first acts of piracy and violence at sea in the Horn of Africa committed in 2008 stems from a complex connection. B. SCHIEMSKY argues in his article *Unholy High Seas Alliance* that there is a true organizational structure between the Somalian piracy and the Al-Shabaab militia. The latter obtains its arms from pirates who are part of a network of organized crime, originating in Eritrea, and who retain 20 to 50% of ransoms. This connection also manifests itself in the cross-training of personnel: the Militia trains pirates on the use of weapons—such as the RPG rocket-launcher—and the pirates teach the Militia navigation and onboarding techniques. The result is small but real Al-Shabaab maritime force[112].

Homeland security is very much the government's responsibility but it should not be limited to the services provided by the State and its administrations. The 1789 Declaration of the Rights of Man and of the Citizens states that each person has the right to security. The right to security is the best guarantee against general arbitrariness but also government arbitrariness in the event of an arrest, detention and conviction. The right to security implies judicial security. In private law, securities are legal techniques that ensure insolvent debtors settle their debts in regards to moveable assets (guarantees) and property assets (mortgages). G. de KERCHOVE emphasizes that the manner the criminalization of terrorism is presented in the 2002 and 2008[113] framework decisions has a direct impact on the operational plan regarding information and police service actions. "Traditionally, information services acted before a terrorist act was committed in order to stop it and the police acted when the crime was being committed. Framework decisions criminalized preparatory actions which is different from the act of committing an attack (e.g. participating in the organization, recruitment, training) and the police can act much earlier by collecting information that is similar to intelligence[114]. If the fine line between these two types of actions is less blurry, it does

111) LEMAN-LANGLOIS S., « Terrorisme et crime organisé, contrastes et similitudes », *in* DAVID C.P., GAGNON B., *Repenser le terrorisme,* Québec, Presses de l'Université de Laval, 2007.

112) SCHIEMSKY B., "Unholy High Seas Alliance", *Janes's Terrorism and Security Monitor*, 31 October 2008 - RAMONDA T., « Les liens entre le terrorisme Shebab et la piraterie somalienne », *Etudes géostratégiques,* 1 May 2015, [online] : https://etudesgeostrategiques.wordpress.com - GOSH P. K., "Somalian Piracy: An Alternative Perspective", ORF Occasional Paper #16, sept. 2010, 34 p. - IBRAHIM M., "Somalia and global terrorism", *Journal of Contemporary African Studies,* Vol. 28, Issue 3, 2010, pp. 283-295 - SHORTLAND A., Vothknecht M., "Combating *maritime terrorism* off the coast of Somalia", *European Journal of Political Economy,* Vol. 27, supp. 1, Dec. 2011, pp. 133-151 - WOODWARD P., *Crisis in the Horn of Africa: politics, piracy and threat of terror*, London, I. B. Tauris, 2012, 240 p.

113) Council Framework Decision of 13 June 2002 regarding the fight against terrorism, JOCE, No. L 164, 22 June 2002, p. 1; Council Framework Decision of 28 November 2008, amending Framework Decision 2002/475/JAI regarding the fight against terrorism, JOUE, No. L 330, 9 December 2008, p. 21.

114) KERCHOVE (de) G., « Impact de l'incrimination de terrorisme sur la coopération européenne en

Cap 0 Libro 2.pmd 51 15/09/2016, 20:49

not have any impact on the cooperation and information imperative with private actors who contribute to the safety and security of vessels and ship interfaces. Cooperation among State authorities regarding the fight against illegal trafficking is efficient and effective. These protection measures should be included in a more general illegal trafficking at sea fighting scheme. The U.S.A. is an interesting example of this because it is not only applicable to the maritime sector. The main private and public sector actors are in direct contact with the Intelligence & National Security Alliance (INSA). This alliance has several work groups dedicated to such areas as homeland information, security and counter-intelligence, and innovative technologies. This type of organization allows to exchange information on a collaborative basis and could potentially, on a large scale, set the foundation for an indispensable partnership structure between the private and public sector on the exchange of information. French shipowners adopted a Code of Conduct regarding the fight against illegal arms at sea. The Code stipulates the implementation of a point of contact in companies that would coordinate and act as the liaison with their respective flag State

Projects of this nature are being conducted at the European level via the use of the Common Information Sharing Environment - CISE). "Within a global surveillance context, the creation of CISE constitutes the third phase of the European Border Surveillance System (EUROSUR)[115]. It represents the culmination of the establishment of a true integrated maritime policy [...]. It primarily fosters the exchange of information and the formation of joint investigative teams[116]. *In a statement released in 2007 regarding the integrated maritime policy of the EU, the Commission stated that a European maritime surveillance network would be formed. The interoperability of national surveillance systems is the keystone and must allow for the gradual implementation of an integral ship tracking and localization network as well as e-navigation systems for European coastal areas and offshore. It also includes satellite monitoring and long range identification and tracking[117]"*.

Whatever the nature of the information may be, it lies at the core of the economic intelligence policy of businesses because a fundamental pillar of said policy is its

matière de lutte contre le terrorisme », in F. GALLI & A. WEYEMBERGH (dir.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2012, pp. 213-217 – ROBERT E., *L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne : Mesures européennes de lutte contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001*, Thèse Droit, université de Lille 2, 2012.

115) Commission Communication of 13 February 2008 to the European Parliament, the Council, the European Social and Economic Committee and EUROSUR, COM (2008) 68 final, not published in the OJEU.

116) Framework Decision 2002/465/JAI adopted by the Council regarding joint investigative teams, 13 June 2002, JO L 162 of 20 June 2002.

117) Commission Communication to the European Parliament, the Council, the European Social and Economic Committee and the regional committees on 10 October 2007 regarding *EU integrated maritime policy*, COM(2007) 575 final – Not published in the Official Gazette, Point 3.2.1.

Cap 0 Libro 2.pmd 52 15/09/2016, 20:49

safety and security. As a result, lack of information regarding the destination of a cargo and the breach of an embargo can lead to shipowners being fined. Let us recall the case of Everest in October 2010 when the CMA-CGM computer alert system failed to report the trafficking of arms by the Iranian export company *Behineh Trading Company*, even if it as listed as charterer responsible for the delivery of illegal military equipment in 2009[118]. The current design of the Common Information Sharing Environment (CISE) relegates the structuring of private actor contributions to a single channel of communication with public authorities [119].

According to Jean-Paul PANCRACIO, there are current rules and principles in the current international Law of the Sea can be interpreted as precluding better adapted legislation. It entails the complete autonomy of the coastal State to grant operating licenses on their continental shelf, the overly general and economic design of coastal State sovereign rights and of the high sea lacking governance. It is possible, without providing any amendments to UNCLOS, to develop protected marine areas and request States to implement ISBA standards in their mining codes when mining on continental shelves. If UNCLOS can be revised, the notion of the common heritage of humanity should be extended and adapted. It should also involve a more institutionalized-approach of the governance of the seas.

The European Union Maritime Security Strategy covers maritime security inside and outside the EU. It constitutes a global framework contributing to a stable and safe global maritime area in accordance with the European security strategy (ESS), while monitoring coherence with other EU action areas, especially an integrated maritime policy (IMP) and an internal security strategy (ISS). Based on the founding values of the EU (human rights, liberty and democracy), this strategy strives to uphold EU and Member State interests in regards to maritime security regardless of the risks and threats posed by the maritime domain. It must be implemented in an inter-sectoral, global, coherent and effective manner in accordance with current EU and national agreements and treaties, and international law, especially with UNCLOS and other pertinent conventions and instruments[120].

---

118) SENIORA J., ROYET Q., *Trafics d'armes par voie maritime. Un phénomène difficile à surveiller,* Note d'Analyse, GRIP, 26 juin 2012, 24 p.

119) LEBOEUF C., *De la surveillance des activités humaines en mer,* Thèse Droit, Université de Nantes, 2013.

120) Conseil de l'UE, affaires générales, 24 juin 2014, 11205/14, http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%2011205%202014%20INIT
– MARTIN J. Chr., « L'Union Européenne et la lutte contre la piraterie, contre tout trafic illicite et contre le terrorisme en mer », in *Droit international de la mer et droit de l'Union européenne - Cohabitation, confrontation, coopération ?*, Colloque Indemer, Ed. A. Pédone, Paris 2014, p. 147 et s. – ARA B., « Sécurité maritime : Vers l'élaboration d'une stratégie européenne », Study conducted by GRIP, Bruxelles, May 2014, http://www.grip.org/sites/grip.org/files/NOTES_ANALYSE/2014/NA_2014-05-09_FR_B-ARA.pdf - *European Union: The maritime challenge*, CESM, December 2014, No. 7, http://cesm.marine.defense.gouv.fr/

Cap 0 Libro 2.pmd 53 15/09/2016, 20:49

Intergovernmental cooperation is necessary to fight national and international illegal trafficking that has come globalized, such as in the Horn of Africa. It reflects the role and weaknesses of Coastal States to monitor their territorial waters as part of a coordinated approach with neighbouring States. It is however a global approach that is necessary as technical surveillance, administrative training, the suppression of illegal trafficking but also reinforce the capacity of States and development aid. Littoral populations cannot be simple spectators to offshore and terrestrial operations such as oil and squandering and contraband stemming for a parallel economy towards organized crime.

Cap 0 Libro 2.pmd 54 15/09/2016, 20:49

CHAPTER 1
Le cadre juridique international de la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants
Quelles compétences pour les Etats ?

Valérie BORÉ EVENO
Maître de conférences à l'Université de Nantes
Centre de Droit Maritime et Océanique, EA n° 1165

***Abstract**: Does the international legal framework progressively established over the last century allow states to effectively tackle drug trafficking by sea? Nothing could be less certain, taking into consideration the legal and operational difficulties encountered until now, even if headway has been made in the last few years. State competences vary considerably according to the maritime areas concerned, and these form a vast space whose access remains often difficult. By specifying the powers of states in these various spaces, the United Nations Convention on the Law of the Sea (1982) constitutes, together with the Vienna Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988), the legal basis of international cooperation in the field of the fight against maritime drug trafficking. Despite its multilateral character, this UN legal framework proves insufficient (I) and it is only through the conclusion of bilateral or regional agreements that some progress was made possible in the implementation of international cooperation in the various maritime areas (II). But to achieve more convincing results, undoubtedly it is today necessary to redefine this legal framework in order to find a better balance between the fundamental principles of the law of the sea and the requirements of the fight against drug trafficking (III).*

***Résumé** : Le cadre juridique international progressivement établi au cours du siècle dernier permet-il aux États d'agir efficacement contre le trafic de stupéfiants par voie maritime ? Rien n'est moins sûr au regard des difficultés juridiques et opérationnelles rencontrées jusqu'à présent, même si des progrès ont pu être enregistrés ces dernières années. Les compétences étatiques varient considérablement en fonction des zones maritimes concernées, et ces dernières forment un vaste espace dont*

Cap I.pmd 55 15/09/2016, 20:52

l'accès reste souvent difficile. En précisant les pouvoirs des États dans ces différents espaces, la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer constitue, avec la Convention de Vienne de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, le socle juridique de la coopération internationale en matière de lutte contre le trafic maritime de stupéfiants. Malgré son caractère multilatéral, ce cadre juridique onusien s'avère toutefois insuffisant (I), et ce n'est que grâce à la conclusion d'accords bilatéraux ou régionaux que certaines avancées dans la mise en œuvre de la coopération internationale dans les différents espaces maritimes ont été rendues possibles (II). Mais pour parvenir à des résultats plus convaincants, sans doute est-il aujourd'hui nécessaire de redéfinir ce cadre juridique afin de trouver un meilleur équilibre entre les principes fondamentaux du droit de la mer et les exigences de la lutte contre le narcotrafic (III).

Cap I.pmd 56 15/09/2016, 20:52

Le 15 avril 2015, un voilier naviguant sous faux pavillon américain est intercepté par les douanes françaises, à 200 km au large des côtes martiniquaises. À son bord, plus de deux tonnes de cocaïne sont découvertes : l'une des plus importantes saisies jamais réalisées[1]. Quatre mois plus tard, le 29 août 2015, c'est un autre voilier, battant pavillon des Pays-Bas et suspecté de convoyer plus d'une tonne de cocaïne, qui prend feu dans le Golfe de Gascogne, comme par hasard à l'approche d'un patrouilleur de haute mer[2]. Ces évènements nous rappellent, s'il en était besoin, que la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants est toujours d'actualité, bien qu'elle puisse paraître ces derniers temps médiatiquement occultée par un autre trafic malheureusement tout aussi rentable et particulièrement odieux : celui des migrants[3]. L'accroissement du commerce mondial à travers cet extraordinaire espace de liberté que constituent les océans profite en effet à tous, y compris à ceux qui détournent cette liberté pour mener à bien leurs activités illicites.

S'il est par nature impossible de chiffrer l'ampleur exacte de ce trafic, les volumes saisis en 2014 par les services répressifs français en sont déjà révélateurs. D'après l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies, ils s'élèveraient, rien que pour cette année, à 50 tonnes de cannabis (en provenance essentiellement du Maroc pour la résine), 7 tonnes de cocaïne et crack (venant des Antilles et d'Amérique du Sud), près d'une tonne d'héroïne (originaire principalement d'Afghanistan), sans compter les drogues de synthèse avec notamment près d'un million de doses d'ecstasy[4]. Pourtant, d'après le dernier rapport de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), le trafic maritime serait le moyen de transport le moins employé par les trafiquants de drogues. Mais comme les saisies maritimes sont de loin les plus importantes en termes de poids, c'est l'interception d'envois maritimes qui a potentiellement le plus grand impact sur ce trafic[5].

La tâche n'est cependant pas aisée. Non seulement les itinéraires empruntés par les trafiquants sont en constante évolution, mais les moyens utilisés par ces derniers pour le transport de la marchandise témoignent d'une imagination sans cesse renouvelée, comme le démontre par exemple l'utilisation de petits sous-marins privés permettant d'échapper aux contrôles en surface, ou encore de drones marins interocéaniques. Et si les grandes routes maritimes de la drogue ne sont pas inconnues, l'étendue des mers et océans et les nouvelles stratégies développées par les trafiquants

1) Le Monde, 18 avril 2015.

2) Site du Ministère de la défense (www.defense.gouv.fr) : « opérations ».

3) Le Point.fr, 7 septembre 2015, « Migrants : un "business" plus rentable que le trafic de drogue ».

4) Voir le site de l'OFDT (http://www.ofdt.fr). Des statistiques plus détaillées par pays/région, par drogue et par année sont disponibles sur le site de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC : data.unodc.org).

5) Le rapport mondial sur les drogues 2015 est accessible sur le site de l'ONUDC (https://www.unodc.org).

Cap I.pmd 57 15/09/2016, 20:52

rendent extrêmement difficile leur contrôle, malgré les nouvelles technologies et le renforcement continu des moyens de surveillance[6]. La « guerre contre la drogue » n'est donc pas encore parvenue à enrayer le phénomène contre lequel elle prétend lutter, ce qui conduit d'ailleurs certains à remettre en cause les fondements même du cadre juridique international progressivement établi depuis un siècle[7].

La lutte internationale contre le trafic de stupéfiants est en effet relativement récente, alors que la production et l'usage des principales drogues remonte à des millénaires. Au XIXe siècle encore, les guerres de l'opium qui ont opposé l'Angleterre et la France à la Chine se sont soldées par la signature des traités de Nankin (1842) et de Tientsin (1858), marquant la victoire de la liberté du commerce maritime sur la politique prohibitionniste chinoise. Mais sous l'impulsion des États-Unis, qui se sentaient menacés par la pratique « immorale » des chinois fumeurs d'opium débarqués sur leur territoire, un contrôle international des stupéfiants a progressivement été mis en place, à partir de la Conférence de Shanghai de 1909. Plusieurs conventions internationales se sont alors succédé[8], jusqu'à ce que la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 et son Protocole de 1972 se substituent aux textes antérieurs[9]. Cette convention constitue, avec la Convention de Vienne sur les psychotropes de 1971[10], la base du mécanisme conventionnel de lutte contre le trafic illicite de drogue. À défaut d'être « définies »[11], les drogues considérées comme « illicites » sont « listées » dans des tableaux qui figurent en annexe de chacune de ces deux conventions. Régulièrement actualisés, ces tableaux répertorient ainsi les différentes substances soumises à un contrôle international, le but étant de n'assurer la disponibilité que des quantités nécessaires aux fins médicales ou scientifiques, et de prévenir leur détournement vers des canaux illicites. La Convention de Vienne de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes est venue compléter ce dispositif, en renforçant son caractère répressif et en étendant son champ d'application aux précurseurs[12]. Seule cette dernière convention contient

6) Pour une approche détaillée de la géopolitique des drogues et des voies maritimes empruntées par les trafiquants, voir Gallouët E. (2013), *Le transport maritime de stupéfiants*, PUAM, 33-77.

7) Contre cette approche « prohibitionniste », voir Caballero F. et Bisiou Y. (2000), *Droit de la drogue*, Précis Dalloz, 2ème éd., 827. Voir aussi Bergeron H. et Colson R. (dir.), 2015, *Les drogues face au droit.* PUF, 111.

8) Pour une présentation de ces conventions, voir Caballero F. et Bisiou Y., *op. cit.*, 38 et s.

9) La Convention unique sur les stupéfiants a été adoptée le 30 mars 1961 et est entrée en vigueur le 13 décembre 1964. Elle réunit actuellement 154 États parties. Le Protocole portant amendement de cette convention a été adopté le 25 mars 1972 et est entré en vigueur le 8 août 1975. Il réunit 126 États parties à la date du 29 septembre 2015.

10) La Convention de Vienne sur les substances psychotropes a été adoptée le 21 février 1971 et est entrée en vigueur le 16 août 1976. Elle réunit 183 États parties au 29 septembre 2015. Pour un commentaire, voir Vignes C.-H. (1972), « La Convention sur les substances psychotropes », *AFDI*, 641.

11) Il n'existe pas, en effet, de définition internationalement reconnue des drogues. Sur les multiples définitions et classifications proposées, voir Caballero F. et Bisiou Y., *op. cit.*, 3-33.

12) La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes

Cap I.pmd 58 15/09/2016, 20:52

toutefois des dispositions spécifiques relatives au trafic maritime, sur lesquelles nous reviendrons évidemment[13].

Ces règles, établies dans le cadre des Nations Unies[14], ont aujourd'hui une portée quasi-universelle, même si leur mise en œuvre étatique est plus ou moins rigoureuse. Ces conventions ne sont en effet pas d'applicabilité directe, et il revient donc aux États d'adopter les mesures nécessaires pour répondre à leurs obligations conventionnelles, sachant qu'ils disposent à cet égard d'une certaine marge d'appréciation[15]. Certes, les organes internationaux créés dans ce cadre jouent un rôle fondamental, qu'il s'agisse de la Commission des stupéfiants[16] de l'Organe de contrôle des stupéfiants (OICS)[17], ou de l'ONUDC[18]. C'est notamment la Commission des stupéfiants, en lien avec l'OMS, qui décide si une substance est juridiquement un stupéfiant ou une substance psychotrope, en l'inscrivant dans les fameux tableaux et en les plaçant ainsi sous contrôle international[19]. Mais concrètement, ce sont bien les États qui exercent leurs compétences à l'égard des trafiquants, même lorsque ces derniers se trouvent dans des zones internationales.

Dès lors, le cadre juridique international actuellement en vigueur permet-il aux pays engagés dans cette lutte d'agir efficacement, en toutes circonstances et en tout lieu, contre ce trafic maritime ? Rien n'est moins sûr au regard des difficultés rencontrées dans le cadre des opérations menées jusqu'à présent, même si certains progrès ont

---

a été adoptée à Vienne le 20 décembre 1988 et est entrée en vigueur le 11 novembre 1990. Elle réunit 189 États parties à la date du 29 septembre 2015. La Convention se concentre sur la mise en œuvre de mesures pour la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants et le blanchiment d'argent qui en découle. Elle renforce également le cadre de la coopération internationale en matière pénale, notamment concernant les extraditions et l'entraide judiciaire.

13) Voir Gilmore W. C. (1991), "Drug Trafficking by Sea", *Marine Policy*, n° 183.

14) Du fait de son caractère quasi-universel, l'ONU se trouve être le lieu privilégié pour organiser la coopération interétatique en matière de contrôle des drogues. Cf. BETTATI M. (1974), « La lutte internationale contre le trafic des stupéfiants », *Problèmes politiques et sociaux*, n° 222-223, Paris, La Documentation Française.

15) Sur les différentes politiques répressives mises en œuvre par les États Parties à la Convention de Vienne de 1988, voir Gallouët E., *op. cit.*, 141-163. Sur l'intégration par les États des dispositifs conventionnels anti-drogue, voir aussi Pourzand P. (2008), *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue. Étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, LGDJ, 448.

16) La Commission des stupéfiants est une structure intergouvernementale créée en 1946. Il s'agit d'un organe subsidiaire de l'ECOSOC, composé de 53 États membres.

18) L'ONUDC, situé à Vienne, est issu de la fusion, en 1997, du Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues et du Centre pour la prévention internationale du crime des Nations Unies.

19) À noter que l'ONU travaille en étroite collaboration avec d'autres organisations sectorielles telles que la FAO, l'OIPC/INTERPOL, l'OMD, ou encore le GAFI. L'ONU collabore aussi avec des organisations régionales et notamment l'Union européenne, qui a mis en place un certain nombre de structures et mécanismes de surveillance en ce domaine. La multiplication des intervenants institutionnels et opérationnels peut toutefois parfois compliquer la lutte (voir Gallouët E., *op. cit.*, 165-208, not. 166).

Cap I.pmd 59 15/09/2016, 20:52

été enregistrés ces dernières années. La lutte contre le trafic maritime de stupéfiants se heurte en effet inévitablement aux mêmes difficultés juridiques et opérationnelles que celles rencontrées pour la lutte contre les autres types de criminalité en mer, à savoir des compétences étatiques qui varient suivant les zones maritimes concernées, zones qui constituent un vaste espace représentant plus de 70 % de la surface de notre planète et dont l'accès reste souvent difficile. En précisant les compétences des États dans ces différents espaces, la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, dite Convention de Montego Bay (CMB)[20], constitue alors, avec la Convention de Vienne de 1988, le socle juridique de la coopération internationale en matière de la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants. Malgré son caractère multilatéral, ce cadre juridique onusien s'avère toutefois insuffisant (I), et ce n'est que grâce à la conclusion d'accords bilatéraux ou régionaux que certaines avancées dans la mise en œuvre de la coopération internationale dans les différents espaces maritimes ont été rendues possibles (II). Mais pour parvenir à des résultats plus convaincants, sans doute est-il aujourd'hui nécessaire de redéfinir ce cadre juridique afin de trouver un meilleur équilibre entre les principes fondamentaux du droit de la mer et les exigences de la lutte contre le narcotrafic (III).

I.- Les insuffisances du cadre juridique multilatéral

Deux textes conventionnels élaborés dans le cadre des Nations Unies doivent ici retenir notre attention : la Convention de Montego Bay de 1982, qui a été la première à s'intéresser à la question du narcotrafic maritime, et la Convention de Vienne de 1988, qui a été la première convention consacrée au trafic de stupéfiants à contenir des dispositions relatives au trafic illicite par mer. Les deux conventions ont pour point commun d'encourager la coopération internationale en ce domaine, mais elles restent limitées dans leur impact en raison d'une approche traditionnellement territorialiste des compétences étatiques. Les lacunes de la Convention de Montego Bay (A) n'ont ainsi été que partiellement comblées par la Convention de Vienne (B).

A) Les lacunes de la Convention de Montego Bay

L'examen de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est le point de départ obligé lorsque l'on veut déterminer l'étendue des compétences étatiques en fonction du zonage maritime consacré dans ce texte, qui tente de combiner les principes de la liberté de navigation et de la loi du pavillon avec celui de la souveraineté territoriale de l'État côtier.

20) Ouverte à la signature des États le 10 décembre 1982, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est entrée en vigueur le 16 novembre 1994. Elle réunit aujourd'hui 167 États parties, dont la France à l'égard de laquelle elle est entrée en vigueur le 11 mai 1996.

Cap I.pmd 60 15/09/2016, 20:52

Dans les zones maritimes sous souveraineté étatique, qu'il s'agisse des eaux intérieures, de la mer territoriale ou des eaux archipélagiques, c'est la législation de l'État côtier qui s'applique[21]. Ce dernier détient donc un pouvoir normatif mais aussi un pouvoir d'exécution, sauf à l'égard des navires d'État étrangers, qui bénéficient d'une immunité de juridiction et d'exécution[22]. Les États liés par les conventions internationales en matière de drogue doivent évidemment faire en sorte que leur réglementation respecte les exigences conventionnelles et permette leur mise en œuvre effective. Celle-ci est d'ailleurs fortement encouragée par les instances onusiennes qui peuvent même apporter aux États concernés un soutien logistique. On peut à cet égard souligner le succès du Programme global de contrôle des conteneurs que l'ONUDC a mis en place avec l'Organisation mondiale des douanes en 2004 dans les ports maritimes et qui a déjà permis la saisie de plus de 36 tonnes métriques de cocaïne, 26 de cannabis et 770 de précurseurs chimiques[23]. La mise en œuvre du code ISPS dans les installations portuaires, permet aussi aux autorités de l'État côtier de prévenir et détecter la présence de drogues illicites à bord des navires et dans les conteneurs[24].

Dans la mer territoriale, les compétences de l'État côtier se trouvent pourtant limitées, en principe, par l'obligation de reconnaître à tous les navires étrangers un droit de passage inoffensif[25]. Néanmoins, l'article 27 de la Convention lui reconnaît expressément la possibilité d'exercer sa juridiction pénale à bord d'un navire étranger « *si ces mesures sont nécessaires pour la répression du trafic illicite des stupéfiants ou des substances psychotropes* ». Seul l'État côtier est donc compétent pour intervenir à l'encontre des trafiquants de drogue circulant dans son « territoire maritime », à moins d'autoriser expressément d'autres États à agir, action qui sans cette autorisation serait considérée comme une violation de sa souveraineté territoriale et du principe de non-ingérence. Dès lors, si l'État côtier ne s'est pas engagé dans la lutte contre le narcotrafic ou qu'il ne traduit pas dans sa législation ses obligations conventionnelles en la matière, ou encore que ses moyens opérationnels sont insuffisants pour assurer un contrôle efficace des cargaisons des navires suspectés de transporter de la drogue, les espaces maritimes sous sa souveraineté risquent bien de devenir des « zones de refuge » pour les trafiquants.

---

21) Le principe de souveraineté exclusive de l'État côtier sur son « territoire maritime » est consacré à l'article 2 de la Convention de Montego Bay.

22) Article 32 de la Convention de Montego Bay.

23) Voir le site de l'ONUDC (https://www.unodc.org). Le PCC est actuellement en vigueur au Bénin, au Cap-Vert, en Équateur, au Guatemala, au Chili, au Ghana, au Pakistan, au Panama, au Sénégal, au Togo et au Turkménistan.

24) Le code ISPS (ou *International Ship and Port Facility Security Code*), adopté dans le cadre de l'OMI le 12 décembre 2002, est venu amender la Convention SOLAS (*Convention for the Safety of Life at Sea*) de 1974, et permet d'envisager pour la première fois les besoins en matière de sécurité portuaire, l'OMI s'étant jusqu'alors surtout intéressée à la sécurité des navires. Concernant les mesures de sécurité portuaire et de sûreté des marchandises, voir Gallouët E., *op. cit.*, 319 et s.

25) Article 17 de la Convention de Montego Bay.

Cap I.pmd 61 15/09/2016, 20:52

Quoi qu'il en soit, au-delà de 12 milles marins au large de ses lignes de base, l'État côtier perd sa compétence territoriale et se trouve soumis, comme tous les autres États, au régime de la haute mer gouverné par le principe de la liberté de navigation (la Zone économique exclusive étant assimilée dans ce cas à la haute mer, puisqu'il ne s'agit pas ici d'y exercer des droits à caractère économique, mais de lutter contre un trafic illicite[26]). L'État côtier peut toutefois, dans une certaine mesure, encore exercer des pouvoirs de police dans les limites de sa zone contiguë, c'est-à-dire jusqu'à 24 milles marins depuis ses lignes de base. En effet, l'article 33 de la Convention lui reconnaît la possibilité d'exercer dans cette zone les contrôles nécessaires afin de prévenir les infractions à ses lois et règlements en matière de douane, d'immigration et de protection sanitaire, et pour réprimer ces infractions commises sur son territoire, infractions qui recouvrent évidemment le trafic illicite de drogue[27].

Mais au-delà, c'est le règne de la loi du pavillon. Autrement dit, seul l'État dont le navire suspecté de transporter de la marchandise illégale bat le pavillon, sera autorisé à intervenir pour exercer sur lui sa juridiction[28]. Certes, l'article 108 de la Convention de Montego Bay invite les États à « coopérer » à la répression du trafic illicite de stupéfiants ou de substances psychotropes auquel se livrent des navires naviguant en haute mer (§ 1), notamment en reconnaissant la possibilité, pour l'État de nationalité du navire suspect, de demander à d'autres États de l'aider à mettre fin à ce trafic (§ 2). Cependant, il ne s'agit là que d'une simple obligation de moyens et la Convention ne fait pas figurer le trafic de drogue parmi les actes, limitativement énumérés à l'article 110 (« droit de visite »), qui peuvent autoriser l'arraisonnement d'un navire par un État autre que celui dont il bat pavillon, à savoir la piraterie, le transport d'esclaves, les émissions non autorisées et l'absence de nationalité du navire[29]. Dès lors, la seule opération possible se résume à l'« enquête de pavillon » (ou « reconnaissance »), qui permet aux navires d'État de s'assurer que le pavillon correspond bien à la nationalité du navire inspecté. S'il n'est pas de sa nationalité, il devra se contenter de signaler les faits à l'État du pavillon afin que celui-ci prenne les

26) L'article 58 § 2 de la Convention précise bien que « *les articles 88 à 115 [régime de la haute mer], ainsi que les autres règles pertinentes du droit international, s'appliquent à la zone économique exclusive dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la présente partie* [Partie V relative à la ZEE] ».

27) La Zone contiguë trouve d'ailleurs son origine dans des lois anglaises du XVIIIe siècle (Les *Hovering acts* britanniques de 1718, dont l'objectif était de lutter contre la contrebande née de l'interdiction faite aux sujets britanniques de consommer des produits français tels que les vins, spiritueux et les soieries), et dans des lois américaines du temps de la prohibition de l'alcool entre 1919 et 1933 (Les *liquor treaties* américains de 1924). L'objectif visé par les États, dans ces lois, était de permettre à leurs services douaniers d'intervenir au-delà de leur mer territoriale, afin de lutter contre la contrebande maritime.

28) Le principe de l'exclusivité de la loi du pavillon en haute mer est consacré à l'article 92 de la CMB.

29) Sachant toutefois que de nombreux trafiquants de drogue agissent à bord de navires non immatriculés et n'arborant aucun pavillon, « l'absence de nationalité du navire » pourra en ce cas justifier un droit de visite. Voir Papastavridis E. D., "Crimes at Sea : a Law of the Sea Perspective", *in* Papastavridis E. D. et Kimberley N. T. (2014), *La criminalité en mer / Crimes at Sea*, Académie de Droit International, Martinus Nijhoff Publishers, 30.

Cap I.pmd 62 15/09/2016, 20:52

mesures nécessaires pour remédier à la situation[30] ou bien l'autorise expressément à intervenir.

C'est notamment ce qui s'est passé en 2008, s'agissant du *Junior*, ce cargo battant pavillon panaméen intercepté par les autorités françaises à environ 300 km au sud-ouest des côtes de Conakry (Guinée). Le Panama avait en effet donné son accord à son arraisonnement et à un transfert de compétence juridictionnelle au profit de la France[31]. En revanche, la portée de l'accord a pu poser problème s'agissant de l'intervention des autorités françaises (en 2002) à bord du *Winner*, cargo immatriculé au Cambodge et qui se trouvait alors en haute mer, au large des îles du Cap-Vert. En effet, dans l'affaire *Medvedyev*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la note verbale du Cambodge, qui autorisait l'intervention, ne mentionnait pas explicitement le sort des membres de l'équipage et ne pouvait donc fonder juridiquement les mesures prises à leur égard. Elle a en outre souligné que la demande de coopération présentée au Cambodge par la France n'était pas justifiée par le fait que cette dernière soupçonnait un navire battant pavillon français de se livrer à un trafic de stupéfiants, alors qu'il s'agit là d'une condition posée par l'article 108 de la CMB pour demander la coopération d'autres États. Le Cambodge n'étant de toute façon pas partie à cette convention, cette disposition était inapplicable en l'espèce[32]. Si l'interprétation très étroite de la note verbale cambodgienne par la CourEDH peut être discutée[33], cette affaire témoigne bien des limites de la Convention de Montego Bay lorsqu'il s'agit de lutter contre le trafic de stupéfiants en haute mer[34]. C'est précisément ces lacunes que la Convention de Vienne de 1988 va tenter de combler, même si c'est de manière imparfaite.

B) L'apport fragile de la Convention de Vienne de 1988

La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes est le premier texte qui vise à la fois les deux grandes catégories de drogues (stupéfiants et substances psychotropes) et qui présente résolument un caractère répressif. Surtout, pour ce qui nous intéresse ici, il est le premier texte international relatif à la drogue qui s'intéresse spécifiquement au trafic maritime[35].

---

30) Article 94 de la CMB.

31) Si la CEDH a condamné la France dans cette affaire pour comparution tardive de personnes placées en garde à vue devant un magistrat indépendant (violation de l'article 5 § 3 de la CEDH), elle n'a en revanche pas remis en cause le fondement légal de l'intervention. Voir CEDH, arrêt du 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, Req. n° 62736/09.

32) Voir CEDH, GC, arrêt du 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, § 90.

33) Voir, jointe à l'arrêt précité, l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Costa, Casadevall, Bîrsan, Garlicki, Hajiyev, Sikuta et Nicolaou.

34) Relatant une affaire qui illustre également ces limites (celle de l'interception par les autorités italiennes, en 1986, du navire *Fidelio* battant pavillon du Honduras), voir Scovazzi T. (2000), "The Evolution of International law of the Sea : New Issues, New Challenges", *RCADI*, vol. 286, 224-227.

35) Pour un commentaire officiel de la Convention, voir *Commentaire de la Convention des Nations Unies*

Cap I.pmd 63 15/09/2016, 20:52

Les Parties à la Convention, se disant « *résolues à améliorer la coopération internationale pour la répression du trafic illicite par mer* » (Préambule de la Convention), y ont consacré un long article 17 composé de 11 paragraphes, qualifié parfois de « véritable petite convention maritime »[36]. Mais il s'agit surtout d'une disposition-cadre, dont nous nous contenterons de reprendre ici les dispositions les plus importantes.

Les deux premiers paragraphes de cet article ne sont guère innovants. Comme la Convention de Montego Bay, le premier se borne à encourager les Parties à coopérer « *dans toute la mesure du possible en vue de mettre fin au trafic illicite par mer, en conformité avec le droit international de la mer* ». Le second paragraphe se contente quant à lui de rappeler que si un État Partie a « *des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire battant son pavillon ou n'arborant aucun pavillon ou ne portant aucune immatriculation* » se livre au trafic illicite, il peut demander l'assistance des autres Parties « *dans la limite des moyens dont elles disposent* ». Les paragraphes suivants sont en revanche plus novateurs puisqu'ils envisagent la possibilité pour un État partie d'exercer des pouvoirs de police à l'égard d'un navire suspect « *exerçant la liberté de navigation conformément au droit international* »[37], alors qu'il ne relève pas de son pavillon mais de celui d'un autre État partie à la Convention. Il doit toutefois, selon les termes de l'article 17 § 4, demander à cet État « *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* ». Les mesures en question sont évoquées dans le paragraphe suivant (§ 5). Elles peuvent notamment permettre à l'État requérant d'arraisonner le navire, de le visiter et, si des preuves de participation à un trafic illicite sont découvertes, de prendre les mesures appropriées à l'égard du navire, des personnes qui se trouvent à bord et de la cargaison, à condition toutefois que ces mesures soient explicitement autorisées par l'État du pavillon et dans les conditions fixées d'un commun accord entre les Parties (§ 6).

C'est précisément en vertu de la Convention de Vienne de 1988 que, en 2013, la Tanzanie a autorisé la marine nationale française à arraisonner et visiter le *Luna S*, cargo battant pavillon tanzanien, alors qu'il naviguait dans les eaux internationales méditerranéennes et transportait à son bord une vingtaine de tonnes de résine de

---

contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, Publication des Nations Unies, E/CN.7/590, 1998, 402 p., p. 279 (document accessible sur le site de l'ONUDC : www.unodc.org). Voir aussi Rouchereau (1988), « La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes », *AFDI*, 601 et s. ; et Gilmore W. (1991), "The 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances", *Marine Policy*, 183 et s.

36) Voir Morosoli A. (1999), « La répression du trafic de stupéfiants en haute mer », *Actualité et Droit International*, www.ridi.org/adi.

37) Sur cette formule de compromis permettant de désigner la haute mer mais aussi, malgré la réticence de certains États comme le Brésil, la ZEE, voir les commentaires de Treves T. (1995), « Intervention en haute mer et navires étrangers », *AFDI*, 656-657.

Cap I.pmd 64 15/09/2016, 20:52

cannabis (dont une partie sera d'ailleurs brûlée par l'équipage). La Tanzanie a également abandonné sa compétence juridictionnelle au profit de la France dans cette affaire[38]. C'est aussi sur ce fondement que les autorités espagnoles ont intercepté, en janvier 1995, le navire *Archangelos*, qui battait pavillon panaméen et naviguait en direction de l'Europe avec un chargement de cocaïne, à environ 3000 milles nautiques des Îles Canaries. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître de ces faits dans l'affaire *Rigopoulos* et n'a pas remis en cause la légalité de cette opération, notant qu'elle avait eu lieu après l'obtention de l'autorisation verbale de l'ambassade du Panama en Espagne, conformément à l'article 17 (§ 3 et 4) de la Convention de Vienne[39]. En revanche, dans l'affaire *Medvedyev* précitée, la CourEDH a considéré que l'arraisonnement du *Winner* par les autorités françaises ne pouvait trouver de fondement juridique dans l'article 17 de la Convention de Vienne de 1988, le Cambodge n'étant pas partie à cette Convention[40].

Quoi qu'il en soit, la Convention de Vienne est loin de donner carte blanche aux États Parties pour intercepter en haute mer les navires étrangers. L'État du pavillon reste maître de la décision et c'est seulement si ce dernier y consent que l'État requérant pourra intervenir[41]. Ainsi, d'après le Secrétariat général de la mer, la procédure de l'article 17 a été utilisée seize fois en 2014 (soit 45 % de demandes de plus qu'en 2013). Mais seule la moitié de ces demandes ont conduit à un résultat positif[42]. Par ailleurs, si le § 7 de l'article 17 prévoit que chaque État Partie réponde « sans retard » à toute demande que lui adresse une autre Partie[43], le temps de la décision risque bien souvent de dépasser le temps de l'action, l'intervention demeurant dès lors très contingente[44].

---

38) Voir le site du Ministère de la défense (http://www.defense.gouv.fr). Voir aussi, *Le marin* du 13 septembre 2013 et *Mer et marine* du 7 avril 2014. La veille, un autre navire, le *MV Gold Star*, battant également pavillon tanzanien, avait été intercepté par les forces armées de Malte et la police italienne, à la suite d'un incendie déclenché pour les mêmes motifs. Trente tonnes de cannabis sont ainsi parties en fumée.

39) Cour EDH, décision du 12 janvier 1999, *Rigopoulos c/ Espagne*, n° 37388/97, CEDH 1999-II.

40) Cour EDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, § 90.

41) Comme souligné dans le commentaire officiel de la Convention (*op. cit.,* p. 279), « cette question relève entièrement de son pouvoir discrétionnaire ».

42) Voir l'intervention de Cécile Pérot, Chargée de mission au Secrétariat général de la mer et Inspectrice principale des douanes, lors de la journée débat organisée par l'INDEMER à Monaco, le 5 février 2015, intitulée *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, vingt ans après, pratique opérationnelle des États* (à paraître).

43) Pour faciliter cette décision et sa transmission, l'article 17 § 7 prévoit que, « *au moment où il devient Partie à la présente convention, chaque État désigne l'autorité ou, le cas échéant, les autorités habilitées à recevoir de telles demandes et à y répondre* », et que « *dans le mois qui suit cette désignation, le Secrétaire général notifie à toutes les autres Parties l'autorité désignée par chacune d'elles* ». La liste avec les coordonnées de ces autorités est publiée par l'ONU et mise à jour périodiquement dans la série portant la cote : ST/NAR.3. En France, c'est le préfet maritime ou le délégué du gouvernement pour l'action de l'État en mer qui, après consultation de l'OCRTIS et de la DNRED, effectue la demande auprès du ministère des Affaires étrangères, chargé de recueillir le consentement de la puissance étrangère concernée.

44) Certaines directives ont toutefois pu être apportées aux États à l'issue de la réunion du Groupe de

Cap I.pmd 65 15/09/2016, 20:52

Tout en suivant les orientations données par la Convention de Montego Bay et en renforçant la coopération internationale, la Convention de 1988 ménage donc les grands principes du droit international applicables en haute mer, c'est-à-dire la liberté des mers et la loi du pavillon (qui découle du principe de souveraineté des États). Aucune disposition particulière n'envisage non plus l'intervention des États tiers pour lutter contre le narcotrafic dans les eaux territoriales d'un État côtier. L'article 2 de la Convention affirme au contraire que « *Toute partie s'abstient d'exercer sur le territoire d'une autre Partie une compétence ou des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cette autre Partie par son droit interne* ». C'est ainsi dans le strict respect de l'intégrité territoriale des États et du principe de non-ingérence dans leurs affaires intérieures que la Convention de Vienne organise la répression du trafic de stupéfiants[45].

Il n'en demeure pas moins que ce cadre juridique international paraît insuffisant pour lutter efficacement contre le narcotrafic maritime. Finalement, le principal intérêt de l'article 17 réside peut-être dans son § 9, qui énonce que « *les Parties envisageront de conclure des accords ou arrangements bilatéraux ou régionaux en vue de donner effet aux dispositions du présent article ou d'en renforcer l'efficacité* ». En incitant les États à la mettre en œuvre au travers d'accords chargés d'en fixer les modalités concrètes, la Convention de Vienne de 1988 joue en quelque sorte un rôle de catalyseur. C'est pourquoi elle peut être considérée, avec la CMB, comme le socle de la coopération internationale en ce domaine. Il est dès lors intéressant d'aller observer comment, au niveau bilatéral et régional, les États ont pu répondre à cette mission en établissant un cadre juridique plus spécifique, afin de surmonter les difficultés liées à l'application des principes fondamentaux du droit international de la mer et au respect rigoureux de la souveraineté territoriale des États côtiers.

travail sur la coopération maritime qui s'est tenue à Vienne du 19 au 23 septembre 1994 et du 20 au 24 février 1995 (E/CN.7/1995/13). Ces directives ont été approuvées par la Commission des stupéfiants dans sa résolution 8 (XXXVIII) (Voir : *Documents officiels du Conseil économique et social*, 1995, Supplément no 9 (E/1995/29) chapitre XII, sect. A). À la demande de la Commission des stupéfiants (résolution 44/6), l'ONUDC a par la suite élaboré un « Guide pratique » (2004) pour les autorités nationales compétentes désignées conformément à l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 », afin de les aider dans la formulation des demandes prévues à cet article ou dans la réponse à donner à de telles demandes. Le guide est consultable sur le site de l'ONUDC (www.unodc.org).

45) Le § 11 de l'article 17 insiste d'ailleurs en précisant que « *Toute mesure prise conformément au présent article tient dûment compte, conformément au droit international de la mer, de la nécessité de ne pas empiéter sur les droits et obligations et l'exercice de la compétence des États côtiers, ni de porter atteinte à ces droits, obligations ou compétence.* »

Cap I.pmd 66 15/09/2016, 20:52

II.- Les avancées relatives du cadre juridique bilatéral et régional

Les progrès les plus importants en matière de lutte contre le trafic maritime de stupéfiants ont pour le moment été réalisés dans des cadres conventionnels géographiquement limités. En effet, un certain nombre d'accords ou arrangements entre États ont d'ores et déjà été conclus afin de mettre en œuvre la coopération internationale que la Convention de Vienne appelle de ses vœux et permettre aux États d'intervenir plus rapidement en Haute mer, voire dans les eaux territoriales étatiques. Les premières initiatives, assez audacieuses, ont été prises au niveau bilatéral (A) avant de se développer de manière plus mesurée au niveau régional (B). Mais là encore, leur mise en œuvre se heurte à un certain nombre d'obstacles.

A) L'adoption d'accords bilatéraux ambitieux

Avant même l'adoption des conventions de Vienne et de Montego Bay, les États-Unis ont négocié un accord avec les Britanniques afin de lutter plus activement contre le trafic maritime en haute mer. Matérialisé par un échange de notes entre les deux pays en date du 13 novembre 1981, cet accord s'inspire des *liquor treaties* en vigueur au temps de la prohibition, avec pour objectif de faciliter la répression des infractions aux lois américaines[46]. La Grande-Bretagne y accorde aux navires officiels américains une autorisation de principe pour aborder dans certains espaces définis de haute mer[47] les navires sous pavillon britannique, en cas de « soupçon raisonnable » que des stupéfiants à destination du territoire américain se trouvent à bord. Les pouvoirs de police reconnus aux autorités américaines sont considérables puisque, outre les inspections menées à bord, celles-ci sont autorisées à saisir le navire, le conduire dans un port américain et poursuivre les trafiquants. Malgré son absence de réciprocité, les résultats obtenus par la mise en œuvre de ce premier accord vont permettre de l'ériger en modèle pour l'élaboration d'autres arrangements bilatéraux.

Ainsi, le 23 mars 1990, le Royaume d'Espagne et la République italienne vont décider de donner effet aux dispositions de l'article 17 de la Convention de Vienne en concluant, à Madrid, un traité destiné à renforcer la répression du trafic illicite de drogue en mer[48]. Ce traité italo-espagnol, entré en vigueur le 7 mai 1994, accorde cette fois à

---

46) United Kingdom Treaty Series (1982), No 8, (CMND 8470), *BYIL*, t. 52, 86. Sur cette coopération anglo-américaine, voir Gilmore (1989), "Narcotics Interdiction at Sea, UK-US cooperation", *Marine Policy*, 218-230. Voir aussi Siddle (1982), "Anglo-American cooperation in the suppression of drug smuggling", *ICLQ,* 726 et s.

47) Les espaces concernés comprennent le golfe du Mexique, la mer des Caraïbes, une large frange de l'océan Atlantique à l'ouest du méridien de 55° de longitude Ouest et au sud du parallèle de 30° de latitude Nord, ce qui constitue des zones considérables.

48) Le texte du traité est publié au *Bulletin du droit de la mer* des Nations Unies (1995), n° 29. Pour une étude, voir Adam R. (1992), « La repressione del traffico di droga via mare in recente trattato italo-spagnolo », *La comunità internazionale*, 348-378.

Cap I.pmd 67 15/09/2016, 20:52

ses signataires un droit d'intervention réciproque sur leurs navires respectifs, dans les eaux situées en dehors de leur mer territoriale, et ce sans nécessité d'un consentement préalable de l'État du pavillon. Outre la poursuite du navire suspect[49], l'État intervenant peut ainsi procéder à son abordage, à la vérification des documents, à l'interrogation des personnes à bord mais également, si les soupçons restent fondés, à la visite du navire, à la saisie de la drogue et à l'arrestation des personnes impliquées. Il peut enfin, si nécessaire, escorter le navire jusqu'au port approprié le plus proche[50]. S'agissant des poursuites pénales, le traité reconnaît toutefois une « compétence préférentielle » à l'État du pavillon, à laquelle ce dernier peut cependant renoncer si l'État intervenant le lui demande. Le silence valant ici renonciation[51], la compétence de l'État intervenant qui, à ce stade, a probablement déjà recueilli les preuves et exerce son contrôle sur les trafiquants, s'en trouve facilitée.

Mais c'est surtout en mer Caraïbe, foyer du trafic maritime de cocaïne, qu'on a vu se développer, depuis la fin des années 1990, un nombre important d'accords bilatéraux conclus entre les États-Unis et la plupart des États de la région[52]. Particulièrement audacieux, ces accords octroient aux autorités américaines de larges prérogatives, et conduisent à une sorte de sous-traitance de la compétence répressive des États les plus fragilisés[53]. Si on y retrouve un droit de visite, par les autorités américaines, des navires de ses partenaires en haute mer, les diverses mesures envisagées ont aussi pour objectif de contourner les principaux obstacles découlant de la souveraineté territoriale des États côtiers. Trois types d'accords peuvent ainsi être distingués : les *Shiprider Agreements,* les *Hot Pursuit Agreements* et les accords *Entry to Investigate.* Dans le cadre des premiers *(Shiprider Agreements)*, un navire américain peut embarquer à son bord un agent de l'État du pavillon vers lequel se dirige le navire suspect afin de poursuivre celui-ci jusque dans les eaux territoriales de l'État du pavillon, et le contrôler sous couvert de l'agent présent à bord. Les *Hot Pursuit Agreements* permettent quant à eux de poursuivre le navire suspect jusque dans les eaux territoriales de l'autre État partie à l'accord, et ce alors même qu'aucun agent de cet État n'est présent à bord. Les conditions posées à l'article 111 de la CMB sont ainsi largement dépassées, puisqu'en principe, le droit de poursuite qu'il consacre cesse dès que le navire poursuivi entre dans la mer territoriale de l'État dont il relève

49) À noter que l'allusion au droit de poursuite dans le traité ne fait pas mention des conditions exigées par la CMB dans son article 111 et semble ainsi les éluder.

50) Article 5 du traité italo-espagnol.

51) Article 6 du traité italo-espagnol.

52) Le *Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs* du Département d'État américain relevait dernièrement l'existence de 47 accords maritimes antidrogue bilatéraux ou procédures opérationnelles en place entre les États-Unis et les nations partenaires, essentiellement des États d'Amérique centrale et du sud. Voir : *2015 International Narcotics Control Strategy Report* (www.state.gov/documents/organization/239560.pdf, 45).

53) Voir Bellayer-Roille A. (2007), « La lutte contre le narcotrafic en mer Caraïbe : une coopération internationale à géométrie variable », *RGDIP*, nº 2, 355-386.

Cap I.pmd 68 15/09/2016, 20:52

ou dans celle d'un autre État. Enfin, les accords *Entry to Investigate* autorisent la marine américaine à patrouiller à l'intérieur des eaux territoriales des États parties. Si les résultats obtenus grâce à la mise en œuvre de tels accords sont indiscutables, les principes de souveraineté territoriale et de non-ingérence dans les affaires intérieures des États côtiers en ressortent néanmoins très affaiblis et de tels mécanismes, en l'absence de réciprocité, peuvent légitimement être perçus comme une mise sous tutelle américaine des États partenaires.

C'est à la fois pour encadrer ce type de pratique et pour renforcer la coopération internationale encouragée par les conventions des Nations Unies, que des accords régionaux ont été négociés.

B) Le développement parcimonieux des accords régionaux

Deux accords régionaux importants méritent particulièrement d'être évoqués[54], parce qu'ils contiennent des dispositions détaillées sur l'articulation des compétences et les relations juridiques entre l'État intervenant et l'État du pavillon, ainsi que sur les procédures d'autorisation et leur champ d'application. Il s'agit, d'une part, de l'accord conclu à Strasbourg en 1995 dans le cadre du Conseil de l'Europe, et d'autre part, de l'accord dit de « San José » (ou d'Aruba), adopté en 2003, qui concerne quant à lui la zone des Caraïbes.

L'accord relatif au trafic illicite par mer élaboré sous les auspices du Conseil de l'Europe[55] vise explicitement, comme l'indique son nom, à mettre en œuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes[56]. Ouvert le 31 janvier 1995 à la signature des États membres ayant consenti à être liés par la Convention de Vienne de 1988, il est entré en vigueur le 1er mai 2000 et réunit aujourd'hui 15 États parties[57]. Son champ d'application territorial

---

54) D'autres initiatives ont pu être menées dans un cadre matériel plus large mais avec des dispositions ou des incidences ponctuelles en matière de lutte contre le trafic maritime de stupéfiants. Citons par exemple la convention d'entraide adoptée en 1986 par les pays de langue portugaise, entre autres le Portugal, le Mozambique et le Brésil. Celle-ci autorise en effet les Parties à prendre des mesures contre les navires soupçonnés d'être impliqués dans un trafic de stupéfiants. (Convention évoquée dans le rapport explicatif de l'accord de 1995 qui sera présenté ci-après).

55) Sur la négociation de l'accord, voir Gilmore W. (1995), "Narcotics Interdiction at Sea : The 1995 CoE Agreement", *Marine Policy*, 3.

56) Le texte de l' « Accord relatif au trafic illicite par mer mettant en œuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes » et le « Rapport explicatif » sont disponibles sur le site du Conseil de l'Europe, document CDPC (94) 22, Additif du 27 juin 1994 (*Recueil des Traités européens*, n° 156).

57) L'article 27 § 3 de l'Accord exigeait 3 ratifications pour que celui-ci puisse entrer en vigueur. Les Pays-Bas l'ont ratifié en 2013, mais toujours pas la France. L'Accord est également ouvert aux États non membres du Conseil de l'Europe, mais parties à la Convention de Vienne, sur invitation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (cf. Art. 28 § 1 de l'Accord). Long de 36 articles, l'Accord de Strasbourg

Cap I.pmd 69 15/09/2016, 20:52

ne concerne que la haute mer, ou plus précisément « *les eaux situées au-delà de la mer territoriale de tout État* » (article 6), la compétence de l'État côtier demeurant ainsi préservée[58]. Son objectif étant toutefois de « *donner effet* » aux dispositions de l'article 17 et d'en « renforcer l'efficacité », il conforte la compétence des États parties pour demander assistance en cas de soupçon à l'égard d'un navire battant leur pavillon (article 4) ou dépourvu de nationalité (article 5) et, surtout, il encadre par une véritable « procédure d'autorisation » (section 2) la compétence de ces États pour intervenir à l'égard des navires battant pavillon ou portant l'immatriculation d'un autre État partie. Si l'État intervenant peut ainsi arrêter le navire étranger, monter à son bord et prendre tout ou partie des autres mesures spécifiées dans l'Accord[59], ces mesures ne peuvent être prises qu'avec l'autorisation de l'État du pavillon, qui n'a pas à motiver son refus et qui peut aussi poser ses conditions. Certes, un délai de 4 heures maximum est préconisé pour que l'État du pavillon communique sa décision (article 7), ce qui constitue une avancée puisqu'une réponse tardive risque bien souvent de compromettre l'efficacité de l'intervention[60]. Mais l'Accord de Strasbourg reste malgré tout très prudent, car l'autorisation d'intervention entre les États parties à l'Accord est loin d'être automatique et l'absence de réponse ne peut, ici, être assimilée à un consentement tacite. Par ailleurs, l'État du pavillon conserve une « compétence préférentielle » à l'égard de toute infraction pertinente commise à bord de son navire (article 3)[61], ce qui lui permet d'assumer la responsabilité des poursuites pénales consécutives à l'intervention et de suspendre ainsi la compétence de l'État intervenant[62]. Bien que très détaillé, l'Accord de Strasbourg ne règle pas non plus

adopte une terminologie autonome explicitée dès le premier article. Sont ainsi définies les expressions : « *État intervenant* », « *compétence préférentielle* », « *infraction pertinente* », « *navire* ».

58) L'Accord souligne ainsi, dans son article 2 § 3, que « [t]*oute mesure prise conformément au présent Accord tient dûment compte de la nécessité, conformément au droit international de la mer, de ne pas empiéter sur les droits et obligations et l'exercice de la compétence des États côtiers, ni de modifier ces droits, obligations ou compétence* ».

59) Les mesures pouvant être prises par l'État intervenant sont détaillées aux articles 9 et 10 de l'Accord. Il peut s'agir notamment de la fouille du navire, de la saisie des éléments de preuve, d'escorter le navire jusqu'à son territoire, de l'immobilisation aux fins d'investigations plus poussées et, si des preuves qu'une infraction a été commise sont réunies, de l'arrestation des personnes concernées. Chose assez rare dans ce type de convention, l'Accord aborde la question du recours à la force, en soulignant que l'usage des armes devra toujours être un dernier recours et rester raisonnable et proportionné au vu des circonstances de l'espèce (article 12 § 1).

60) Les Parties à l'Accord sont aussi tenues « *dans la mesure du possible* » de prendre des mesures afin que les autorités désignées puissent recevoir les demandes et y répondre à toute heure du jour ou de la nuit (art. 17 § 1).

61) L'article 14 prévoit que l'État du pavillon doit notifier à l'État intervenant qu'il exerce sa compétence préférentielle le plus tôt possible et au plus tard dans un délai de quatorze jours suivant la réception du résumé des éléments de preuve.

62) C'est sans doute l'exercice de cette compétence préférentielle qui permet d'expliquer l'absence de ratification de l'Accord par la France, une incompatibilité existant entre son droit constitutionnel et l'article 15 de l'Accord, qui permet à l'État intervenant de remettre les personnes arrêtées aux autorités de l'État du pavillon, ce qui pourrait être assimilé à une procédure d'extradition.

Cap I.pmd 70 15/09/2016, 20:52

toutes les difficultés en la matière. C'est pourquoi il prévoit, par une sorte d'effet gigogne, que les Parties pourront conclure entre elles des accords bilatéraux ou multilatéraux afin de compléter ou de renforcer ses dispositions[63]. Malgré ses lacunes, ce premier accord régional marque donc un pas de plus dans le développement de la coopération internationale en matière de lutte contre le trafic maritime de stupéfiants, et a pu inspirer les États désireux de renforcer cette coopération à d'autres échelons.

C'est ainsi que les États européens présents en Caraïbe ont initié l'adoption d'un nouvel accord en vue de la répression du trafic illicite maritime et aérien de stupéfiants et de substances psychotropes dans cette région particulièrement concernée par ce problème[64]. Signé à San José (Costa Rica) le 10 avril 2003 par plusieurs États de la région[65], cet accord (dit aussi Accord d'Aruba) est entré en vigueur en 2008 et constitue probablement l'instrument international le plus abouti de la coopération multilatérale[66]. Celle-ci est d'ailleurs multiforme puisqu'elle concerne aussi bien la détection, l'identification et la surveillance que l'intervention à l'égard des navires. L'Accord intègre aussi une dimension organisationnelle très poussée. Sans entrer dans les détails des 42 articles qui composent ce texte, le principal apport de l'accord de San José réside dans la possibilité offerte aux États parties d'intervenir sur les navires soupçonnés de trafic de stupéfiants à l'intérieur même des eaux territoriales des autres États Parties, voire de leurs eaux intérieures[67]. L'espace Caraïbe étant formé d'une juxtaposition de zones de souveraineté, les trafiquants, à bord de *go-fast*, ont en effet pris l'habitude

63) Article 30 § 2 de l'Accord de Strasbourg.

64) Soulignant l'acuité du problème du narcotrafic dans la région des Caraïbes, voir Rattray K., "Carribean Drug Challenges", *in* Nordquist M. H. et Moore J. N. (eds) (1999), *Oceans Policy: New Institutions, Challenges and Opportunities*, The Hague Boston M. Nijhoff, 1999, 179, 185. La « région des Caraïbes » est définie dans l'accord comme incluant : « *le Golfe du Mexique, la mer des Caraïbes et l'océan Atlantique à l'ouest du méridien de longitude 45 degrés ouest, au nord de la latitude 0 (Équateur) et au sud de la latitude 30 degrés nord, à l'exception de la mer territoriale des États non parties au présent accord* ».

65) Le Costa Rica, la France, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Nicaragua, la République dominicaine, les États-Unis et les Pays-Bas ont signé l'accord dès l'origine. Le Belize et le Royaume-Uni l'ont par la suite signé respectivement le 14 décembre 2004 et le 15 juillet 2005.

66) L'Accord est ouvert à la signature de « *tout État Partie à la Convention de 1988 situé dans la région des Caraïbes ou de tout État assumant la responsabilité des relations extérieures d'un territoire situé dans la région des Caraïbes* ». La France étant partie à cet accord, le texte de celui-ci pourra être consulté en annexe du Décret n° 2008-1047 du 10 octobre 2008 portant publication de l'accord 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, fait à San José le 10 avril 2003, *JORF* n° 0239 du 12 octobre 2008, 15711-15718. L'accord encourage en outre les États parties à conclure entre eux des accords complémentaires (art. 31). On peut noter à cet égard qu'un accord a par la suite été signé, le 10 octobre 2010, entre la France et les Pays-Bas s'agissant de la coopération insulaire en matière policière à Saint-Martin. Sa ratification par la France a toutefois été retardée et n'est intervenue que récemment. Voir la Loi n° 2015-471 du 27 avril 2015 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas relatif à la coopération insulaire en matière policière à Saint-Martin, *JORF* n° 0099 du 28 avril 2015, 7377.

67) Articles 11 à 15 de l'Accord.

Cap I.pmd 71 15/09/2016, 20:52

de pratiquer des « sauts de juridiction », afin d'échapper aux forces de l'ordre et se réfugier dans la mer territoriale ou les eaux archipélagiques de pays n'ayant pas les moyens de les poursuivre ou n'ayant tout simplement pas intérêt à le faire. Pour lutter contre ce phénomène, l'accord de San José n'hésite pas à s'inspirer des formules retenues dans les accords bilatéraux conclus avec les États-Unis, et notamment du *Ship riding*[68]. Il est ainsi permis à des agents des services répressifs d'un État Partie d'embarquer sur les navires d'un autre État Partie, afin de faciliter l'obtention rapide de l'autorisation d'arraisonnement ou de poursuite dans les eaux de l'État de l'agent embarqué, sans toutefois disposer de pouvoirs judiciaires. L'Accord reconnaît aussi un droit de poursuite et de patrouille dans les eaux territoriales d'un autre État partie, à condition toutefois que celui-ci l'autorise expressément. L'État poursuivant peut également intervenir à l'égard du navire si l'État riverain accepte cette option ou bien si ce dernier l'informe au préalable qu'aucun agent embarqué ou navire des services répressifs n'est immédiatement disponible pour intervenir (article 12). L'obstacle du principe de souveraineté territoriale de l'État côtier se trouve ainsi relativement atténué. Dans les eaux internationales, le droit d'intervention se trouve également renforcé puisqu'en devenant Parties à l'Accord, les États sont censés avoir donné par anticipation leur autorisation pour arraisonner un navire battant leur pavillon, le fouiller et interroger son équipage[69], ce qui permet une intervention beaucoup plus rapide. Deux autres options sont toutefois proposées, puisque l'État peut notifier qu'il doit donner son consentement exprès pour l'arraisonnement d'un navire revendiquant sa nationalité, ou bien notifier que cette intervention ne pourra avoir lieu que s'il n'a pu ni réfuter ni confirmer la nationalité du navire dans un délai de quatre heures suivant la réception de la demande[70]. La compétence juridictionnelle préférentielle de l'État côtier dans ses eaux territoriales ou de l'État du pavillon dans les eaux internationales est par ailleurs préservée, même si ces derniers peuvent y renoncer de manière explicite au profit de l'État intervenant (article 24). L'impact de l'accord de San José est donc plus limité qu'il n'y paraît, d'autant plus que le nombre d'États parties demeure réduit.

Le souhait de mettre en place une coopération plus poussée dans la lutte contre le transport maritime de stupéfiants s'est aussi manifesté au sein de l'Union européenne, à travers une initiative de l'Espagne, qui a déposé en 2002 un projet de « Convention relative à la répression par les administrations douanières du trafic illicite de drogue en Haute Mer »[71]. Le texte proposé reconnaissait à chaque État membre un « droit de représentation », permettant aux navires ou aux aéronefs appartenant à leurs autorités douanières respectives d'intervenir contre les navires d'un autre État membre,

68) Voir Bellayer-Roille A., *loc. cit.*, 374-379.

69) Article 16 de l'Accord.

70) La France a choisi cette deuxième option.

71) Initiative du Royaume d'Espagne en vue de l'adoption d'un acte du Conseil établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la « Convention relative à la répression par les administrations douanières du trafic illicite de drogue en haute mer », *JO* n° C-045 du 19 février 2002, 8-12.

Cap I.pmd 72 15/09/2016, 20:52

sans avoir à attendre son autorisation[72]. Il reconnaissait aussi à chaque État membre une « juridiction préférentielle » sur ses navires, en soulignant que celui-ci pouvait y renoncer en faveur de l'État intervenant[73]. Si le texte de la Convention a été adopté par le Parlement européen après amendements le 9 mars 2004[74], il semble cependant que cette procédure ait été par la suite abandonnée, témoignant de la réticence de certains États européens à « abandonner » une partie de leurs prérogatives en mer. Il faut reconnaître, par ailleurs, que les pavillons qui posent de nombreuses difficultés en matière de trafic de drogue en haute mer sont rarement les pavillons d'autres États membres de l'Union, mais le plus souvent des pavillons de complaisance…

Parallèlement à ces accords régionaux, la coopération multilatérale s'est aussi développée à travers la mise en place de mécanismes informels de consultation[75] et de structures opérationnelles de coordination et de renseignement. Ainsi, à côté de la *Joint Inter Agency Task Force – South* (JIATF-S), force opérationnelle américaine mais travaillant en coopération avec d'autres pays[76], sept États membres de l'UE (dont la France) se sont associés en 2007 pour créer le Centre opérationnel d'analyse du renseignement maritime pour les stupéfiants (MAOC-N), afin de lutter contre le trafic de drogue dans l'Atlantique[77]. Ce Centre, basé à Lisbonne, permet la mise en

---

72) Article 6 du Projet de Convention : « *Les navires ou les aéronefs officiels peuvent poursuivre, arraisonner et aborder le navire, en examiner les documents, identifier et interpeller les personnes qui se trouvent à son bord et inspecter le navire et, si les soupçons se confirment, procéder à la saisie de la drogue, à l'arrestation des personnes présumées responsables et conduire le navire jusqu'au port le plus proche ou le mieux adapté pour son immobilisation, au cas où il y aurait lieu de procéder à sa restitution, en en informant l'État du pavillon, au préalable si possible ou immédiatement après* ».

73) Article 8 du Projet de Convention.

74) Résolution législative du Parlement européen sur l'initiative du Royaume d'Espagne en vue de l'adoption d'un acte du Conseil établissant, conformément à l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, la Convention relative à la répression par les administrations douanières du trafic illicite de drogue en haute mer (5382/2002 – C5-0249/2003 – 2003/0816 (CNS). Le texte révisé élargit notamment l'objet de la Convention à d'autres trafics illicites en mer.

75) Citons notamment le Groupe Pompidou au sein du Conseil de l'Europe ; le Groupe de Dublin dans le cadre de l'Union européenne ; ou encore la CICAD (*Inter-American Drug Abuse Control Commission*) au sein de l'OEA. On trouve aussi au sein de l'UE plusieurs groupes de travail, dont le principal est le groupe « *Horizontal drogues* ». Son objectif est de mettre en place des politiques communes, d'harmoniser les législations des États membres, de coordonner et de valoriser l'action extérieure de l'Union contre le trafic de stupéfiants. C'est dans ce cadre qu'a été adoptée la Stratégie antidrogue de l'UE pour la période 2013-2020, approuvée par le Conseil européen le 7 décembre 2012 et accompagnée de deux Plans d'action, l'un couvrant la période 2013-2016, l'autre prévu pour la période 2017-2020. La Stratégie (C 402/01, *JOUE* du 29 décembre 2012) et le premier Plan d'action (C 351/1, *JOUE* du 30 novembre 2013) sont accessibles sur le site de l'UE (eur-lex.europa.eu/).

76) Basée à Key West en Floride, la JIATF-S travaille en coopération avec 13 autres États, dont la France, l'Espagne, les Pays-Bas, la Colombie et le Venezuela. Elle est chargée des opérations de surveillance et de répression du trafic de stupéfiants (notamment de cocaïne). Associée avec le *United States Southern Command*, elle est dirigée par des officiers de la *Coast Guard* américaine.

77) Créé par la France, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et le Royaume-Uni, le MAOC-N est cependant ouvert à tous les États membres de l'UE.

Cap I.pmd 73 15/09/2016, 20:52

commun et l'analyse du renseignement recueilli par les différents États membres. Son succès a inspiré la création, en 2008, du Centre de coordination de la lutte anti-drogue en Méditerranée (CeCLAD-M). Situé sur la base navale de la marine nationale à Toulon, cet organisme international accueille des officiers de liaison des États membres de l'Union européenne et des pays du bassin méditerranéen[78]. Les mécanismes juridiques de coopération sont ainsi de plus en plus sophistiqués. Toutefois, ce dernier type de coopération, axée sur la surveillance et l'échange d'informations, ne remet pas en cause la nécessité d'une autorisation préalable de l'État du pavillon pour intervenir en haute mer, ou de l'État côtier pour entreprendre une action dans ses eaux territoriales. Et même lorsque les mécanismes présentés franchissent le seuil de l'autorisation préalable de l'État du pavillon, ils restent confinés à des espaces limités et sont loin de faire l'objet d'une application universelle, restreignant ainsi l'efficacité de la lutte contre le narcotrafic en mer.

Alors doit-on (et peut-on) aller plus loin, en revenant sur les compétences territoriales ou personnelles des États lorsqu'il s'agit de lutter contre le narcotrafic maritime ? Cela supposerait en tous les cas de redéfinir le cadre juridique international afin de trouver un meilleur équilibre entre les principes fondamentaux du droit de la mer et les exigences de la lutte contre le trafic de stupéfiants.

III.- Vers un nouveau cadre juridique international ?

Des analyses précédentes, il ressort que les principaux obstacles juridiques à l'action des États engagés dans la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants sont liés à une application trop rigoureuse du principe de l'exclusivité de la loi du pavillon en haute mer et de celui de la souveraineté de l'État côtier dans ses eaux territoriales. Dépasser de manière générale ces obstacles suppose dès lors une adaptation du droit international de la mer aux défis que représente l'extension de cette menace, en adoptant une nouvelle approche des prérogatives étatiques dans les zones maritimes. À cette fin, deux pistes complémentaires seront ici envisagées, la première consistant en la consécration, au niveau international, d'une nouvelle exception à la loi du pavillon en haute mer dans le cadre de la lutte contre le narcotrafic (A), la seconde en l'autorisation d'un droit de poursuite inversé jusque dans les eaux sous souveraineté servant de refuge aux trafiquants (B).

78) Les membres originaires du CeCLAD-M sont l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Maroc, le Portugal et la France, mais le Centre peut accueillir d'autres États membres de l'Union européenne et des pays du bassin méditerranéen. On peut ajouter à cela que deux plateformes ont été installées en Afrique de l'Ouest (à Accra au Ghana et à Dakar au Sénégal), la première à l'initiative du Royaume-Uni, la seconde de la France. Ces différents centres sont reliés entre eux par un réseau informatique sécurisé (SIENA) mis en place par Europol sous l'autorité des États membres.

Cap I.pmd 74 15/09/2016, 20:52

A) Vers une nouvelle exception à la loi du pavillon en haute mer ?

Regrettant le manque de coordination de la lutte internationale contre le trafic de stupéfiants en haute mer, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a suggéré de manière assez surprenante, dans son arrêt rendu dans l'affaire *Medvedyev*, une solution plutôt radicale pour faire face à « *la mondialisation croissante du problème* »[79]. D'après la Cour, « *au regard tant de la gravité que de l'ampleur du problème posé par le trafic de stupéfiants, une évolution du droit international public qui consacrerait le principe selon lequel tous les États auraient compétence par exception à la règle de l'État du pavillon constituerait une avancée significative dans la lutte contre cette activité illicite. Cela permettrait d'aligner le droit international relatif au trafic de stupéfiants sur ce qui existe déjà depuis longtemps en matière de piraterie* »[80]. La Cour européenne appelle ainsi clairement de ses vœux un ajustement du droit international de la mer au défi de la lutte contre les stupéfiants, qui conduirait à consacrer dans ce domaine une véritable « compétence universelle »[81], à l'instar de celle reconnue aux États pour lutter contre les pirates des mers. La piraterie constitue en effet l'une des rares infractions internationales à déroger à la règle d'après laquelle, dans les eaux internationales, l'ordre public obéit exclusivement au droit de l'État de nationalité du navire[82]. Non seulement la Convention de Montego Bay reconnaît à tous les navires d'État un « droit de visite » à l'égard du navire suspecté de piraterie[83], comme c'est le cas aussi s'agissant du transport d'esclaves ou des émissions non autorisées, mais elle permet aussi à l'État intervenant de saisir le navire, d'appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord et de les traduire devant ses tribunaux[84].

L'inclusion du trafic de stupéfiants parmi les exceptions au principe de la compétence exclusive de l'État du pavillon sur ses navires en haute mer avait bien été envisagée lors des travaux de la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Mais, pas plus que le trafic de migrants, elle n'a été retenue en définitive. Il est vrai que cette criminalité est plus récente que la piraterie maritime. Mais l'on peut se demander à

---

79) Cour EDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, § 101. Précisons que nous ne nous intéressons ici qu'à la question des bases légales de l'intervention en haute mer, et non à celle du respect des droits de l'homme en matière de rétention à bord des navires et de transfert vers l'autorité judiciaire, qui est abordée dans d'autres communications.

80) Idem.

81) D'après G. de La Pradelle, « *la compétence d'une juridiction nationale est dite « universelle » lorsqu'elle s'étend à des actes commis par des étrangers, à l'étranger ou dans un espace échappant à toute souveraineté, alors même qu'aucun des critères habituellement retenus ne rattache de tels actes à l'État dont cette juridiction relève* ». Voir de La Pradelle G. de, « La compétence universelle », *in* Ascensio H., Decaux A., Pellet A. (dir.), 2012, *Droit international pénal*, Pedone, 2ème éd., 1007.

82) Article 92 de la Convention de Montego Bay (CMB).

83) Article 110 de la CMB.

84) Article 105 de la CMB.

Cap I.pmd 75 15/09/2016, 20:52

quel titre le pirate serait davantage prédisposé que le trafiquant de drogue à être considéré comme *hosti humani generis*, alors que le nombre de victimes de la drogue dépasse largement celui des victimes de la piraterie[85]. D'ailleurs, si l'on se réfère aux travaux de la Commission du droit international relatifs au *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*[86], il faut rappeler que dans sa version adoptée en première lecture en 1991, le Projet incriminait, dans son article 25, le trafic de drogue à l'échelle internationale (à côté de cinq autres infractions internationales, notamment le génocide et le terrorisme international), avant d'être retiré de la version définitive[87]. Le trafic international de stupéfiants a également été exclu du Statut de la Cour pénale internationale, alors que c'est pourtant ce qui avait motivé la relance du processus de création de cette juridiction à la fin des années 1980[88]. En l'absence de juridiction internationale compétente pour juger les trafiquants de drogue et conformément à la théorie du dédoublement fonctionnel défendue par Georges Scelle, il appartiendrait dès lors aux agents étatiques d'agir comme des agents internationaux lorsqu'il s'agit d'assurer l'efficacité des normes internationales, au nom de la communauté internationale[89]. Il est vrai qu'un certain nombre de difficultés juridiques et pratiques pourraient néanmoins surgir avec la mise en œuvre d'une telle solution, notamment en raison de l'absence d'uniformité des législations nationales applicables au trafic de stupéfiants, qui pourrait conduire à une rupture d'égalité entre les personnes interpellées[90]. Ainsi, un trafiquant de drogue ne risquera pas la même peine selon qu'il sera traduit en justice en Chine ou en Hollande. Sans compter les risques de conflit de compétences entre juridictions nationales, la marge d'appréciation laissée aux États dans la mise en œuvre des dispositions conventionnelles entraîne ainsi

85) D'après le dernier rapport mondial sur les drogues de l'ONUDC, le nombre annuel de décès liés à la drogue, estimé à 187 100 en 2013, est resté relativement inchangé.

86) Pour l'ensemble du projet, voir A/CN.4/448, 1er mars 1993.

87) Le trafic de stupéfiants a finalement été retiré du Projet en 1996, en deuxième lecture. Les oppositions se sont en effet cristallisées autour de la question de savoir dans quelle catégorie d'infractions (crimes contre la paix ou crimes contre l'humanité) le trafic de stupéfiants devait trouver sa place. Voir la déclaration de la CDI lors de l'adoption du Projet dans le *Rapport de la CDI sur les travaux de la 48ème session* (1996), 29.

88) Voir Bennouna M., « La Cour pénale internationale », *in* Ascensio H., Decaux A., Pellet A. (dir.), *op. cit.*, 809 et s. Voir aussi Robinson P., "The Missing Crimes", *in* Cassese A., Gaeta P. and R.W.D Jones J. (ed.), 2002, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 456. Les partisans de cette exclusion arguaient notamment du degré de gravité insuffisant de ce trafic, mais aussi de la surcharge de travail occasionnée pour la Cour.

89) Scelle G. (1933), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. IV, 358.

90) Sur la variation des incriminations étatiques, voir Pourzand, *op. cit.*, 337 et s. Il est vrai que la valeur sociale que l'on vise à protéger en réprimant le trafic de stupéfiants peut varier, que ce soit la protection de la santé et de la vie humaine pour les uns (valeur immatérielle), ou la sécurité des États et des échanges internationaux pour les autres (valeur matérielle), créant ainsi une « tension axiologique » que chaque système national traite de manière différente (*idem*, pp. 260 et s.). Empêcher les narcotrafiquants de livrer leur cargaison, c'est éviter des morts mais c'est aussi perturber les réseaux mafieux et terroristes qui se servent de la manne de la drogue pour financer leurs activités criminelles. Mais n'en va-t-il pas de même pour la piraterie ?

Cap I.pmd 76 15/09/2016, 20:52

une disparité des lois pénales nationales qui constitue un frein à la mise en œuvre de la compétence universelle. Sur le plan pratique, il peut également s'avérer très contraignant pour un État, en cas de saisie fructueuse, de devoir tout ramener à terre (équipage, navire, marchandises), problème qui pourrait cependant être résolu en développant des mécanismes de dissociation.

Sans aller jusqu'à consacrer une véritable compétence juridictionnelle universelle, l'introduction d'une nouvelle exception à la loi du pavillon pourrait très bien se limiter à autoriser les États à intervenir sur le navire suspect, en laissant à l'État du pavillon la compétence pour poursuivre en justice les trafiquants. C'est d'ailleurs la solution qui prévaut en matière de transport d'esclaves[91] ou d'émissions d'ondes radio ou télédiffusées non autorisées depuis la haute mer, sachant que l'État poursuivant peut aussi être, dans ce dernier cas, l'État d'immatriculation de l'installation, celui dont la personne en question est ressortissante ou encore l'État où les émissions peuvent être captées ou dont les radiocommunications autorisées sont brouillées par ces émissions[92]. Il paraît en effet pour le moins curieux que ces dernières soient soumises à un régime dérogatoire au principe de l'exclusivité de la loi du pavillon, alors que le trafic de stupéfiants ne l'est toujours pas… Cette solution intermédiaire, comparable à la « compétence juridictionnelle préférentielle » déjà reconnue à l'État du pavillon dans certains accords bilatéraux et régionaux, risque toutefois de se heurter elle aussi à certains obstacles, notamment au regard du droit de l'extradition. Celui-ci s'opposerait en effet, pour des pays comme la France, à une éventuelle livraison de trafiquants aux autorités d'un État qui pratiquerait la peine de mort par exemple. C'est cependant un problème que les États rencontrent déjà dans leur lutte contre la piraterie et qui peut être surmonté par la conclusion d'accords spécifiques.

Quoi qu'il en soit, de telles évolutions supposeraient de réviser les textes actuellement en vigueur, et notamment les articles 108 et 110 de la Convention de Montego Bay, voire l'article 17 de la Convention de Vienne de 1988. Or, les procédures de révision de ces conventions sont extrêmement lourdes[93] et celle-ci présente des risques importants, dans la mesure où toute modification du texte initial risque d'entraîner la rupture des grands équilibres sur la base desquels il a été rédigé. À moins que ne se dessine à l'horizon une évolution coutumière du droit de la mer, à partir d'une généralisation de la pratique des États dans le sens d'une limitation des compétences pour le moment réservées à l'État du pavillon. Le *Restatement* publié en 1987 par *l'American Law Institute*[94] considérait comme une possibilité, pour l'avenir, la reconnaissance au niveau coutumier du droit d'arraisonner et de soumettre à inspection

91) Article 99 de la CMB.

92) Article 109 de la CMB.

93) Voir les articles 312 et suivants de la CMB et l'article 31 de la Convention de Vienne de 1988.

94) Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute (1987), t. 2, St. Paul Minn., 81.

Cap I.pmd 77 15/09/2016, 20:52

en haute mer les navires étrangers soupçonnés de se livrer au trafic de stupéfiants, et peut-être aussi du droit de confisquer les stupéfiants, de saisir le navire et d'arrêter l'équipage. L'observation de la pratique unilatérale des États, notamment celle des États-Unis, mais aussi de l'Italie ou de la France, démontre que ces derniers cherchent constamment à surmonter les inconvénients du principe de l'exclusivité de la compétence de l'État du pavillon, notamment en acceptant que le consentement de celui-ci soit donné rapidement et sous une forme simplifiée (parfois par un simple appel téléphonique), voire déduit d'une simple absence d'opposition. La jurisprudence et la législation américaines ont en tous les cas reconnu depuis longtemps la validité de telles pratiques[95], alors que le gouvernement italien a, en 1987, vainement tenté de faire admettre l'existence d'une norme coutumière autorisant, dans des cas déterminés, l'intervention en haute mer en vue de réprimer le trafic de stupéfiants[96]. Si l'on en était peut-être encore loin il y a vingt ans[97], une telle évolution coutumière serait-elle devenue aujourd'hui une réalité ? La France avait, elle aussi, avancé cet argument dans l'affaire *Medvedyev*, mais la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, encore en 2010, que le Gouvernement français n'avait pas établi qu'il y aurait, depuis la conclusion de la Convention de Montego Bay, « *une pratique constante des États de nature à établir l'existence d'une norme de droit international coutumier qui conférerait une autorisation générale d'intervention à tout État ayant de sérieuses raisons de penser qu'un navire battant pavillon d'un autre État se livre au trafic de stupéfiants* »[98]. Le ralliement progressif de nouveaux États à cette pratique, à travers notamment la conclusion d'accords bilatéraux ou régionaux tels que ceux précédemment évoqués, pourrait cependant bien être le reflet de l'émergence d'une certaine *opinio juris* favorable à la consécration d'une telle évolution coutumière. Un tel glissement normatif ne concernerait cependant que l'intervention en haute mer et ne permettrait pas de surmonter l'obstacle se heurtent les États désireux de poursuivre un navire suspecté de trafic de stupéfiants lorsque celui-ci pénètre dans les eaux territoriales de l'État côtier. Sauf à envisager également une évolution sur ce terrain…

---

95) Voir par exemple le *Maritime Drug Law Enforcement Act*, faisant partie du § 3202 du *Anti-Drug Abuse Act* de 1986 *Public Law,* 99-570, § 3(b). Voir aussi Stieb (1989), « Survey of United States Jurisdiction over High Seas Narcotic Trafficking », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, t. 19, 119-147.

96) Le Cargo *Fidelio*, arborant pavillon du Honduras, avait été intercepté le 12 mars 1986, en haute mer, par les unités aéronavales de la *Guardia di finanza* et de la Marine militaire italienne. Alors que le ministère public et le juge d'instruction affirmaient qu'il existait désormais une règle coutumière internationale autorisant les États à intervenir en haute mer pour la répression du trafic de drogues, le tribunal, puis la Cour d'appel de Palerme dans son arrêt du 1er juin 1992, vont refuser de reconnaître une telle évolution. Voir : Cour d'appel de Palerme, 1er juin 1992, aff. criminelle contre Renevey et autres, *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 1081, confirmé par Cassation (Ve ch. Pén.), 1er février 1993 n° 873.

97) Voir Treves T. (1995), *loc. cit.*, 654. Soutenant au contraire, déjà à l'époque, l'existence d'une telle évolution coutumière, voir Leanza U. (1987), « L'evoluzione delle norme internazionali in materia di prevenzione e di repressione del traffico illecito degli stupefacenti in alto mare », in *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de Roberto Ago*, III, Milan, 241-279.

98) Cour EDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, § 85.

Cap I.pmd 78 15/09/2016, 20:52

B) Vers un « droit de poursuite inversé » en cas d'États côtiers défaillants ?

Que ce soit par manque de moyens opérationnels, négligence, complaisance, voire corruption de certains agents publics, qu'il s'agisse d'États faillis ou de narco-États[99], diverses raisons permettent d'expliquer que les eaux sous souveraineté puissent parfois constituer de véritables zones de refuge pour les trafiquants. Revenir sur la compétence exclusive de l'État côtier sur ses eaux territoriales paraît dès lors le seul moyen efficace pour que les États engagés en mer contre le trafic de stupéfiants puissent intervenir. Mais peut-on aller jusqu'à la reconnaissance d'un « droit d'ingérence anti-drogue »[100] ?

L'article 111 de la Convention de Montego Bay reconnaît bien aux États côtiers un droit de poursuite jusqu'en haute mer à l'égard des navires suspectés d'avoir contrevenu à leurs lois et règlements, à condition que cette poursuite ait commencé dans une zone relevant de leur juridiction et qu'elle n'ait pas été interrompue. Cependant, cette poursuite doit en principe cesser dès lors que le navire poursuivi pénètre dans l'espace maritime d'un État tiers. Pour aller plus loin, il faudrait donc réviser cette disposition afin de permettre au navire poursuivant de prolonger la poursuite jusqu'à ce que les autorités de l'État côtier prennent le relais, voire au-delà si ce dernier n'est pas en mesure d'exercer ses pouvoirs de police. Mais comme nous l'avons souligné précédemment, la lourdeur de la procédure de révision de ce texte conventionnel rend peu probable une telle modification à court terme.

Une autre voie possible pourrait consister à s'inspirer des solutions adoptées en matière de lutte contre la piraterie maritime au large de la Somalie. C'est en l'espèce le Conseil de sécurité des Nations Unies qui autorise, depuis 2008, les États coopérant avec le Gouvernement fédéral de transition, à entrer dans les eaux sous souveraineté somalienne afin de réprimer les actes de piraterie et les vols à main armée en mer[101]. Le droit de poursuite consacré dans l'article 111 se trouve ainsi revisité en un « droit de poursuite inversé » (allant de la haute mer vers la terre), ce qui a permis d'élargir de manière efficace les moyens d'action pour lutter contre la piraterie dans la région, comme en témoigne notamment la mise en place, sur cette base, de l'opération

---

99) Sur la coopération entre certains États et les organisations criminelles, voir Gallouët E., *op. cit.*, 61 et s.

100) Voir Bettati M. (1995), *L'ONU et la drogue*, Paris, Pedone, 23, qui évoque notamment le précédent de l'intervention américaine au Panama, en 1990, afin de capturer le général Noriega, inculpé depuis février 1988 pour trafic de drogues par deux tribunaux de Floride.

101) CSNU, Résolution 1816 adoptée le 2 juin 2008. Cette autorisation, valable pour une période initiale de six mois, a été régulièrement reconduite par des résolutions ultérieures du Conseil de sécurité des Nations Unies, la dernière en date étant la résolution 2184 du 12 novembre 2014. Ces résolutions subordonnent cependant les possibilités d'action de répression dans les eaux territoriales somaliennes à la conclusion d'un accord entre le Gouvernement fédéral transitoire somalien et le Gouvernement de l'État intervenant.

Cap I.pmd 79 15/09/2016, 20:52

européenne *Atalante*[102]. Transposer une telle solution au trafic maritime de stupéfiants supposerait toutefois que le Conseil puisse se fonder sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et donc qualifier celui-ci, ou ses conséquences, de « menace contre la paix et la sécurité internationale ». Il ne s'agit pas là d'une chose impensable puisqu'il a déjà souligné, dans diverses résolutions, les répercussions que les menaces transnationales telles que le trafic de drogue et la criminalité organisée pouvaient avoir sur la paix et la sécurité internationales[103]. D'une manière plus générale, il met régulièrement l'accent sur les liens qui existent entre la sécurité internationale, le terrorisme et la criminalité transnationale organisée, le blanchiment d'argent et le trafic d'armes et de drogues illicites[104]. L'Assemblée générale des Nations Unies a, elle aussi, pu noter avec inquiétude les effets néfastes du crime transnational organisé et des trafics de drogue sur « la paix et la sécurité » ainsi que « la vulnérabilité croissante des États »[105].

Certes, dans ses résolutions relatives à la piraterie somalienne, le Conseil de sécurité a bien insisté sur le fait que l'autorisation accordée « *ne saurait constituer un précédent* » qui donnerait naissance à un droit coutumier. Sans doute ne pourrait-il en être différemment dans le cas de la lutte contre le trafic de stupéfiants, si le Conseil venait à autoriser les États tiers à poursuivre les trafiquants jusque dans les eaux territoriales d'un État côtier qui ne serait pas en mesure d'en garantir lui-même la sûreté. Mais, sans constituer à lui seul un précédent coutumier, ce positionnement pourrait permettre de conforter une évolution des pratiques étatiques que nous avons déjà pu observer en ce domaine, notamment à travers les accords conclus avec de nombreux États d'Amérique centrale et du Sud. Certes, tous les États ne sont sans doute pas prêts à sous-traiter ainsi leur compétence répressive. Récemment encore, le Royaume-Uni a vivement réagi suite à la traque de trafiquants de drogue marocaine par la douane espagnole dans le détroit de Gibraltar, en mettant en avant la violation de sa souveraineté territoriale par un autre pays membre de l'Union européenne[106]. Il est évidemment nécessaire que cette évolution des pratiques soit encadrée par un minimum de précautions, notamment l'obligation de prévenir l'État côtier de l'intrusion de trafiquants sur son territoire et de la poursuite entamée.

Plus globalement, ces évolutions doivent s'inscrire dans une approche transversale

---

102) Aussi appelée EU-NAVFOR ou Task Force 465, cette opération a été lancée par l'Union européenne en décembre 2008 (Action commune 2008/851/PESC du Conseil du 10 novembre 2008) et régulièrement reconduite depuis.

103) Le Conseil de sécurité a ainsi relevé à plusieurs reprises le rôle du trafic de drogue et de la criminalité organisée dans l'apparition des conflits dans des pays tels que l'Afghanistan (résolutions 1817 du 11 juin 2008), Haïti (résolution 1892 du 13 octobre 2009) et la Guinée-Bissau (déclarations du Président en date du 15 octobre 2008 et du 5 novembre 2009).

104) Voir notamment la résolution 1373 du 28 septembre 2001.

105) AGNU, Résolution 64/179 du 18 décembre 2009.

106) Voir *The Guardian*, Sunday 9 August 2015 (accessible en ligne : www.theguardian.com).

Cap I.pmd 80 15/09/2016, 20:52

et intégrée des diverses menaces criminelles en mer[107], ce qui passe également par un système de surveillance transfrontière et transectoriel intégré[108]. Pour compenser les limites actuelles des pouvoirs d'intervention étatiques, il est en effet indispensable de renforcer la surveillance et le partage des renseignements, et de développer la technique des « livraisons surveillées »[109]. Mais la lutte contre le narcotrafic doit aussi, en tant que telle, s'inscrire dans une stratégie intégrée et équilibrée[110]. Et si la politique internationale prohibitionniste et répressive de lutte contre la drogue ne suffit toujours pas à endiguer l'expansion du trafic, peut-être faudra-t-il envisager une autre approche de cette problématique, basée sur une « légalisation contrôlée » comme le prônent depuis longtemps certains spécialistes[111], afin de réduire le risque criminel. En 2016, l'Assemblée générale des Nations Unies tiendra une session extraordinaire sur le problème mondial de la drogue, actuellement en préparation par la Commission des stupéfiants[112]. Sans doute sera-t-elle pour les États une occasion à ne pas manquer pour influer sur l'avenir du régime mondial de contrôle des drogues…

107) Les organisations régionales parlent de « politique maritime intégrée » (Union européenne) ou de « stratégie maritime intégrée » (Union africaine).

108) Voir à cet égard la revue finale du projet européen I2C, lancé en octobre 2010 pour une durée de quatre ans, qui propose une nouvelle génération de système de surveillance intégré des frontières maritimes permettant de suivre les mouvements des navires et d'identifier les comportements douteux et menaces associées (http://fr.dcnsgroup.com/news/revue-finale-du-projet-de-recherche-europeen-i2c/).

109) Les livraisons surveillées visent à intervenir contre le trafic de stupéfiants au moment de la livraison afin d'améliorer les chances d'identifier les individus impliqués. Elles sont d'ailleurs encouragées par la Convention de Vienne de 1988 (article 11).

110) Adoptés à Vienne, en mars 2009, par la Commission des stupéfiants, voir la Déclaration politique et le Plan d'action sur la coopération internationale en vue d'une stratégie intégrée et équilibrée de lutte contre le problème mondial de la drogue, disponibles sur le site de l'ONUDC (www.unodc.org). Voir aussi la Déclaration ministérielle conjointe issue de l'examen de haut niveau auquel la commission des stupéfiants a procédé en 2014 sur l'application par les États membres de la déclaration politique et du plan d'action précités (Commission des stupéfiants, Cinquante-septième session, Vienne, 13-21 mars 2014).

111) Dénonçant l'échec mondial de l'approche prohibitionniste et répressive, Francis Caballero propose ainsi de remplacer la « guerre contre la drogue » par une « lutte civile contre l'abus des drogues » (cf. *Droit de la drogue*, *op. cit.*, prologue p. XVI). Voir aussi l'ouvrage précité dirigé par Henri Bergeron et Renaud Colson.

112) Voir le site internet dédié à la préparation de cette réunion : https://www.unodc.org/ungass2016/en/youth.html

Cap I.pmd 81 15/09/2016, 20:52

CHAPTER 2
La lutte contre la pêche INN et la responsabilité des Etats

Michel MORIN
Docteur en droit, ancien administrateur de la Direction Générale des Affaires Maritimes et de la Pêche, Commission européenne

***Abstract**: The fight against IUU fishing and State responsibility*

The fight against IUU (illegal, unreported and unregulated) fishing is a key topic in fisheries management. This expression is generally understood as corresponding to very serious infringements that endanger fisheries resources and is now used in legal instruments. However, the juxtaposition of the three terms illegal, unreported and unregulated is somewhat strange.

The purpose of this paper is firstly to show how this expression was forged in a Regional Fisheries Management Organisation (the CCAMLR), without any legal meaning at its beginning. The second chapter describes how it has evolved to have its current meaning, including a definition set out in an FAO Action Plan and considered as generally accepted; this definition has, however, a narrower scope, compared to its original use. Finally, the third chapter gives examples of actions against IUU fishing by states (the European Union on behalf of its Member States and the United States of America).

***Résumé** : La lutte contre la pêche INN (pour pêche illicite, non déclarée et non réglementée) est un sujet clé dans la gestion des pêches. Cette expression est généralement comprise comme correspondant à des infractions très graves mettant en danger les ressources halieutiques et est maintenant utilisée dans les instruments juridiques. Cependant, la juxtaposition des trois termes illégale, non déclarée, non réglementée est quelque peu étrange.*

*Le but de cette contribution est d'abord de montrer comment cette expression a été forgée dans u*ne organisation régionale de gestion des pêches *(la CCAMLR), sans aucune signification juridique à l'origine. Dans un deuxième temps, il est décrit comment cette notion a évolué, y compris avec une définition figurant dans un plan d'action de la FAO* et considérée comme généralement acceptée *; cette définition a cependant une portée plus restreinte par rapport à l'utilisation initiale. Enfin, le troisième chapitre donne des exemples d'actions contre la pêche INN par les États, (l'Union européenne, au nom de ses États membres et les USA).*

Cap II.pmd 83 16/09/2016, 11:05

INTRODUCTION

La pêche INN, c'est-à-dire la « pêche illicite[1], non déclarée et non réglementée », ou pêche IUU pour "illegal, unreported and unregulated" selon l'acronyme en langue anglaise, est un thème majeur dans les débats sur la gestion des pêches. Cette expression est utilisée de manière fréquente depuis une quinzaine d'années, que ce soit dans les organisations internationales, dans les administrations nationales, les médias, les ONG, etc.

Cette juxtaposition des termes est curieuse. Pourquoi n'a-t-on pas dit tout simplement « pêche illicite » et a-t-on ajouté « non déclarée » et « non réglementée » ?

La pêche INN est généralement perçue dans le sens où elle correspond à des infractions très graves mettant en danger les ressources de pêche et elle figure même parfois dans des listes d'infractions criminelles commises en mer à côté de la piraterie ou du trafic d'êtres humains. Par exemple, les ministres des affaires étrangères du G7, réunis à Lübeck le 15 avril 2015, ont adopté une déclaration sur la sécurité maritime où il y est dit ceci : "We firmly condemn acts of piracy and armed robbery at sea, transnational organised crime and terrorism in the maritime domain, contraband trade, trafficking of human beings, smuggling of migrants, trafficking of weapons and narcotics, illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing, trafficking in protected species of wild fauna and flora, and other illegal maritime activities"[2].

Le sens ordinaire des trois termes composant cette expression est clair. Si la pêche est illicite, c'est parce qu'elle est pratiquée en infraction à des règles qui ont été adoptées afin de protéger les stocks pêchés et il est donc indispensable d'agir contre elle. Si la pêche n'est pas réglementée et que cela pose problème, il devrait suffire de la réglementer. On voit déjà qu'il est surprenant d'accoler ces deux termes. Quant à la pêche non déclarée, deux situations sont possibles : soit elle n'est pas déclarée parce que les navires ne font pas les déclarations prévues par la réglementation en vigueur, dans ce cas l'activité de pêche n'est peut-être pas en elle-même illicite mais elle le devient parce que l'obligation de déclaration associée à son exercice n'est pas respectée ; soit il n'y a pas d'obligation de déclaration, dans ce cas il n'y a pas d'infraction et on en revient au cas d'une pêche non réglementée.

Cela incite à se demander pour quelles raisons on a mis ensemble ces trois qualificatifs pour former cette expression « pêche INN » qui est maintenant communément utilisée

1) On trouve en français les deux termes « illicite » et « illégale ». Il faut les considérer comme équivalents. En effet, les débats sur le sujet se tiennent généralement en anglais et le terme anglais "illegal" est traduit aussi bien par illicite qu'illégale.

2) Déclaration reprise dans le bulletin n° 430 de Sentinelle – Droit international, http://www.sentinelle-droit-international.fr

Cap II.pmd 85 16/09/2016, 11:05

dans des instruments juridiques. Pour cette raison, il est d'abord nécessaire de voir comment cette expression est apparue (I). Ensuite, on constatera que, d'un point de vue juridique, sa portée a été réduite par rapport à ce qu'elle recouvrait à l'origine (II). Puis on verra comment les États assument leurs responsabilités dans la lutte contre cette pêche INN (III).

I.- La genèse de l'expression INN

Cette expression a été employée officiellement pour la première fois en 1997, à la 16ème réunion de la CCAMLR, qui est la Commission instituée par la convention adoptée pour la gestion des ressources de pêche en Antarctique[3].

Cette question de la pêche INN y avait fait l'objet d'un point spécifique de l'ordre du jour et d'un chapitre particulier du compte rendu (chapitre 5). Dans le paragraphe introductif de ce chapitre, on y disait : « *La Commission [a] examin[é] les preuves qui témoignent des opérations de pêche illégale, non déclarée et non réglementée signalées dans la zone de la convention par les membres et présentées par le président du comité scientifique dans son rapport à la Commission (voir paragraphe 4.10 ci-dessus)* ».

On s'attend à trouver dans ce paragraphe 4.10 une description par le président du comité scientifique de ces opérations de pêche INN. Or, ce n'est pas le cas. Il y est fait mention de l'importance des captures de légine qui est la principale espèce pêchée dans cette zone et dont la pêche était en plein développement à cette époque, que ces captures résultent d'activités de pêche réglementées ou non. On y fait aussi une estimation des captures non déclarées à partir des débarquements effectués dans les ports du Sud de l'Afrique et de l'île Maurice. Rien de plus.

L'expression « pêche INN » ne figure pas non plus dans le rapport du comité scientifique lui-même. Dans ce rapport, qui est très consistant (500 pages), il y est fait état à diverses reprises de captures non déclarées, de pêche non réglementée. On y souligne l'importance des captures non déclarées et le danger que représente la pêche non réglementée à l'égard du stock de légine. Il y est aussi parfois fait état de pêche illicite mais les trois termes ne sont à aucun moment accolés.

C'est donc dans le cadre de cette Commission, qui est l'organe directeur de cette organisation régionale de gestion des pêches (ORGP), et non du comité scientifique, que cette expression a été forgée. Concrètement, comment est-elle apparue ? En

3) Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antactique, dite CCAMLR (Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources), site Internet https://www.ccamlr.org

Cap II.pmd 86 16/09/2016, 11:05

fait, le comité scientifique de cette organisation était confronté à un problème simple, celui de l'imprécision des données sur la pêche, que la pêche ait été illégale ou non déclarée ou non réglementée. Cela l'empêchait de remplir correctement son mandat qui est de faire des recommandations à la Commission sur les mesures à prendre pour la gestion des stocks.

La Commission a décidé de donner suite à ce problème soulevé par le comité scientifique en l'évoquant au cours de sa réunion annuelle sous un point de l'ordre du jour intitulé « pêche illégale, non déclarée et non réglementée ». À travers l'utilisation de cette expression, il a été reconnu au sein de cette Commission qu'il était nécessaire de débattre de manière générale sur la façon dont la pêche était contrôlée ou réglementée dans la zone de compétence de cette organisation, même si ses membres étaient loin d'être en accord entre eux sur les règles à adopter.

Il y avait donc une logique dans le fait de regrouper les trois termes « illégale », « non déclarée » et « non réglementée » dans cette expression INN. Elle était commode pour parler d'activités de pêche posant problème du point de vue de la gestion des ressources, indépendamment du caractère licite ou non des activités en cause. Même si, dès 1997, trois mesures de conservation et de gestion ont été adoptées par la CCAMLR afin de lutter contre cette pêche INN[4], l'expression elle-même n'était pas mentionnée dans celles-ci. Elle n'avait pas de signification ou de portée juridique.

Elle va seulement commencer à apparaître dans des mesures adoptées par cette organisation au cours de la session 1999, toutefois sans plus de précision sur le sens à y donner. Ce n'est qu'en 2002 que celle-ci va établir une liste de critères permettant de constituer une liste de navires ayant mené des activités de pêche INN, soit plus d'un an après l'adoption du plan d'action international de la FAO qui donne une définition de cette expression.

II.- Une définition complexe et partiellement réductrice

Cette expression a également été utilisée de la même manière à partir de l'année 1999 dans d'autres ORGP[5]. Parallèlement, elle a été aussi de plus en plus

4) Cf. § 8.8 du compte rendu de la réunion de la Commission : Mesure 118/XVI qui vise à promouvoir le respect par les navires de parties non contractantes des mesures de conservation établies par la CCAMLR, Mesure 119/XVI qui a pour objet d'obliger les parties contractantes à délivrer un permis pour pêcher dans la zone de la convention et Mesure 120/XVI qui édicte une interdiction de pêche dirigée sur la légine sauf dans les cas où celle-ci est autorisée par des mesures particulières.

5) Deux exemples : en 1999, la Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique (ICCAT, site Internet https://www.iccat.int/fr/), en s'appuyant sur la résolution adoptée en 1998 concernant les prises non déclarées et non réglementées de thonidés par les grands palangriers, a adopté une résolution « sur des mesures supplémentaires à l'encontre des activités de pêche illégales,

Cap II.pmd 87 16/09/2016, 11:05

fréquemment employée dans les réunions des Nations Unies ou de la FAO. Par exemple, elle est mentionnée dans une résolution adoptée en novembre 1999 par l'Assemblée générale des Nations Unies, résolution concernant l'accord de 1995 sur les stocks chevauchants et les grands migrateurs[6].

À la FAO, ce sujet est venu à l'ordre du jour de la réunion de février 1999 de son comité des pêches qui s'est déclaré « préoccupé par les informations fournies indiquant une augmentation des activités de pêche INN ». Quelques semaines plus tard, en mars 1999, les ministres des pêches des États membres de la FAO ont adopté la « Déclaration de Rome[7] » qui a prévu l'élaboration d'un plan d'action mondial pour lutter contre la pêche INN.

Le plan d'action de la FAO - Définition de la pêche INN

Les travaux pour l'élaboration de ce plan d'action ont commencé peu de temps après, avec une consultation d'experts en 2000 puis des consultations techniques entre les membres de la FAO, et le plan d'action a été adopté officiellement par le Conseil de la FAO en juin 2001.

Quand on lit les documents soumis aux délégations pour ces travaux[8], on constate d'abord que la pêche INN apparaît comme une notion englobante, passe-partout et aux contours indéfinis qui recouvre tous les cas de figure où il y a un problème de gestion des ressources de pêche, que ce problème vienne de l'absence de règles ou bien, quand il y a des règles, du manque de contrôle, notamment des États du pavillon, sur les navires qui ont commis des infractions.

Comme ce plan d'action de la FAO est un instrument juridique, même s'il s'agit seulement de *soft law*, il a bien fallu essayer de dire ce qu'on mettait sous ce terme de pêche INN. Dans son projet, la consultation d'experts avait proposé d'indiquer en quelques lignes en quoi consistait globalement cette notion de pêche INN.

Dans le plan d'action qui a été finalement adopté par la FAO[9], on entre dans le détail,

---

non réglementées et non déclarées des grands palangriers » (voir annexe 5-11 du compte rendu de réunion de la Commission) ; la même année, la Commission des thons de l'océan Indien (IOTC, site Internet http://www.iotc.org/fr/) a adopté la résolution 99/02 sur l'action à prendre à l'encontre des activités de pêche de grands navires palangriers opérant sous pavillon de complaisance, résolution où il est fait référence à la « pêche INN » (voir annexe IX du compte rendu de réunion de la Commission).

6) Résolution A/54/32 du 24 novembre 1999, accessible à : http://www.un.org/Depts/los/

7) Accessible sur le site de la FAO à l'adresse http://www.fao.org/docrep/005/x2220f/x2220f00.htm

8) Documents figurant en annexe du rapport de cette consultation, accessibles à l'adresse : http://www.fao.org/docrep/005/y3274e/y3274e02.htm#bm02.2

9) Accessible à l'adresse http://www.fao.org/fishery/ipoa-iuu/fr. Pour un commentaire exhaustif, voir Edeson W. "The International Plan of Action on IUU Fishing: The Legal Context of a Non-Legally Binding Instrument" in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 16 (2001), 603-623.

Cap II.pmd 88 16/09/2016, 11:05

en indiquant ce qu'on entend respectivement par pêche illicite, par pêche non déclarée et enfin par pêche non réglementée. En fait, cette définition n'est pas une véritable définition dans le sens où celle-ci aurait indiqué les caractéristiques générales de l'expression INN, mais une longue définition descriptive où chaque terme de cette expression est défini.

Bien que ce plan d'action soit un instrument de *soft law*, cette définition est importante parce qu'elle est largement acceptée au niveau international. Non seulement les ORGP y font référence, mais cette définition est celle à laquelle renvoie l'accord sur les mesures à prendre par l'État du port pour lutter contre la pêche INN, adopté également dans le cadre de la FAO en 2009, et qui est cette fois-ci un accord de *hard law*. D'autre part, la définition de la pêche INN figurant dans le règlement de l'Union européenne (UE) de 2008 destiné à lutter contre elle en est presque la reproduction.

Nous ferons seulement quelques brefs commentaires sur cette longue définition.

En résumé, la pêche illicite vise la pêche exercée en infraction à des règles édictées, soit par l'État côtier si le navire pêche dans les eaux d'un État côtier, soit par l'État du pavillon s'il pêche en haute mer. Concrètement, ces règles de l'État du pavillon applicables en haute mer sont la plupart du temps les mesures adoptées par les ORGP et transposées dans son ordre juridique interne. Pour que la pêche soit effectivement considérée comme illicite, il faut que cette transposition ait été faite ; dans le cas contraire, il y a manquement de cet État du pavillon.

La pêche non déclarée, comme nous l'avons indiqué plus haut, doit être considérée soit comme une pêche illicite soit comme une pêche non réglementée.

La pêche non réglementée vise la pêche exercée par des navires dont les États du pavillon ne se conforment pas à leurs obligations internationales. Ces navires n'ont pas commis d'infraction puisque les États du pavillon n'ont pas édicté de règles qui leur sont directement applicables. En revanche, il y a manquement de ces États à leurs obligations internationales.

On constate qu'avec l'expression INN, on a mis ensemble des faits qui doivent être abordés de différentes manières d'un point de vue juridique. La pêche illicite est d'abord une problématique des droits internes des États, même si la collaboration des États entre eux est souvent bienvenue ou nécessaire pour lutter contre elle ; elle n'intéressera le droit international que si l'État du pavillon n'a pas mis en place les moyens appropriés pour éviter que cet acte soit commis et que cet acte illicite constitue alors, de la part de cet État, une violation d'une obligation internationale. En revanche, la pêche non réglementée est d'abord une problématique de droit international par le fait que l'État n'a pas satisfait à ses obligations internationales en n'adoptant pas, soit de manière autonome soit par l'intermédiaire des ORGP, la réglementation pertinente. Il en résulte que cette définition, par ce mélange entre le niveau du droit international et celui des droits internes des États, est intrinsèquement confuse.

Cap II.pmd 89 16/09/2016, 11:05

Une définition à la portée réductrice

Avec une définition aussi longue et complexe, on aurait pu croire que tous les cas de figure où il y a des problèmes pour la gestion des ressources de pêche sont couverts, que ces problèmes résultent d'une pêche illicite ou d'une pêche non réglementée.

Or, le cas de la pêche mal réglementée n'est pas couvert par cette définition. Nous allons donner deux exemples.

En premier, celui du thon pêché dans l'ouest et le centre du Pacifique autour de l'Équateur. Il est largement admis que les stocks gérés par l'ORGP compétente, la WCPFC (Western and Central Pacific Fisheries Commission), sont surexploités. Pourtant, la pêche dans cette zone est très réglementée, dans le sens où il y a des règles très développées et très complexes.

L'une des causes de cette surexploitation consiste dans le fait que les petits États insulaires de cette zone permettent à leurs opérateurs détenteurs de droits de pêche d'affréter un nombre important de navires étrangers, que ce soit pour pêcher dans leurs eaux ou en haute mer. Cette ORGP a adopté des règles sur la pêche par ces navires affrétés mais ces règles sont en réalité très laxistes. Il en résulte que cette pêche par des navires affrétés est une des causes de la surexploitation des stocks pour lesquels cette organisation est compétente[10]. Toutefois, cette pêche par des navires affrétés ne peut être qualifiée ni de pêche illicite ni de pêche non réglementée ; elle est tout à fait régulière et n'est pas de la pêche INN.

On voit, à travers cet exemple, que la définition de la pêche INN ne couvre pas les cas où il y a manquement des États pour prendre les mesures qui seraient réellement nécessaires pour une gestion durable des stocks.

Prenons un autre exemple, celui du stock de hareng de la mer du Nord. Ce stock n'est pas géré dans le cadre d'une ORGP mais à travers un arrangement auquel participent les États côtiers où se trouve ce stock (l'UE pour le compte de ses États membres dans le cadre de la compétence exclusive qu'elle détient en matière de pêche, la Norvège, le Danemark pour le compte des îles Féroé qui n'est pas un territoire de l'UE, l'Islande et la Russie). En 2013, les îles Féroé ont contesté la répartition des captures admissibles en estimant avoir le droit de bénéficier d'une part supérieure à celle correspondant à la clé de répartition des années précédentes, et elles ont fixé de manière autonome un quota très nettement supérieur. La pêche sur ce stock par les Féroé n'a été ni une pêche illicite ni une pêche non réglementée puisqu'un quota avait été fixé ; ce n'était donc pas une pêche INN.

---

10) Sur cette organisation, voir notre article "Creeping Jurisdiction by the Small Islands of the Pacific Ocean in the Context of Management of Tuna Fisheries" in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 30 (2015), 477-511 ; au sujet des navires affrétés, voir p. 489.

Cap II.pmd 90 16/09/2016, 11:05

L'UE a voulu prendre des mesures contre les îles Féroé. À cet effet, elle n'a pas pu se servir de son règlement spécifique sur la pêche INN. La Commission européenne, au nom de l'UE, a adopté des mesures contre ce territoire, sous forme d'un règlement d'exécution (n° 793/2013 du 21 août 2013[11]), sur la base du règlement du législateur de l'UE (Parlement européen et Conseil) n° 1026/2012 du 25 octobre 2012 qui permet d'agir contre les pays autorisant une pêche non durable sur des stocks d'intérêt commun[12].

Cette définition de la pêche INN ne couvre donc pas les cas où la pêche est réglementée mais où cette réglementation ne correspond pas à celle qui devrait être en place pour une gestion durable des stocks. Il est permis de se demander si cette omission dans le plan d'action est volontaire ou non. Sans apporter de réponse à cette question, on peut comprendre que, consciemment ou inconsciemment, les États qui ont négocié ce plan d'action, ou au moins certains d'entre eux, n'allaient pas reconnaître à travers ce plan que des stocks étaient mal gérés. Cela aurait en effet sonné comme l'aveu qu'ils faisaient mal leur travail.

Cela étant, dans un instrument de *soft law*, cette omission n'est pas grave puisque sa fonction a été de donner des indications à chaque État sur les différents types de mesure à mettre en œuvre en fonction de sa position dans la filière économique de la pêche. Ce plan d'action dresse une liste exhaustive de ces mesures. À chaque État de remplir ses obligations en prenant dans cette liste ce qui correspond à sa situation. De ce point de vue, on peut dire que l'objectif de ce plan d'action a été atteint. Toutefois, le fait que la pêche mal réglementée ne soit pas couverte par cette définition montre que l'expression INN a juridiquement une portée plus réduite que celle qu'elle avait quand elle a été forgée à la CCAMLR.

III.- Les États dans la lutte contre la pêche INN

Malgré ses imperfections, ce plan d'action de 2001 a servi de catalyseur pour la lutte contre la pêche INN[13] sous l'impulsion d'un certain nombre d'États.

---

11) Après l'adoption de ce règlement, le Danemark, au nom des îles Féroé, a engagé deux actionÀ sa demande, un tribunal arbitral a été constitué conformément aux articles 287 et 288 de la CDM et un groupe spécial a été constitué par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Ces deux affaires ont été clôturées d'un commun accord après l'abrogation de ce règlement par le règlement n° 896/2014 du 18 août 2014.

12) Ce règlement a été élaboré après que l'UE ait estimé, peu de temps auparavant, qu'elle n'avait pas les moyens d'agir contre l'Islande qui avait de manière comparable fixé un quota autonome de maquereau.

13) Voir Ros N. « La lutte contre la pêche illicite » in *Droit de la mer et émergences environnementales*, Cahiers de l'Association internationale du droit de la mer (2012), 69-122.

Cap II.pmd 91 16/09/2016, 11:05

L'établissement de listes de navires INN par les ORGP

Celle-ci s'est développée dans les ORGP à partir de 2002 à l'initiative de certains de leurs membres. Ces organisations ont établi des listes de navires ayant mené une activité de pêche INN. Étant donné la complexité de la définition du plan d'action, elles ont défini une liste de critères à partir desquels une activité de pêche pouvait être qualifiée de pêche INN.

Concrètement, les navires qui sont sur ces listes sont des navires qui ont enfreint les règles adoptées par ces organisations. La lutte contre la pêche dite INN est en fait une lutte contre la pêche qui est, de leur point de vue, illégale.

Un regard sur ces listes est très intéressant[14]. Une partie importante des navires qui y figurent sont des navires dont on ne connaît pas la nationalité au moment de leur inscription. Dans certains cas, ils y figurent même depuis de nombreuses années (par exemple, pour la CCAMLR, certains y sont depuis 2003 ; pour l'ICCAT, depuis 2004). Certains d'entre eux sont en même temps sur plusieurs listes.

Quant aux navires dont on connaît le pavillon, ce sont la plupart du temps des navires battant le pavillon d'États qui ne sont pas membres de l'organisation en question. Par conséquent, s'il y a sur ces listes peu de navires des membres de ces organisations, cela peut signifier que les mesures adoptées pour lutter contre la pêche INN ont incité leurs membres à mieux contrôler l'activité des navires sous leur pavillon.

Toutefois, quand on lit les rapports des Commissions de ces organisations ou de leur organe subsidiaire chargé d'élaborer ces listes, on s'aperçoit qu'un membre de l'organisation aura tendance à défendre un navire battant son pavillon afin de lui éviter d'être inscrit sur la liste en question. Cette situation a été mise en évidence par exemple par le comité d'évaluation de la CCAMLR. Celui-ci, dans son rapport qui a été publié en 2008, avait trouvé « préoccupante la situation par laquelle la mise en œuvre effective de la mesure 10-06 [c'est-à-dire la mesure contre la pêche INN] aurait été gênée par certains Membres refusant de se joindre au consensus visant à l'inscription de navires battant leur pavillon »[15]. Cela est dit en termes diplomatiques mais on comprend clairement que des États membres de cette organisation ont fait barrage à ce que des navires battant leur pavillon figurent sur cette liste.

Par conséquent, même si des mesures sont prises, formellement contre la pêche INN mais en fait contre la pêche illégale, le progrès qui est fait dans cette lutte doit être relativisé, d'autant plus que les mesures de gestion de la pêche prises par ces organisations sont souvent trop permissives.

---

14) Ces listes sont publiques et accessibles sur les sites Internet de chaque ORGP.

15) Rapport accessible à https://www.ccamlr.org/fr/node/74411 ; voir chapitre 4, point 58.

Cap II.pmd 92 16/09/2016, 11:05

Les perspectives pour un instrument international général (l'accord de la FAO)

Dans ce contexte, il ne faut pas s'étonner des difficultés à mettre en place au niveau international un instrument établissant un cadre général dans lequel les États du port collaboreraient efficacement à la lutte contre la pêche INN, ou tout simplement la pêche illégale, afin que le produit de cette pêche INN ne soit introduit sur leur territoire.

Un instrument de ce genre a certes été adopté. Il s'agit de l'accord sur les mesures de contrôle des navires par l'État du port adopté en novembre 2009 dans le cadre de la FAO et dont le but est d'inciter les États où les produits de la pêche sont débarqués à s'assurer que ces produits ne résultent pas de la pêche INN[16]. Mais, six ans après son adoption il ne réunit a que 14 ratifications (situation à la date du 1er octobre 2015), alors qu'il lui en faut 25 pour entrer en vigueur[17]. Ainsi certains États qui ont été très actifs pendant ces négociations, comme les États-Unis ou la Russie, l'ont signé mais ne l'ont pas encore ratifié. D'autres qui ont aussi été très actifs ne l'ont ni signé ni ratifié ; c'est le cas notamment des grands pays de l'Est de l'Asie qui ont une flotte de pêche importante et qui constituent un marché incontournable des produits de la pêche (Japon, Chine, Corée). On ne peut donc pas dire qu'il y ait globalement, au niveau international, une réelle volonté de lutter contre la pêche illégale[18].

Face à cette inertie, les États les plus motivés pour lutter contre la pêche INN ont décidé de prendre des mesures unilatérales. Tel est le cas de l'Union européenne, à laquelle ses États membres ont transféré leurs compétences en matière de pêche, ou des États-Unis.

---

16) Voir notre article « L'accord FAO sur les mesures de contrôle des navires par l'État du port » in *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Tome XXVIII, 2010, Centre de Droit Maritime et Océanique, Nantes.

17) Alors que l'UE est devenue partie à cet accord en l'approuvant par décision du 7 juillet 2011, il convient de noter le manque de cohérence de ses États membres qui ont des territoires qui ne sont pas régis par le droit de l'UE (Danemark, France, Pays-Bas, Royaume-Uni) et dont aucun ne l'a jusqu'à maintenant ratifié pour l'un quelconque de ses territoires.

18) Depuis la rédaction de cette communication, il y a eu une accélération subite des ratifications. Selon le site de la FAO, qui est le dépositaire de cette convention, dix ratifications ont été enregistrées entre le 1er octobre 2015 et le 29 mars 2016, ce qui porte le nombre de Parties contractantes à 24. Parmi celles-ci figurent notamment les États-Unis et la Corée. Par conséquent, le nombre de 25 ratifications nécessaires pour l'entrée en vigueur de cet accord devrait bientôt être atteint. La question pour le futur sera alors d'apprécier la manière dont cet accord est mis en œuvre et s'il permet d'atteindre l'objectif fixé. À ce sujet, une conférence d'examen se réunira quatre ans après l'entrée en vigueur (article 24 de l'accord).

Cap II.pmd 93 16/09/2016, 11:05

L'Union européenne

L'UE a adopté le 29 septembre 2008 un règlement spécifique sur le sujet, le règlement n° 1005/2008, qui prévoit plusieurs types d'action. La définition de la pêche INN qui y figure est presque identique à celle du plan d'action de la FAO.

En premier lieu, ce règlement institue un système de traçabilité des captures qui implique que tous les produits de la pêche débarqués ou importés dans les pays membres de l'UE doivent être accompagnés d'un certificat de capture validé par l'État du pavillon. Ce certificat doit théoriquement permettre de s'assurer que ces produits ne sont pas le fruit d'une pêche illégale. En réalité, cette mesure permet certainement une meilleure traçabilité des produits, mais on peut aussi se demander si les informations qui figurent sur ces certificats sont toujours correctes puisque l'intérêt d'un État du pavillon n'est pas de pénaliser son navire face à un autre État mais plutôt de le couvrir s'il a commis une infraction.

Ce règlement prévoit deux autres types d'action, l'établissement d'une liste de navires INN et l'établissement d'une liste de pays non coopérants dans la lutte contre la pêche INN.

À ce jour, sur la liste de navires INN de l'UE, figurent seulement les navires qui ont été inscrits sur les listes établies par les ORGP. Il s'agit donc d'une transposition en droit interne de ces listes et, en l'occurrence, l'UE ne fait que se conformer à ses obligations internationales puisque les mesures adoptées par ces organisations sont contraignantes. Le règlement prévoit aussi d'inscrire de manière autonome sur cette liste des navires pour lesquels des informations auraient été recueillies directement par la Commission européenne, mais à ce jour aucun navire n'y a été inscrit de cette manière.

Quant aux pays qui peuvent être considérés comme non coopérants dans la lutte contre la pêche INN, la Commission européenne, au nom de l'UE, entreprend dans un premier temps des démarches à l'égard de ces pays afin qu'ils remédient aux manquements constatés dans la manière dont ils exercent leurs responsabilités en tant qu'État du pavillon, ou État du port, ou État de marché, ou encore État côtier (à la différence des États-Unis qui ne ciblent que les manquements des États en tant qu'États du pavillon). Au cas où ces démarches ne donnent pas le résultat escompté, c'est-à-dire si l'État tiers n'a pas mis en place par exemple les moyens administratifs nécessaires au suivi de sa flotte de pêche ou n'a pas sanctionné les navires auteurs d'infractions, cet État va être inscrit sur une liste de pays non coopérants. La conséquence principale est qu'il ne pourra plus exporter ses produits vers l'UE.

À ce jour (1er octobre 2015), depuis la première décision adoptée fin 2012, des démarches ont été ou sont entreprises envers 20 pays. Quatre d'entre eux ont été considérés comme non coopérants (Belize, Cambodge, Guinée et Sri Lanka) ; pour le Belize, la situation s'est améliorée et ce pays a été retiré de la liste début 2014.

Cap II.pmd 94 16/09/2016, 11:05

Parmi les autres pays pour lesquels les démarches ont été couronnées de succès puisque l'UE n'a finalement pas inscrit ces pays sur la liste des pays non coopérants, on trouve des pays aussi divers que la Corée, les Philippines, le Panama, le Togo, la Papouasie-Nouvelle-Guinée. Actuellement, des démarches sont en cours envers entre autres, Taïwan, la Thaïlande ou Curaçao qui est un territoire néerlandais ne faisant pas partie de l'UE.

Le fait que ces démarches envers la plupart des pays aient été couronnées de succès montre que ceux-ci ont compris qu'il était de leur propre intérêt de mieux assurer leurs responsabilités. Mais, d'un autre côté, on peut se demander si certains de ces pays, qui sont notoirement connus comme pavillons de complaisance, vont appliquer de manière effective les règles qu'ils ont adoptées pour satisfaire l'UE. Quant à un pays comme la Corée dont les navires sont connus pour avoir exercé une pêche illicite à grande échelle, entre autres dans les eaux côtières de l'Afrique de l'Ouest[19], va-t-il bien mettre en œuvre ce qu'il a gravé dans ses lois ou bien ses navires ne vont-ils pas tout simplement prendre plus de précaution pour ne pas se faire repérer et maquiller les certificats de capture qui accompagneront les prises de ces navires ? Dans quelle mesure tous ces pays n'ont-ils pas obtenu une sorte de brevet de bonne conduite de la part de l'UE ? La question mérite d'être posée.

Les États-Unis

C'est le *Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Reauthorization Act* de 2006 qui constitue la base juridique des actions des États-Unis en la matière. La procédure ressemble en grande partie à celle mise en œuvre par l'UE. Toutefois, cet instrument est moins ambitieux que celui de l'UE parce qu'il ne s'applique aux États tiers qu'en qualité d'États du pavillon.

Cette loi impose à l'administration des États-Unis de présenter tous les deux ans un rapport au Congrès qui doit identifier les États tiers qui ont eu des navires engagés dans des activités de pêche INN. Des consultations avec ces pays doivent ensuite avoir lieu et le résultat en est donné dans le rapport suivant. Si le pays identifié n'obtient pas une certification positive, des sanctions sont prises, sanctions consistant en l'interdiction d'importation aux États-Unis de produits de la pêche en provenance de ce pays. Jusqu'à maintenant, aucune sanction de ce genre n'a été prononcée.

Le premier rapport, présenté en janvier 2009, avait identifié six pays, notamment deux pays de l'UE (Italie et France), dont les navires avaient pêché en infraction aux

19) En revanche, l'UE n'a pas engagé d'action jusqu'à maintenant envers la Chine qui, selon une étude de 2012 commandée par le Parlement européen, exerce une pêche INN à très grande échelle dans cette même région de l'Afrique ; étude intitulée "The Role of China in World Fisheries", accessible à http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/pech/dv/chi/china.pdf

Cap II.pmd 95 16/09/2016, 11:05

règles de l'ICCAT, les autres pays identifiés étant la Libye, le Panama, la Chine et la Tunisie. Suite aux actions entreprises par ces pays, ceux-ci ont obtenu une certification positive par le rapport au Congrès de 2011.

L'Italie a de nouveau été identifiée en 2011 et 2013 et a obtenu, à chaque fois, une certification positive dans le rapport suivant. Le Portugal a aussi été identifié dans le rapport 2011, ainsi que l'Espagne dans le rapport 2013, pour avoir violé les règles de la NorthWest Atlantic Fisheries Organisation (NAFO). Ces deux pays ont obtenu une certification positive dans le rapport suivant. Le Portugal est également identifié dans le rapport présenté au début de 2015.

D'après ce rapport, les consultations avec les pays de l'UE se sont déroulées directement avec eux et non avec l'UE elle-même alors que c'est elle qui représente les intérêts de ces pays à l'ICCAT et à la NAFO dans le cadre de sa compétence exclusive. Le fait que ces consultations aient eu lieu directement avec les États membres de l'UE va d'ailleurs à l'encontre de la position du Tribunal international du droit de la mer qui, par son avis du 2 avril 2015, a considéré que, dans le cas d'une organisation internationale à laquelle les États membres ont transféré leurs compétences en matière de pêche, les obligations de ces États deviennent celles de l'organisation internationale[20].

IV. Conclusion - La responsabilité des États

À l'origine, l'expression « pêche INN » avait seulement un intérêt pratique, celui de permettre de débattre dans un même point de l'ordre du jour des problèmes auxquels il fallait faire face pour une gestion durable de la pêche, quelle que soit l'origine de ces problèmes (pêche ou illicite ou non déclarée ou non réglementée). Cette expression est devenue assez rapidement une notion à portée juridique. La communauté internationale a décidé d'agir contre cette pêche INN, bien que les actions entreprises soient restreintes à la pêche formellement illégale.

On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles on continue à utiliser ce terme INN qui a un aspect un peu mystérieux. Il y a probablement un élément psychologique en la matière. Il est permis de se demander si cette utilisation ne constitue pas une sorte de rhétorique utilisée pour laisser penser aux non-spécialistes de la question qu'il s'agit d'un phénomène très complexe, difficile à appréhender et donc aussi difficile à combattre, ce qui peut excuser de maigres résultats dans la lutte contre ce phénomène.

---

20) Affaire n° 21, Demande d'avis consultatif soumise par la commission sous-régionale des pêches (CSRP). Voir à ce propos notre article « L'affaire n° 21 du Tribunal international du droit de la mer et l'Union européenne in *Neptunus, e-revue*, Centre de Droit Maritime et Océanique, vol. 21, 2015/4.

Cap II.pmd 96 16/09/2016, 11:05

Or, les problèmes sont bien identifiés et c'est aux États d'agir pour combattre cette pêche INN. Tout d'abord, il leur revient de sanctionner les auteurs d'infraction quand ils sont compétents pour le faire, en qualité soit d'État du pavillon, d'État côtier, d'État du port ou d'État de marché. En même temps, ils ont la possibilité d'agir envers les autres États ; on a vu que l'UE n'hésite pas à le faire. Enfin, en collaboration avec ces autres États, il leur appartient de faire évoluer le contenu des mesures de gestion des ressources de pêche adoptées par ces organisations afin de mettre en œuvre de manière effective les principes d'une gestion durable. Tout cela est une question de volonté politique.

Quoi qu'il en soit, quand on sait qu'il y a une surcapacité générale de pêche par rapport aux ressources disponibles, la pression sur la ressource ne va certainement pas diminuer. Nous allons probablement continuer pendant longtemps à entendre parler de pêche INN.

Cap II.pmd 97 16/09/2016, 11:05

CHAPTER 3
The Legal Nature of Fishing Activities in Contested Maritime Areas and its Impact on Maritime Surveillance: The Case of China, Taiwan and Japan

Jun NOHARA
University of Tokyo,
Department of Advanced Social and International Studies,
PhD candidate

Résumé *: La fin de la guerre du Pacifique a vu le développement de trois caractéristiques structurellement déterminantes des activités de pêche dans l'Asie de l'Est : le développement de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS), la cristallisation de conflits territoriaux surtout situés dans les zones maritimes, et le taux de croissance rapide des industries de pêche, couplés avec l'épuisement tout aussi rapide des stocks de poissons dans les eaux territoriales. Les relations sino-japonaises se sont normalisées en 1972, de sorte que les deux pays ont signé le traité de paix et d'amitié entre le Japon et la République populaire de Chine en 1978. Un nouvel accord est entré en vigueur en 2000 pour une période initiale de 5 ans et a été plus tard prolongé. Il a établi une zone de pêche commune dans la mer de Chine orientale, appelé les mesures provisoires de la Zone (PMZ), englobant notamment les délimitations contestées de la ZEE afin de régler les problèmes territoriaux et d'éviter les obstacles juridiques graves concernant la coopération en matière de pêche. La zone est administrée par un comité conjoint des pêches (JFC), dont le rôle est de recommander des quotas de pêche, d'agir comme un forum pour le dialogue entre les deux parties, de prendre des mesures pour la conservation des ressources, et de calculer le nombre de navires de pêche autorisés dans les zones de pêche ainsi que les captures totales autorisées (TAC).*

L'exemple récent des bateaux de pêche chinois opérant illégalement près de l'archipel d'Ogasawara met en évidence les faiblesses de l'appareil de surveillance. Les activités de pêche illégales n'ont pas besoin des lacunes du droit international pour prospérer, et les exemples récents de près de 200 braconniers chinois de corail faisant intrusion illégalement dans la ZEE japonaise, autour des îles Ogasawara, le rappellent, même

Cap III.pmd 99 16/09/2016, 11:46

si on peut supposer sans risque que la situation politique préexistante entre la République Populaire de Chine et la République de Chine (Taïwan) a sans aucun doute eu un rôle à jouer. Derrière ce phénomène, il y a des causes sous-jacentes qui alimentent la pêche illégale.

La tendance future en matière de surveillance maritime sur les activités de pêche dans cette zone et ailleurs est probablement double. En termes de « répression », l'utilisation croissante des technologies telles que les satellites et les drones aidera à surveiller l'activité des navires de pêche et à améliorer l'efficacité des garde-côtes, bien que leurs moyens actuellement limités restent toujours un problème. La conscience de la situation globale ne signifie pas nécessairement que les organismes compétents auront les moyens à leur disposition pour traiter ces questions, surtout si les pressions économiques actuelles continuent. En termes de « prévention », un moyen souvent négligé, mais tout aussi primordial pour lutter contre les problèmes de pêche illégale, est la gestion des industries nationales de la pêche. Adapter la taille des flottes de pêche aux besoins du marché et à la disponibilité des stocks de poissons est indubitablement un moyen essentiel dans l'amélioration de la surveillance maritime efficace en mer. Par exemple, face à un ensemble de facteurs et conjonctures, l'industrie de la pêche taïwanaise a été contrainte de réduire sa flotte de pêche et d'aider à la reconversion de ses pêcheurs. Il peut même être possible d'envisager le renforcement des accords de pêche et le développement de la gestion conjointe des zones maritimes contestées comme un moyen de promouvoir le dialogue politique entre les parties à un niveau global et d'éviter de nouveaux incidents impliquant des pêcheurs et des garde-côtes.

***Abstract**: The end of the Pacific War saw the development of three structurally-defining features of fishing activities in East Asia: the development of the United Nations Convention on the Law of the Seas (UNCLOS), the occurence of territorial conflicts mostly located in maritime areas, and the rapidly growth rate of fishing industries coupled with the equally rapid depletion of fish stocks in territorial waters. Sino-Japanese relations have normalized in 1972, and the Treaty of Peace and Friendship was signed by Japan and People's Republic of China in 1978. A new agreement came into effect in 2000 for an initial period of 5 years, and was later extended. It established a common fishing zone in the East China Sea, called the Provisional Measures Zone (PMZ), notably encompassing the disputed EEZ delimitations in order to shelve territorial problems and avoid serious legal hurdles regarding cooperation on fisheries. The zone is administered by a Joint Fisheries Committee (JFC), whose role is to recommend fishing quotas, to act as a forum for dialogue between the two parties, to take measures for the conservation of resources, and to calculate the number of fishing vessels allowed in the fishing zones as well as the Total Allowed Catches (TAC).*

The recent example of the Chinese fishing boats illegally operating near the Ogasawara archipelago highlights the weaknesses of the surveillance apparatus. Illegal fishing activities do not need international legal loopholes to take place, and the recent

Cap III.pmd 100 16/09/2016, 11:46

examples of nearly 200 Mainland Chinese coral poachers illegally trespassing in the Japanese EEZ around the Ogasawara islands act as such a reminder, although one can safely assume that the preexisting political situation between the PRC and the ROC has no doubt had a role to play. Behind this phenomenon, there are underlying causes that drive illegal fishing.

The future trend in maritime surveillance on fishing activities in this area and elsewhere is most likely two-fold. In terms of «repression», the growing use of technologies such as satellites and drones will help monitor the activity of fishing vessels and enhance the efficiency of coastguards, although their currently limited means will still remain a problem. Overall situational awareness does not necessarily mean that the relevant agencies will have at their disposal the means to tackle these issues, especially if the current economic pressures continue. In terms of «prevention», an often overlooked but equally primordial way to curb problems of illegal fishing is the management of domestic fishing industries. Tailoring the size of fishing fleets to the needs of the market and the availability of fish stocks is indubitably an essential means to improve efficient maritime surveillance at sea. For example, faced with a set of factors and conjunctures, the Taiwanese fishing industry has been forced to curtail its fishing fleet and help with the reconversion of fishermen. It may even be possible to consider strengthening fishing agreements and developing joint management of disputed maritime areas as a means to promote political dialogue between the parties on a comprehensive level and avoid further incidents involving fishermen and Coast Guards.

Cap III.pmd 101 16/09/2016, 11:46

The end of the Pacific War saw the development of three structurally defining features of fishing activities in East Asia: 1) the development of the United Nations Convention on the Law of the Seas (UNCLOS), 2) the crystallization of territorial conflicts mostly located in maritime areas, and 3) the rapidly growing rate of fishing industries coupled with the equally rapid depletion of fish stocks in territorial waters.[1] The conjunction of these three features, which were not specific to East Asia[2] but which have gained a global reach due to the growing political and economic significance of the region, has highlighted the importance of tackling the issue of the legality of fishing activities in contested waters and the bases upon which maritime surveillance over such activities should be conducted.

This work will focus on one of the most symbolic cases representing the connecting point of these three trends, namely the juridical aspects of fishing activities based on the relationship between the People's Republic of China (PRC), the Republic of China (ROC or Taiwan) and Japan. It will particularly focus on why the legal framework regarding fishing activities between these three parties has been so difficult to implement, and what the outcomes have been of such a complex situation regarding maritime surveillance. The consequences for maritime surveillance have been dramatic, as surveillance revolves around a trinity composed of territory, sovereignty, and legal basis. It is the prerequisite to the enforcement of legal norms. Without proper enforcement, the rules are rendered inefficient and surveillance useless. And without proper surveillance, management and control of fisheries resources and fish stocks is undermined. This issue is particularly poignant with the rise in fish consumption, and the improvement of fishing technologies in China, which threatens the resource sustainability of the fish-abundant seas of the region.

Surprisingly enough, current literature does not frontally tackle the consequences of the ambiguity of the legal status of maritime surveillance between these three parties, and even less so regarding the quadratic relationship between the interest of fishermen, legal bases, maritime surveillance and interstates relations.[3] Hence, this work aims at highlighting the consequences of and on fishing activities when the legitimacy of the legal framework is flawed by territorial disputes, or, in the case of Taiwan, by the non-recognition of a party as a State. In this context, it seeks to explore the provisions under which maritime surveillance can be implemented.

---

1) Review of the state of world fish stocks, FAO, 2011, B.10 Northwest Pacific, pp. 141-150.

2) Likewise, the developments of UNCLOS have created maritime disputes in Europe as well. This was notably epitomized by the long lasting "Cod Wars" between Iceland and the UK.

3) Regarding the Sino-Taiwanese relationship on fishing matters, see H.S. Tseng, C.H. Ou (2010), "Taiwan and China, a Unique Fisheries Relationship", Marine Policy, Vol. 34, pp.1156-1162. On Taiwan-Japanese relations, see Y.H. Yeh, H.S Tseng, D.T. Su, C.H Ou (2015), "Taiwan and Japan, a Complex Fisheries Relationship", Marine Policy, Vol. 51, pp. 293-301. On Sino-Japanese relations, see Zou Keyuan (2003), "Sino-Japanese Joint Fishery Management in the East China Sea", Marine Policy, Vol. 27 Issue 2, pp.125-142. On the overall international fisheries policy of Japan, see Roger D. Smith (2014), "Japan's International Fisheries Policy: Law, Diplomacy and Politics Governing Resource Security", Routledge.

Cap III.pmd 103 16/09/2016, 11:46

This work relies on the analysis of the legal contextualization of currently-applied domestic laws and international law, to which a three-levelf analysis grid will be added, ranging from local actors (fishermen and their cooperatives) to agencies enforcing maritime surveillance (coastguards and other related actors) and governments. After the presentation of statistical facts, we attempt to go further in exploring how the realities of 'legality' and 'illegality' are constructed through the overlapping dimensions of political power games, laws, territorial sovereignty and the interests of fishermen. From there, we will try to assess current related trends in maritime surveillance and their potential evolution. The method will be based on the use of open data, including statistical data provided by relevant governmental agencies in the case of Taiwan and Japan, as well as legislative texts.

The current legal framework

Although recent developments related to this issue were deemed salutary, the legal framework of fishing activities remains extremely complex, and thus requires a solid contextualization. A paramount factor which strongly impacted fishery operations and the legal bases which they rely on was the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Negotiated throughout the second half of the century, the coming into force of the UNCLOS in 1994 proved to be a turning point. Japan and the People's Republic of China signed up to the UNCLOS in 1996, and Japan, the PRC and the ROC all issued revised border laws, Japan in 1996[4] and the PRC[5] and the ROC[6] in 1998, which were to delimit their Exclusive Economic Zones (EEZ).

China and Japan

Sino-Japaneserelations normalized in 1972, and the two countries signed the Treaty of Peace and Friendship between Japan and the People's Republic of China in 1978. However, the regulation of their fisheries relationship antedates the normalisation process. The first agreement, which was made on a private level due to the officious nature of the relationship between the two governments, was reached in 1955. Following the normalisation, it was later replaced by an official agreement in 1975.[7] It was further updated by the Sino-Japanese fisheries agreement of 1997,

4) The Japanese 'Act on Exclusive Economic Zone and Continental Shelf' and 'Act on the Exercise of the Sovereign Right for Fishery, etc. in the Exclusive Economic Zone', see Japanese Ministry of Justice website

5) 'Law on the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf of the People's Republic of China', see www.chinalawedu.com

6) 'Law on the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf of the Republic of China', see the Taiwanese Ministry of Justice website.

7) Zou Keyuan (2003), "Sino-Japanese Joint Fishery Management in the East China Sea", Marine Policy, Vol. 27 Issue 2, pp. 125-142.

Cap III.pmd 104 16/09/2016, 11:46

following the coming into force of the UNCLOS. This new agreement came into effect in 2000 for an initial period of 5 years, and was later extended. It established a common fishing zone in the East China Sea, called the Provisional Measures Zone (PMZ), notably encompassing the disputed EEZ delimitations in order to shelve territorial problems and avoid serious legal hurdles regarding cooperation on fisheries.[8] The zone is administered by a Joint Fisheries Committee (JFC, the successor of the Joint Fisheries Council established by the 1975 agreement), whose role is to recommend fishing quotas, to act as a forum for dialogue between the two parties, to take measures for the conservation of resources, and to calculate the number of fishing vessels allowed in the fishing zones as well as the Total Allowed Catches (TAC). Despite criticism of this body's lack of transparency, its importance is apparent in the crucial decisions it takes, and the fact that it is within the framework of the JFC that the two parties manage to cooperate and reach consensus on a range of issues. Beyond political issues, the importance of the JFC in managing resources and preserving the sustainability of fish stocks remains vital. For instance, in 2001, 20,612 boats from the two countries were granted permission to fish in the PMZ, for roughly 2 million tons of TAC. But the prerogatives of the JFC are not limited to the PMZ. The committee's decision also impact fishing activities in EEZ areas outside of the PMZ. The JFC thus allowed a total of 900 Chinese fishing boats to operate within the Japanese EEZ, and authorized 317 Japanese vessels to fish within the Chinese EEZ, with respective catch ceilings of 70,000 tons and 78,000 tons.[9] While, as it is suggested by its name, the PMZ remains but a provisional measure to the boundary issue, it has enabled a certain degree of cooperation between the two countries.

Prior to the establishment of the Japanese-Taiwanese Agreement of 2013, the South zone of the 27th North Parallel was considered to be a High Seas Fishing Zone/ Current Fishing Pattern Zone free of regulations in order to avoid further disputes on the Senkaku/Diaoyu islands, but also to mute the controversy regarding the status of Taiwan. However, this is no longer the case, and the 2013 agreement has renewed tensions between the three actors. The dispute over the Senkaku/Diaoyu islands thus continues to have direct consequences on fishing activities and maritime surveillance between the two countries. This has been further deepened by the recent establishment of the Chinese Air Defense Identification Zone (ADIZ), a move that is likely to impact airborne maritime surveillance over the disputed area.

ROC and Japan

By repercussion, Japan's refusal to recognise the ROC impeded the implementation of a State-to-State fishery agreement. While the legally ambiguous status of the ROC did not prevent the establishment of other types of conventions between Taiwan and

8) 'Agreement between Japan and the People's Republic of China on fishery'.

9) Guifang Xue (2005), "China and International Fisheries Law and Policy", Brill Nijhoff Publishers, p. 185.

Cap III.pmd 105 16/09/2016, 11:46

Japan, the territorial dispute regarding the Senkaku/Diaoyu islands has also been an important factor in thwarting the possibility of any treaty between the two parties. In fact, the ROC's Ministry of the Economy played a decisive role in sparking the controversy over the islands,[10] a claim that was later picked on by Beijing.

However, after 16 fruitless rounds of talks between 1997 and 2009, the two parties reached a fishery agreement in 2013 on a private sector level,[11] encompassing the EEZ around the Senkaku/Diaoyu islands, a fish abundant zone coveted by fishermen of all parties involved. This agreement, signed on 10th April 2013, was perceived, or promoted as the result of the East China Sea Peace Initiative, which had been deemed necessary after the uproar provoked by the Japanese nationalization of the Senkaku/Diaoyu islands in 2012, and to avoid dangerous occurrences such as the dispatching of more than 200 Taiwanese fishermen escorted by 12 ships of the ROCCG, and countered by 34 JCG vessels in the following months after the nationalisation incident (Yeh, p. 298). This initiative was based on the principle that, "while sovereignty cannot be divided or conceded, natural resources can be shared."[12] Considering the political sensitiveness of the sovereignty issue for both parties, the agreement managed to shelve political concerns and focus on concrete fishery management issues, which turned out to be a diplomatic success for both countries, amidst stark protest emanating from Beijing. The zone covered by the agreement extends from the Yaeyama islands and Miyako islands in the South, to the 27th North Parallel in the North, and encompasses 74,000 square kilometres of maritime area and expands the fishing rights of Taiwanese fishermen by approximately 1400 nautical miles east of Taipei's Temporary Enforcement Line (TEL), Taiwan's unilaterally declared EEZ boundary in the East China Sea. Overall, the area approximately covers the zone delimited by Taiwan's TEL and Japan's median line. This is complemented by a special cooperation zone. In order to oversee future negotiations and enhance cooperation between the two parties in every aspect such as resource conservation, a Taiwan-Japan Fishery Committee was also created. The ROC's Ministry of Foreign Affairs expressed the hopes that this agreement may pave the way to a future solution to the Senkaku/Diaoyu islands dispute, and that it could also serve as a model for future agreements with other neighboring nations such as the Philippines. Regarding the Senkaku/Diaoyu islands territorial waters, both parties stood their grounds and reasserted their rights, with Japan and Taiwan both stating that their respective maritime agencies will continue to perform law enforcement in these waters.

---

10) Kawashima Shin (2013), "The Origins of the Senkaku/Diaoyu Islands Issue - The period before normalization of diplomatic relations between Japan and China in 1972", Asia-Pacific Review, vol. 20, issue 2, pp. 122-145.

11) 'Agreement between the Interchange Association Japan and the Association of East Asian Relations on the structure of the fishery order', in Japanese. Retrieved from the Taipei Economic and Cultural Representative Office in Japan's website. The agreement was signed by the Association of East Asian Relations (AEAR) on the behalf of Taiwan, and the Interchange Association (IA).

12) Ministry of Foreign Affairs, ROC, "The Taiwan-Japan Fisheries Agreement-Embodying the Ideals and Spirit of the East China Sea Peace Initiative" (http://www.mofa.gov.tw/en/default.html).

Cap III.pmd 106 16/09/2016, 11:46

One of the interesting features of this agreement is the unsurprising fact that the Sino-Japanese agreement and the Taiwanese-Japanese agreement do not geographically overlap,[13] but are adjacent, and only separated by the 27th North Parallel. This agreement is, of course, considered by China as null and void. It was amended in 2015 in order to provide adjustments, notably relating to the maritime surveillance exerted by the Japanese Coast Guards (JCG). The agreement had worried both Taiwanese and Japanese fishermen, albeit for different reasons. Japanese fishermen expressed their concerns that the Japanese government had not done enough to protect their fishing rights and the economic sustainability of their activities, while Taiwanese fishermen remained concerned by the severity shown by the JCG in the implementation of the regulations. Both fishermen parties had agreed on the fishing order in March 2014.[14] The amendments will thus provide Japanese and Taiwanese trawlers more time slots and more proper distance in the area covered by the "special cooperation zone" north of Yaeyama.[15]

PRC and ROC

The tumultuous nature of the cross-Strait relations strongly impacts fishing issues between the two countries. To greatly simplify this complex matter, the absence of mutual recognition of each other's governments has impeded the possibility of coordination and official fishery agreement.[16] However, their geographical proximity leads the two countries to deal with fishing activities in their respective maritime zones on a daily basis.[17] The delimitation of the Taiwanese EEZ in the Taiwan Strait cuts the latter in two halves, represented by the Davis Line or centerline, and also encompasses Kinmen and Matsu islands near the mainland coast. Due to the absence of formal agreements between the two parties, the following analysis does not rely on any official documents per se, but exhumes and retraces the attempted fishing cooperation initiatives between the ROC and the PRC.

---

13) The two zones are contiguous, delimited by the 27th parallel north. The Sino-Japanese agreement covers the northern side of the parallel and the Taiwan-Japanese agreement the southern side.

14) "Fishing Associations from Taiwan, Japan Sign Search and Rescue Agreement", the Japan Times, March 21st, 2014.

15) "Japan, Taiwan Agree to Modify Landmark Fishing Pact Off Senkakus", the Japan Times, March 7th, 2015.

16) "Another example of increased Taiwan-Mainland fisheries interaction was a two-day seminar in Taipei in May 1996, attended by a twenty-nine-member delegation from the mainland to exchange views on cross-strait fisheries cooperation", in Ralph N. Clough (2000), "Cooperation or Conflict in the Taiwan Strait?" Rowman & Littlefield, p. 62.

17) The statistical data available highlights the importance of this issue. The Taiwanese Coast Guards report 2,382 trespassing fishing vessels, of which 2,318 were Mainland Chinese. 840 were reported by the Matsu and Kinmen offshore flotilla (plus 91 for the Penghu offshore flotilla) for the year 2013. A peak of 9,281 trespassing fishing vessels was reported in 2010, a record high over the past fourteen years.

Cap III.pmd 107 16/09/2016, 11:46

The ROC and the PRC have tried to initiate talks in order to assuage pending issues, but have so far failed to reach any concrete agreements. In the past, Chinese fishing boats have harassed Taiwanese fishing boats, both as a way to assert national sovereignty over Taiwan and, more locally, to access fishing grounds which were de facto under Taiwanese control.

The improvement of bilateral relations in the second half of the 1980s resulted in an increase in crossed fishing activities and a growingly urgent need for regulation. In 1981, the PRC established a minimum of fourteen Taiwan Fishermen Reception Stations in Zhejiang, Fujian and Guangdong, and three thousand Taiwanese fishermen, amounting to four hundred fishing vessels, sought shelters in these stations that same year. Taipei also alleviated pressure through the removal of the Martial Law in 1987, which enabled mainland Chinese fishermen to venture into ROC harbors, something that they seldom had done before.[18]

At the beginning of the 1990s, the two actors joined the negotiation table in order to solve bilateral issues, attempting to smooth the relationship between Taipei and Beijing. Through their local representatives, the SEF and the ARATS, the parties initiated talks on three particular issues: aeroplane hijacking, smuggling, and fishing jurisdiction.[19] Officials met in a series of talks spanning almost 2 years, initiated in Beijing on August 29, 1993. Subsequent talks were held in Xiamen (November 2, 1993), Taipei (December 19, 1993), Beijing (March 25, 1994), Taipei (July 30, 1994), Nanjing (December 22, 1994), and Beijing (January 22, 1995). The parties had reached consensus on airplane hijacking and smuggling, but the fishing jurisdiction remained unsettled. While the two parties had initially agreed to proceed in the two areas where an agreement was found, Taipei reportedly operated a last minute U-turn on 25 January and stated that it would only sign agreements on all three issues, or none at all. The two parties returned to the negotiation table for 6 days but eventually failed to reach common grounds regarding the fishing jurisdiction.[20] Again, fishing issues suffered the interference of political considerations.

However, recognizing the importance of fishing issues, and the usefulness of these issues as a means to channel further rapprochement between Taipei and Beijing, the two parties continued to make attempts at initiating cooperation regarding fishing activities. In 2009, the Council of Agriculture of the Executive Yuan and China's Fisheries Council jointly recommended the signing of a fishing cooperation

18) Hsin Hsing Wu (1994), "Bridging the Strait: Taiwan, China and the Prospects for Reunification", Oxford University Press, p.176, quoted in Ramon H. Myers, Jialin Zhang (2006), "The Struggle Across the Taiwan Strait: The Divided China Problem", Hoover Institute Press.

19) Ramon H. Myers, Jialin Zhang (2006), "The Struggle Across the Taiwan Strait: The Divided China Problem", Hoover Institute Press.

20) Ibidem.

Cap III.pmd 108 16/09/2016, 11:46

agreement.[21] In 2010, China and Taiwan signed the Cross-Strait Agreement on Cooperation in Respect of Fishing Crew Affairs,[22] allowing Taiwanese fishing boat owners to hire mainland Chinese in order to face a manpower shortage. On January 20, 2015, a senior official announced that mainland China would promote measures aimed at facilitating fishing and agriculture cooperation.[23] But despite these ongoing attempts and recent moves towards possible talks for a future cross-strait agreement on fishing activities, fishery in the Taiwanese Strait remains in a grey zone. This framework of bilateral agreements is further complicated by several factors. First, Beijing's claims over the Senkaku/Diaoyu islands are channeled through Taiwan's claims over the islands.[24] Second, Taiwan cannot formally sign up to the UNCLOS, although it stated that it would still comply with it. Third, since China, and to a certain extent Taiwan see themselves as part of one single country, there is a certain degree of permissiveness towards fishermen operating in their respective EEZs. This is particularly the case for Beijing. The PRC faces a political dilemma, since refusing complete access to its EEZ for Taiwanese fishermen would reinforce the diplomatic impression that the ROC and the PRC are indeed two separate political entities, something that goes against the idea of "one country, two systems".

A Contested Maritime Surveillance

Thus, we have seen that the legal provisions vary greatly in terms of legitimacy and this results in an unequal triangular relationship where bonds between actors differ in political and legal importance. The complexity of this ambivalent legal framework indubitably stems from the political and diplomatic hurdles that directly affect the relationship of these countries. While legal dispositions are necessary to assuage the near-irremediably tense interaction of these actors, they also provide with the framework upon which States can base their actions and their maritime surveillance activities. As such, fishing activities can be said to be an issue of paramount importance due to economic considerations, the political use of sovereignty issues, and clashes between fishermen and maritime agencies. Maritime surveillance and even maritime repression towards what a State considers to be illegal fishing activities have thus been rampant amongst these three actors.

---

21) "Taipei, Beijing to Ink Pact on Fishery Cooperation", in Taiwan Today, Sept. 15, 2009.

22) Via the Straits Exchange Foundation (for the ROC) and the Association for Relations Across the Taiwan Straits (for the PRC) (both operating from 1991, private sector level).

23) "Chinese Mainland to Promote Agriculture, Fishery Cooperation with Taiwan", Xinhua, (english.news.cn), Jan. 21, 2015.

24) Kawashima Shin (2013), "The Origins of the Senkaku/Diaoyu Islands Issue - The period before normalization of diplomatic relations between Japan and China in 1972", Asia-Pacific Review, vol. 20, issue 2, pp.122-145.

Cap III.pmd 109 16/09/2016, 11:46

An overview of maritime surveillance in current enforcement actions

ROC and Japan

According to the 2013 agreement, maritime surveillance of Taiwanese and Japanese fishermen in the area covered by the accord is normally insured by the maritime agencies of the respective countries (in this case, the ROC Fisheries Agency, and the Japanese Fisheries Agency). Fishing vessels are subject to the law and regulations of their own country (Flag State principle). Prior to the agreement, the JCG had the upper hand in contested maritime surveillance activities in the vicinity of the Senkaku/Diaoyu islands, due to the higher quantity and quality of its vessels. Accordingly, Japanese vessels were in a better position to implement Japanese regulations over the disputed waters, which resulted in the warning, expelling, fining or detaining of Taiwanese fishermen operating in the area,[25] despite Taiwanese sovereignty claims within the TEL. Since the 2013 agreement, Taiwanese fishermen are now better protected.

The statistical data of the JCG covers the timespan running from 1999 until 2014. The 11th jurisdiction of the JCG covers the Senkaku/Diaoyu islands area and has thus been in charge of the recently established joint fishing zone between Taiwan and Japan. Several interesting points come to the fore. The first striking feature of the figures published by the JCG (the Japanese Fisheries Agency does not reference this) is the surprisingly low amount of cases of illegal fishing performed by foreigners reported. While the Senkaku/Diaoyu islands area has been considered by Taiwanese fishermen as a traditional fishing ground since the colonial era,[26] the overall number of incidents between the two countries remains relatively low, especially compared to that of China and Taiwan. Second, the number of fishermen expelled or detained varies depending on the statistics of each country. While the Coast Guard Administration of the Executive Yuan (referred below as ROCCG for Republic of China Coast Guards) claims that in 2013, 18 Taiwanese fishermen were expelled and 7 were detained by the JCG, the figure for the same year in JCG statistics amount to 3 individuals. Furthermore, Yeh et al. note that a differentiated treatment is made by Japanese authorities depending on whether Taiwanese fishermen are caught east or west of the TEL.[27] The JCG is likely to fine or detain Taiwanese fishermen operating east of the TEL, but merely warn or expel them when operating west of the TEL, thus highlighting the fact that Japan seems to take into account to a certain extent Taiwan's TEL.

25) Y.H. Yeh, H.S Tseng, D.T. Su, C.H Ou (2015), "Taiwan and Japan, a Complex Fisheries Relationship", Marine Policy, Vol. 51, p. 296.

26) ibidem. p. 295.

27) ibidem. p. 297.

Cap III.pmd 110 16/09/2016, 11:46

ROC and PRC

Statistics issued annually by the ROCCG are highly revealing. In 2014, the ROCCG reported 1,100 cases of illegal fishing in what it considers to be its waters, representing 3,052 vessels. Out of these 3,052 vessels, the ROCCG notes that 2,985 of them are of Chinese Nationality, referring to mainland China (*Dalu ji*) with no specific categorization of nationalities for the remaining 67 vessels (the absence of Taiwan nationals is noteworthy). While the absolute amount of vessels and cases targeted by the ROCCG may have varied significantly over the past 15 years (2010 was a record high since 2002, with a peak of 3,713 cases, representing 9,281 vessels, of which 9,199 were mainland Chinese nationals, with the years 2013 and 2014 representing the record lows). Unsurprisingly, when looking at the data by sectors, the Kinmen and Matsu Offshore Flotillas respectively amount to 333 and 116 of the cases, the entirety of which are manned by mainland nationals. More interestingly, the Northern Sector and Central Sector Flotillas covering the Taiwan Strait each dealt with 48 and 49 cases respectively, but were faced with larger offshore flotilla amounting to a total of 338 and 378 vessels respectively, there again all mainland nationals.

Similar data from the Chinese Coast Guards (CCG) are not disclosed. However, due to Beijing's stance towards the status of Taiwan, one can reasonably infer that figures regarding the number of cases of fishery trespassing by Taiwanese fishermen are significantly lower. To the eyes of Beijing, laws and regulations of the mainland such as the mid-summer fishing moratorium apply to Taiwanese fishermen, who are tacitly allowed to operate in the vicinity of mainland coast waters.[28]

PRC and Japan

Based on the current fishery agreement, the enforcement of regulations within the Sino-Japanese PMZ is carried out by the flag state of each fishing boat. This type of enforcement is difficult to implement efficiently because of the fact that there is a lack of information sharing,[29] but it remains an important step in facilitating and legitimising maritime surveillance. Legitimization is all the more important considering the fact that the two parties still harbour an unresolved territorial dispute.

28) H.S. Tseng, C.H. Ou (2010), "Taiwan and China, a Unique Fisheries Relationship", Marine Policy, Vol. 34, p. 1158.

29) M.J. Valencia, Y. Amae (2003), "Regime Building in the East China Sea", Ocean Development and International Law, Vol. 34, Issue 2, pp.189-208.

Cap III.pmd 111 16/09/2016, 11:46

The importance of maritime surveillance: norm-building, legitimacy, the preservation of fishing activities

What emerges from our previous analysis is that the legal cooperation between the parties regarding the problem of maritime surveillance on the fishing activities in 'grey areas' has been salutary, but is still insufficient.

First, despite efforts and good will, there are limits to what cooperating governments can achieve in this domain. The assets deployed by each party are very often insufficient to implement a fully efficient enforcement. The maritime area covered represents an extensive geographical space. And while fishermen themselves often act as pickets, monitoring suspicious activities of foreign and also domestic vessels, the ability of agencies to respond to every case is limited.

Second, , fishing activities fundamentally remain an environmental and economic issue. For example, despite Beijing's mid-summer moratorium on fishing activities and the reduction of Taiwanese and Japanese fishing fleets, the economic pressures driven by growing demand and rising prices have become incentives for fishermen to break the law. This problem is directly related to the incapacity of coast guard and fishery agencies to efficiently enforce regulations on the sea, and the insufficient legal deterrence measures such as fines and penalties.

The recent example of the Chinese fishing boats illegally operating near the Ogasawara archipelago highlights the weaknesses of the surveillance apparatus. Illegal fishing activities do not need international legal loopholes to take place, and the recent examples of nearly 200 mainland Chinese coral poachers illegally trespassing in Japanese EEZ around the Ogasawara islands act as such a reminder,[30] although one can safely assume that the preexisting political situation between the PRC and the ROC has no doubt had a role to play. Behind this phenomenon, there are underlying causes that drive illegal fishing. For example, in the case of illegal red coral fishing, the price of 1kg of these corals has multiplied by 10 over 5 years (in 2013), reaching 2,860,000 yen. The JCG of the 11th district were unable to face such challenge, and efficiently tackle such a large amount of trespassing cases all at once. At the time of the trespassing incidents, the average number of JCG and Japanese Fisheries Agency patrol boats was of 2 or 3, and only peaked to 8 after October. At the same time, beefing up patrol vessels in this area lowered significantly the number of patrol vessels available elsewhere, highlighting the vulnerability of maritime surveillance and law enforcement in times of exceptional contingencies.[31] Some members of the Liberal

30) Reiji Yoshida, "Chinese Coral Poachers Encroaching on Japanese Fishermen", in the Japan Time, Nov. 6, 2014.

31) "Sango mitsuryosen wo issei tekihatsu–kaiho, oidashika houshin tenkan", Kudou Ryuji, Asahi Shimbun, 2014/11/21.

Cap III.pmd 112 16/09/2016, 11:46

Democratic Party, the ruling party in Japan, voiced their concerned and even went so far as to prone the use of the Japanese Maritime Self Defense Force in order to tackle the issue, a proposition that was finally brushed aside by the government who advocated prudence.[32] In total, the JCG have a sizeable force of 358 vessels, but the Japanese EEZ expands over approximately 4,470,000 km2, making it the 6th largest EEZ in the world.[33] In the same way, the Chinese government has limited power to monitor its own fishing fleet. According to the JCG, the number of vessels peaked at 212 boats on 30th October 2014. The JCG only arrested 10 Chinese captains, who were operating in the Japanese territorial waters and EEZ. On 19th October, the Japanese Diet urgently revised the maximum amount of fine applicable to illegal fishing operations by foreign vessels to 30 million yen, with an additional fine of 6 million yen per kilograms of corals illegally harvested in order to enhance deterrence. The maximum amount under the previous legislation was 10 million yen). The Japanese Foreign Minister complained to China, and his Chinese counterpart Wang Yi stated that China would also take measures against such actions.[34]

The future trend in maritime surveillance on fishing activities in this area and elsewhere is most likely two-fold.

1) In terms of "repression", the growing use of technologies such as satellites and drones will help monitor the activity of fishing vessels and enhance the efficiency of coast guards, although their currently limited means will still remain a problem. Overall situational awareness does not necessarily mean that the relevant agencies will have the means at their disposal to tackle these issues, especially if the current economic pressures continue.

2) In terms of "prevention", an often overlooked but equally basic way to curb problems of illegal fishing is the management of domestic fishing industries. Tailoring the size of fishing fleets to the needs of the market and the availability of fish stocks is indubitably an essential means of improving efficient maritime surveillance at sea. For example, faced with a set of factors and conjunctures, the Taiwanese fishing industry has been forced to curtail its fishing fleet and help with the reconversion of fishermen.[35] This is of course a sensitive issue as it directly affects the livelihood of individuals and their families and has to be tackled with great care. But this is necessary in order to respect TAC, ensure the

32) "Sango mitsuryou bassoku kyouka no koe–senkaku to 'nishoumen sakusen' nayamu kaiho sanron sachiko", Kudou Ryuji, Asahi Shimbun, 2014/11/5.

33) Retrieved from the JCG website: (http://www1.kaiho.mlit.go.jp/JODC/ryokai/ryokai_setsuzoku.html).

34) Japanese Ministry of Foreign Affairs, "The Issue of Chinese Coral Vessels in the Seas Close to Japan, Including Around the Ogasawara Islands", Jan. 20th 2015, (http://www.mofa.go.jp/a_o/c_m2/ch/page3e_000274.html).

35) Overseas Fisheries Development Council of the ROC, Annual Report 2013, (https://www.ofdc.org.tw/websEn/list.aspx?main=1).

Cap III.pmd 113 16/09/2016, 11:46

sustainability of fishing stocks, and improve the efficiency of maritime surveillance by reducing the number of vessels to monitor.

Conclusion

The need to regulate remaining legal "loopholes" is paramount to a safe implementation of maritime surveillance and law enforcement. The tackling of these loopholes is still crippled by three defining factors; a) the "illegal" or "legal" nature of activities in territorially contested areas, b) the fact that Taiwan, a de facto State, is recognized by neither Japan nor China, and c) the ambivalent nature of fishing. While illegal maritime activities include specifically and exclusively illegal activities such as piracy, illicit trafficking (human, arms and drugs to name the most common), and pollution, activities such as fishing, while entirely legal when made under the provisions of juridical framework, can become entirely illegal when made outside of this very same framework.[36] Hence, recent efforts must be encouraged and must lead to further dialogue, especially regarding the handling of ships fishing without permits, a pending and thorny issue. The current situation jeopardizes the interests of fishermen. It may even be possible to consider the strengthening of fishing agreements and the development of joint management of disputed maritime areas as a means to promote political dialogue between the parties on a comprehensive level and avoid further incidents involving fishermen and Coast Guards.[37] We also posit that a worsening of Cross-Strait relations can only impede current positive developments.

The correlation between enhanced means of maritime surveillance put in place by the parties, and the on-going disputes involving fishing activities, is of a semi-causal nature. The gradual strengthening of Japanese Coastguards, the recent reform of Chinese maritime agencies under the enlarged supervision of the State Oceanic Administration, and the emerging drone race between Japan and China partly stem from their perceived needs to enhance maritime surveillance over disputed areas, with a particular focus on third-party fishing boats. Agreements and cooperation over fishing issues will likely not impede the continuing development of maritime surveillance in the region. We also stress the need for the parties involved to enhance the surveillance towards their own fishing activities in order to avoid further escalations.

36) We will leave aside the issue of illegal fishing characterized by the catching of unauthorized species of fishes or by illegal fishing methods.

37) A poignant example was the 2010 boat collision incident, when a Chinese trawler rammed into a Japanese Coast Guard vessel around the Senkaku/Diaoyu islands, sparking a violent diplomatic dispute between China and Japan.

Cap III.pmd 114 16/09/2016, 11:46

CHAPTER 4
A murder at sea isn't just a murder!
The expanding scope of universal jurisdiction under the SUA Convention

Makoto SETA[1]
Associate Professor, Association of International Arts and Science, Yokohama City University

Résumé *: L'un des traités qui donnent un rôle aux États côtiers (qui ne sont pas États du pavillon) pour maintenir l'ordre dans les océans est la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Convention SUA). Cette convention a été conclue à la suite de l'agression de l'Achille Lauro, il y a seulement 30 ans. Après l'incident, non seulement l'Italie, État du pavillon de l'Achille Lauro, mais aussi les USA, État dont la victime avait la nationalité, prétendaient exercer leur juridiction sur les suspects de l'agression. Par conséquent, de nombreux États ont estimé qu'il était nécessaire de coordonner les juridictions des États et, à cette fin, la Convention SUA a été adoptée, comme l'une des conventions de lutte contre le terrorisme, en vue de la répression et de la prévention des activités terroristes, telle la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (Convention de La Haye).*

Alors que dans son préambule, la Convention SUA déclare qu'elle est la Convention sur la lutte contre le terrorisme, l'article 3 de la Convention ne mentionne pas le mot « terrorisme » dans la même veine que d'autres conventions contre le terrorisme. Le paragraphe 1 de cet article criminalise un large éventail d'activités violentes sur mer. Cependant, sauf si cet acte est de nature à compromettre la sécurité de la navigation d'un navire, l'acte ne relève pas du champ d'application de la Convention. L'application de la Convention SUA à des actes distincts du type de l'acte de l'Achille Lauro est

1) This work was supported by JSPS KAKENHI Grant Number 15K03180.

Cap IV.pmd 115 16/09/2016, 11:53

confirmée dans des décisions nationales d'autres États, comme l'Inde et la Corée. Pour illustrer, en Inde, dans le cadre de l'Enrica Lexie incident, la Haute Cour du Kerala semblait admettre que les meurtres de pêcheurs indiens par des soldats italiens entrent dans le champ d'un crime prévu par la Convention SUA. En outre, les tribunaux coréens ont appliqué la Convention SUA pour des cas de piraterie somalienne. Compte tenu de ces faits, la façon large d'interpréter l'article 3 de la Convention SUA, dans la façon d'inclure les actes distincts du type de l'acte de l'Achille Lauro, semble avoir été établie. En d'autres termes, non seulement le type d'acte de l'Achille Lauro, mais également une tentative d'assassinat entre dans le cadre de la criminalité prévue par la Convention SUA.

La compétence d'un État de détention des suspects est expliquée sur le fondement du principe d'universalité, du point de vue de la définition de la compétence universelle et de sa justification. Dans le même temps, cette logique a un impact sur le droit de la mer, en particulier le caractère juridique de la mer territoriale, puisque la justification dilue la souveraineté des États côtiers sur leurs eaux territoriales. Cependant, la tendance actuelle de la gouvernance des océans tend à réglementer et gérer l'océan dans son ensemble, pas seulement fondée sur l'approche d'une gestion zonale. L'élargissement de la portée de la compétence universelle en vertu de la Convention SUA est conforme à cette tendance.

***Abstract**: One of the treaties which give non-flag / coastal States responsibility for maintaining order on the oceans is the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (the SUA Convention). This Convention was concluded as the result of the Achille Lauro incident just 30 years ago. After the incident, not only Italy, whose flag the Achille Lauro flew, but also the United States, the nation of the victim, claimed to exercise its jurisdiction over suspects in the incident. Therefore, many States felt it is necessary to coordinate jurisdiction of States and for that purpose the SUA Convention was adopted. The SUA Convention was adopted as one of the counter-terrorism conventions which deter and punish terrorist activities, such as the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (the Hague Convention).*

While in its preamble the SUA Convention declares a fight against terrorism, Article 3 of the Convention does not refer the word «terrorism» at all, unlike other counter-terrorism conventions. Paragraph 1 of this Article criminalizes a wide range of violent activity at sea. However, unless that act is likely to endanger the safe navigation of a ship, the act does not fall within the scope of the Convention. The application of the SUA Convention to acts distinct from those of the Achille Lauro type is confirmed in a municipal court of other States, such as India and Korea. To illustrate, in India, in the course of Enrica Lexie Incident, the Kerala High Court seemed to admit that the shooting of Indian fisheries by the Italian soldiers fell within the scope of a crime provided under the SUA Convention. Also, the Korean Courts applied their municipal law to implement the SUA Convention to the case of Somali piracy. Considering these facts, a broad interpretation of Article 3 of the SUA Convention (i.e. in such a

Cap IV.pmd 116 16/09/2016, 11:53

way that includes acts distinct from those of the Achille Lauro type) seems to have been established. In other words, not only Achille Lauro-type acts, but also murder, fall within the scope of the crime under the SUA Convention.

The jurisdiction of a Custodial State is explained to be based on the universality principle from the perspectives of the definitions of both universal jurisdiction and its rationale. At the same time, this rationale has an impact on the law of the sea, especially the legal character of the territorial sea, since the rationale dilutes the sovereignty of coastal States over its territorial water. However, the current trend of Ocean Governance tends to regulate and manage the ocean as a whole, not only based on the zonal management approach. The expanding scope of universal jurisdiction under the SUA Convention is in line with this trend.

Cap IV.pmd 117 16/09/2016, 11:53

I. Introduction

The more globalization advances and the number of ships on the seas increases, the more important the sea lane becomes as a traffic route. Simultaneously, the sea is becoming more valuable as a source of natural resources. In these circumstances, it is more essential than ever to maintain peace and order on the seas. However, due to the increase in the number of flag of convenience and coastal States which cannot control their waters, it is becoming difficult to maintain order on the seas. Therefore, States other than the flag and coastal States are expected to contribute to keeping order.

One of the treaties which give non-flag/coastal States the responsibility of maintaining order on the oceans is the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (the SUA Convention). This Convention was concluded as a result of the *Achille Lauro* incident 30 years ago, in which the Italian cruise ship *Achille Lauro* was seajacked by members of Palestine Liberation Front (PLF), and a Jewish US citizen, Leon Klinghoffer, was killed.[2] Therefore, the Convention was originally concluded to deter and punish acts of violence similar to the ones committed in the *Achille Lauro* seajacking (*Achille Lauro*-type acts). However, the recent practices of applying the Convention in municipal ccourts have targeted a broader range of activities.

Against this backdrop, this paper first analyses how crimes provided in the SUA Convention (SUA crimes) are grasped and how they have been developed since the Convention's adoption. Second, the paper analyses universal jurisdiction under the SUA Convention by examining whether the Convention provides the universal jurisdiction or not at the outset, and if it does so, the rationale for that jurisdiction is studied.

II. The Expansion of a Crime under the SUA Convention

(1) The Crime Supposed at the Time to Conclude the SUA Convention

As mentioned above, the SUA Convention was adopted as the result of the *Achille Lauro* incident. After this event, not only Italy, whose flag was flown by *Achille Lauro*, but also the United States, the nation of the victim Klinghoffer, claimed jurisdiction over the suspects in the crime. Therefore, many States felt it was necessary to coordinate the jurisdiction of States, and for that purpose the SUA Convention was adopted.[3]

---

2) For the facts of the *Achille Lauro* incident, see Cassese A. (1989), *Terrorism, Politics and Law: The Achille Lauro Affair*, 23-43.

3) Francioni F. (1988), "Maritime Terrorism and International Law: The Rome Convention of 1988",

Cap IV.pmd 119 16/09/2016, 11:53

Since the seajacking was carried out by the PLF, an alleged terrorist organization from the perspective of some States, the SUA Convention was adopted as one of the counter-terrorism conventions aimed at deterring and punishing terrorist activities, such as the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Hague Convention).[4] There is no widely accepted definition of terrorism under international law because it is so difficult to define. It is often said that "one man's terrorist is another man's freedom fighter".[5] Therefore, so-called terrorism has been regulated by obliging States to criminalize and punish certain acts provided in each treaty.[6] The SUA Convention is one such treaty.

As a result, Article 3(1) of the SUA Convention provides that

1. Any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally:
   (a) seizes or exercises control over a ship by force or threat thereof or any other form of intimidation; or
   (b) performs an act of violence against a person on board a ship **if that act is likely to endanger the safe navigation of that ship**; or
   (c) destroys a ship or causes damage to a ship or to its cargo which is likely to endanger the safe navigation of that ship; or
   (d) places or causes to be placed on a ship, by any means whatsoever, a device or substance which is likely to destroy that ship, or cause damage to that ship or its cargo which endangers or is likely to endanger the safe navigation of that ship; or
   (e) destroys or seriously damages maritime navigational facilities or seriously interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safe navigation of a ship; or
   (f) communicates information which he knows to be false, thereby endangering the safe navigation of a ship; or
   (g) injures or kills any person, in connection with the commission or the attempted commission of any of the offences set forth in subparagraphs (a) to (f).

While the SUA Convention declares in its preamble that it is a Convention for fighting terrorism, Article 3 of the Convention does not employ the word "terrorism" in the

---

German Yearbook of International Law, 31, 267-268.

4) Tuerk H. (2012), *Reflections on the Contemporary Law of the Sea*, 106.

5) Ganor, B. (2002), "Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist Another Man's Freedom Fighter", *Police Practice and Research*, 3, 287. See also Laqueur W. (1987), *The Age of Terrorism*, 302.

6) Currently, there are 13 UN Conventions on Terrorisms. See Grozdanova R. (2014), "'Terrorism' – Too Elusive a Term for an International Legal Definition?", *Netherlands International Law Review*, 61, 308. At the same time, there are some authors who argue that the general concept of terrorism is appearing. For example, see Karim M. (2014), "The Rise and Fall of the International Law of Maritime Terrorism: The Ghost of Piracy Is Still Hunting!", *New Zealand Universities Law Review*, 26, 87-88.

Cap IV.pmd 120 16/09/2016, 11:53

same vein as other counter-terrorism conventions. Paragraph 1 of this Article criminalizes a wide range of violent activity on the sea. However, unless those acts are likely to endanger the safe navigation of a ship, they do not fall within the scope of the Convention.

Article 4 of the Convention stipulates the scope of its application in terms of vessels. Paragraph 1 of Article 4 says the Convention is only applied to a vessel which "is navigating or is scheduled to navigate into, through or from waters beyond the outer limit of the territorial sea of a single State, or the lateral limits of its territorial sea with adjacent States". Therefore, unlike piracy which is limited to an act on the high seas, even an act on territorial waters can be considered a crime under the SUA Convention. Moreover, paragraph 2, which is in line with the Hague and the Montreal Conventions against hijacking, allows the contracting parties to apply the Convention to the case which do not fall under paragraph 1, because if a suspect is found to be a member of the contracting party, that fact has an international element.[7]

(2) Divergence from an Achille Lauro*-Type Act*

As shown above, if we interpret Article 3 literally, it can include a wide range of acts which are not similar to an *Achille Lauro*-type act. Actually, in accordance with some practices of municipal courts, Article 3 is expanded to apply to acts which are not like those that took place on the *Achille Lauro*. For example, in the Shi case, which according to Kontrovich was the first case to interpret and apply the SUA Convention,[8] the Ninth Circuit Court of the United States interpreted Article 3 broadly. In this case, a Chinese cook named Shi killed the captain and the first mate of a fishing vessel, *Full Means No.2*, which was registered in the Republic of the Seychelles that was sailing in international waters off the coast of Hawaii.[9] Following these killings, Shi was detained by other seafarers and then surrendered to the US authority, and he faced criminal proceedings in the United States. The Ninth Circuit said that his act fell within the scope of "violence against maritime navigation" under 118 US Code 2280, which was adopted to implement the SUA Convention and sentenced him to 36 years in prison.[10] Actually, the expression of § 2280(a)(1)(b) is absolutely identical to Article 3(1)(b) of the SUA Convention, which prohibits violence endangering safe navigation.

Therefore, the interpretation of § 2280(a)(1)(b) is expected to contribute to clarifying the scope of a SUA crime. However, because the most contentious issue in the Shi

---

7) Plant G. (1997), "Legal Aspects of Terrorism at Sea", in Higgins R. and Flory M. (eds.), *Terrorism and International Law*, 78.

8) Kontorovich E. (2009), "International Decisions - *United States v. Shi*", *American Journal of International Law,* 103, 734.

9) United States v. Lei SHI, 525 F.3d 709, 718 (2008)

10) Ibid., 733.

Cap IV.pmd 121 16/09/2016, 11:53

case is whether US courts can lawfully exercise their jurisdiction, the courts have not elaborated an interpretation of § 2280(a)(1)(b), especially, the phrase the "act is likely to endanger the safe navigation of that ship". It is true that Shi did not endanger the navigation of the *Full Means No.2* as critically as the *Achille Lauro* was endangered. However, given the recent navigation practice in which a minimum number of seafarers are manned to operate a vessel, it is possible to interpret that the safe navigation of the *Full Means No.2* was endangered because it lost the captain and first mate, and the ship's cook, Shi, who had to be detained. Yet, it must be noted that if this application is accepted, almost all cases can be regarded as endangering safe navigation whenever the seafarers are linked to a crime.

With regard to the condition that the "act is likely to endanger the safe navigation", the Ninth Circuit examined in detail the injunction of 25 February 2013, which concerns the *Institute of Cetacean Research v. Sea Shepherd Conservation Society*. In this case, the District Court for the Western District of Washington, the court of first instance, concluded that the act of the Sea Shepherd did not endanger safe navigation because the Sea Shepherd had not interfered with the navigation of a whaling vessel in a way that puts human safety at risk.[11] However, according to the Ninth Circuit, the district court did not take into account the words "likely to endanger" and its decision was clearly error. The Ninth Circuit concluded that the acts of the Sea Shepherd constituted violations of the SUA Convention, given that the Sea Shepherd had sunk several other whaling vessels in the past and had attacked the vessel by using metal-reinforced prop-fouling ropes.[12] Considering the object of the Convention, that is, to guarantee the safe navigation of vessels, the acts of the Sea Shepherd fell within the scope of crimes provided by the SUA Convention more clearly than those of Shi.

The application of the SUA Convention to acts distinct from the *Achille Lauro*-type act is confirmed in the municipal courts of other States, such as India and Korea. To illustrate, in India, in the course of the *Enrica Lexie* incident, which is now pending before the compulsory dispute settlement mechanism under the United Nations Conventions on the Law of the Sea (UNCLOS), the Kerala High Court seemed to admit that the shooting of Indian fishermen by Italian soldiers fell within the scope of a crime provided under the SUA Convention.[13] Similarly, the Korean courts applied the country's municipal law for implementing the SUA Convention to the case of Somali piracy.[14] With regard to these acts off the coast of Somalia, the United Nations

---

11) Institute of Cetacean Research, et al. v. Sea Shepherd Conservation Society, et al., 860 F. Supp. 2d 1216, 1235 (2012).

12) Institute of Cetacean Research, et al. v. Sea Shepherd Conservation Society, et al., 708 F.3d 1099, 1103 (2012).

13) Massimilano Latorre vs. Union of India, (29 May 2012), The High Court of Kerala, Case No. 4542, para. 20.

14) Lee S. and Park Y. K. (2014), "Korea's Trial of Somali Pirates", in Schofield C., Lee S. and Kwon M. S. (eds.), *The Limits of Maritime Jurisdiction*, 382.

Cap IV.pmd 122 16/09/2016, 11:53

Security Council (UNSC) likewise supported the idea that the SUA Convention could be applied to those acts of piracy. For instance, Resolution 1846 provides that the UNSC "(n)otes that the 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation ('SUA Convention') provides for parties to create criminal offences, establish jurisdiction, and accept delivery of persons responsible for or suspected of seizing or exercising control over a ship by force or threat thereof or any other form of intimidation; urges States parties to the SUA Convention to fully implement their obligations under said Convention and cooperate with the Secretary-General and the IMO to build judicial capacity for the successful prosecution of persons suspected of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia".[15]

Considering these facts, a way of interpreting Article 3 of the SUA Convention broadly, that is, by including acts distinct from those such as *Achille Lauro*-type acts, seems to have been established. In other words, not only *Achille Lauro*-type acts, but also murder fall within the scope of the crimes stipulated under the SUA Convention.

III. Universal Jurisdiction under the SUA Convention

(1) Jurisdiction of custodial States under the SUA Convention

Established as one of the counter-terrorism conventions for the purpose of depriving criminals of any safe haven, Article 10 of the SUA Convention provides *aut dedere aut judicare*, under which States that are party to the SUA Convention are obliged to prosecute or extradite the suspect, when he/she is found in the State's territory. Actually, *aut dedere aut judicare* stipulates obligation and not competence, such as a jurisdiction to prosecute. However, because the content of this obligation is closely related to the character of the jurisdiction of a State in which a suspect is found (a custodial State), the content must be analysed before examining the jurisdiction of a custodial State.

As for the obligation *aut dedere aut judicare*, there are two forms that derive from the different wording of conventions. On the basis of the first form, a request for extradition by the other States is a prerequisite for prosecution. Therefore, unless a custodial State does not receive such a request, it cannot prosecute a suspect.[16] However, based on the second form, a custodial State may prosecute irrespective of whether a request is made.[17]

---

15) Paragraph 15 of the SC Resolution 1846 (2008), (S/RES/1846) (2 Dec. 2008).

16) David E. (2009), *Éléments de droit pénal international et europeén*, p. 245.

17) Bassiouni M. and Wise E. M. (1995), *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, 18.

Cap IV.pmd 123 16/09/2016, 11:53

On this point, the International Court of Justice (ICJ) characterized *aut dedere aut judicare* under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT), as the second form relating to the obligation to prosecute or extradite. It is *aut dedere aut judicare* under the CAT and not under the SUA Convention which was interpreted and applied in that case. However, considering that both the CAT and the SUA Convention were adopted with reference to the Hague Convention and that Article 10(1) of the SUA Convention is almost identical to Article 7(1) of the Hague Convention, *aut dedere aut judicare* under the SUA Convention is interpreted in the same vein as that under the CAT.

Also, the ICJ says that Article 7(1) of the CAT "requires the State concerned to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, irrespective of the existence of a prior request for the extradition of the suspect."[18] According to the ICJ, this conclusion is confirmed by the fact that Article 6(2) obliges State Parties to make a preliminary inquiry immediately after the suspect is found in their territory.[19] Furthermore, the ICJ clarifies that a custodial State can relieve itself of its obligation by acceding to the request for extradition. As a result, while extradition is an option for a State Party, prosecution is an international obligation under the Convention.[20]

Considering this fact, *aut dedere aut judicare* as provided in Article 10(1) of the SUA Convention is irrelevant to the request for extradition by other States and is based on jurisdiction which may be exercised by a custodial State at its discretion. Therefore, similar conventions which stipulate *aut dedere aut judicare* generally provide judicial jurisdiction of a custodial State, as is set out in Article 6(4) of the SUA Convention.[21]

With regard to the basis of this jurisdiction of a custodial State, the ICJ characterized such jurisdiction as "universal jurisdiction".[22] However, in its judgement, the ICJ used the term "universal jurisdiction" without clarifying its meaning or implication. At this point, it should be noted that universal jurisdiction is defined as jurisdiction exercised by a State which does not have any connection to the object of jurisdiction.[23] Based on this definition, the bases of jurisdiction of a custodial State depends on whether

18) Q*uestions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. (Belgique c. Sénégal), arrêt,. C.I.J. Recueil 2012*, para. 94.

19) Ibid.

20) Ibid., para. 95.

21) Article 6(4) of the SUA Convention is provided as: "Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences set forth in article 3 in cases where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him to any of the States Parties which have established their jurisdiction in accordance with paragraphs 1 and 2 of this article."

22) Ibid., para. 91.

23) Seta M. (2014), "How do We Justify Unilateral Exercise of Port State Jurisdiction?: The Challenge by the EU in Protecting the Marine Environment", in Sancin V. and Dine M. K. (eds.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges in 2014*, 484.

Cap IV.pmd 124 16/09/2016, 11:53

there is a connection between that State and the object of jurisdiction. Furthermore, when determining a connection, whether the presence of a suspect is regarded as connection or not is a mile stone.

In this light, the dissenting opinion by Judge Loder in the Lotus case is noteworthy. Judge Loder criticised the conclusion of the majority opinion which allows a State to exercise its jurisdiction over a foreign individual who commits a crime abroad.[24] According to the opinion, "(n)or can such a law extend in the territory of the State enacting it to an offence committed by a foreigner abroad should the foreigner happen to be in this territory after the commission of the offence, because the guilty act has not been committed within the area subject to the jurisdiction of that State and *the subsequent presence of the guilty person* cannot have the effect of *extending the jurisdiction of the State* (italic emphasis in the original)".[25] Certainly, Judge Loder is not referring here to universal jurisdiction. However, the suggestion that the subsequent presence of the guilty person cannot be grounds for judicial jurisdiction is important when analysing universal jurisdiction as well.

The suggestion by Judge Loder is supported by recent research. For example, Maierhöfer argues that, in order to apply its criminal law, a State must have a connection and he emphasizes that "the subsequent arrest of the criminal itself does not provide enough connection with States".[26] Furthermore, the report on universal jurisdiction, drafted by the Secretary-General of the United Nations at the request of the General Assembly, says that *aut dedere aut judicare* requires States to exercise jurisdiction "even if it was entirely unconnected to the crime itself".[27] Thus, it is argued that the jurisdiction of a custodial State is based on the universality principle, on the basis of a presumption that the presence of a criminal (or suspect) is not regarded as a connection between a State exercising such jurisdiction and the object of jurisdiction.

Also, some States support the idea that the jurisdiction exercised by a custodial State under *aut dedere aut judicare* is based on the universality principle. To illustrate, when introducing *aut dedere aut judicare* into the Hague Convention, Austria described the jurisdiction of a custodial State as universal jurisdiction.[28] In addition, when the Secretary-General drafted the report cited above, Argentina argued that "the principle of *aut dedere aut judicare* may overlap with universal jurisdiction when a State has no

---

24) Affaire du "Lotus", Arrêt, 1927, CPIJ Série A, nº. 10, 18-19.

25) Ibid., Opinion Dissidente de M. Loder, 35.

26) Maierhöfer C. (2006), "*Aut dedere - aut iudicare*"*: Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, 30 und 42.

27) Report of the Secretary-General Prepared on the Basis of Comments and Observations of Governments, (A/65/181) (29 Jul. 2010), para. 21.

28) International Civil Aviation Organization, *International Conference on Air Law, The Hague, December 1970*, Vol. II, (Doc 8979-LC/165-2), 94.

Cap IV.pmd 125 16/09/2016, 11:53

connection to a crime other than the mere presence of the suspect in its territory".[29] Considering these facts, the jurisdiction of a custodial State falls within the scope of universal jurisdiction.

(2) The Rationale for Universal Jurisdiction over a Crime of the SUA Convention

Given that universal jurisdiction can be exercised by a State which does not have any connection with the object of jurisdiction, the rationale for universal jurisdiction must be considered in a different way from other grounds for jurisdiction, such as the territorial principle or the personality principle. Generally speaking, universal jurisdiction may be exercised only when the interests of the international community are violated.[30] As States do not have any connection to or grounds for exercising their jurisdiction, they are required to justify their use of this authority due to the indirect violation of their own interests.[31] Consequently, as an SUA crime is subject to universal jurisdiction, the crime is presumed to violate the interest of international community.

In this regard, although there is no authoritative definition of terrorism under international law, the crimes provided under counter-terrorism conventions are often said to violate such interests. For example, Steenberghe says "the crimes dealt with in those [counter-terrorism] treaties were likely seen as a potential threat for *any state party* and, therefore, as automatically affecting the interests of all state parties and not just the interest of specific states" (emphasis added).[32] Indeed, it is not impossible to argue that a SUA crime has a character that violates the interests of the international community only because the SUA Convention is a counter-terrorism agreement. However, given that such conventions cover a wide range of acts from hijacking to the financing of terrorists, each treaty should be analyzed individually and rigorously.

To focus on a SUA crime, it includes a violent act on the vessel as stipulated in Article 3(1)(b); however, even if it is a solely violent act, as in the same case of piracy, it can violate the interests of the international community if it is carried out on the high seas.[33] However, in accordance with Article 4(1) of the SUA Convention, the

---

29) Permanent Mission of the Argentine Republic to the United Nations, (N.U.141/2011) (29 Apr. 2011), p. 2, *available at* <http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Argentina%20(S%20to%20E).pdf> (last visited 30th Oct. 2015).

30) Steiner H. J. (2004), "Three Cheers for Universal Jurisdiction - Or Is It Only Two?", *Theoretical Inquiries in Law*, 5, 223.

31) See Marks J. H. (2003), "Mending the Web: Universal Jurisdiction, Humanitarian Intervention and the Abrogation of Immunity by the Security Council", *Columbia Journal of Transnational Law*, 42, 465.

32) Steenberghe R. V. (2011), "The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 1113.

33) Bowett D. W. (1982), "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources", *British Year Book of International Law*, 53, 12.

Cap IV.pmd 126 16/09/2016, 11:53

Convention is applied to not only a vessel navigating on the high seas but also a vessel which has not navigated beyond the maritime area of one State, if that vessel is scheduled to navigate beyond that area. In this respect, although the practice may vary from State to State, when a vessel navigates beyond the maritime area of one State, that ship tends to have an international character, such as a flag of convenience and manning of multinational citizens. Therefore, it is not impossible to suppose that violating the freedom of navigation enjoyed by such an internationalised vessel is formulated as a violation of the interests of the international community.

The application of Article 4(2), under which a suspect who commits a SUA crime on a vessel that is navigating within the maritime area of one State escapes to a State which does not have any connection to that crime, is more problematic. For example, a French national, X, kills another French national, Y, on a French vessel which is navigating from Nantes to Calais. Then, when X flees to State A, this State may exercise its jurisdiction over that person. It is true that, as a result of the perpetrator's fleeing from one State to another State, the incident has an international element. Yet, at the same time, the incident can be regarded as falling within the scope of a purely domestic matter of France. Given this fact, to fully justify universal jurisdiction over a SUA crime, it is necessary to regard a ship's navigation even in territorial waters as being in the interests of the international community. In this respect, however, as Article 2 of the UNCLOS provides, the sovereignty of a coastal State extends to the territorial seas.

Despite this fact, however, there are three grounds for considering that navigation in territorial waters is protected as an interest of the international community. First, it is noted that with a focus on protecting the interest of navigation, it should be protected wholly but not separately. Actually, within the anti-piracy framework, the interest of navigation on the high seas is protected separately due to the narrow scope of piracy, which by definition only occurs on the high seas.[34] However, recent State practices for combating piracy demonstrate that this approach is not practical. The UNSC admits that a State should police pirates within the territorial sea as well as on the high seas for the purpose of effectively arresting them.[35] This approach is confirmed by the preamble of the SUA convention which the occurrence of unlawful acts against the safety of maritime navigation is a matter of grave concern to the international community as a whole, without distinguishing maritime areas.

Second, an interest which would be violated if universal jurisdiction over the SUA crime were exercised must be considered. In this sense, the violated interest would not only be an interest of a flag State but also an interest of a coastal State over its

34) Geiâ R. and Petrig A. (2011), *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, 147.

35) For example, see paragraph 7 of the SC Resolution 1816 (2008), (S/RES/1816) (2 Jun. 2008).

Cap IV.pmd 127 16/09/2016, 11:53

territorial waters. It is often pointed out that universal jurisdiction over piracy is accepted partly because its scope is limited to the high seas, where no State has sovereignty. However, as previously mentioned, a coastal State has sovereignty over the territorial seas. Yet the difference between sovereignty over land territory and over territorial waters must be taken into account. While land territory is one of the prerequisites for Statehood and the origin of sovereignty, sovereignty over territorial waters is functional[36] and cannot be an origin of sovereignty, as is demonstrated in the principle "the land dominates the sea".

Third, it should be pointed out that under customary international law, the interest of navigation has been shared with non-coastal States by admitting the right of innocent passage.[37] While UNCLOS recognizes the sovereignty of a coastal State over its territorial waters, it obliges a coastal States to guarantee the right of innocent passage enjoyed by foreign ships. Regarding the relationship between this sovereignty and the right of innocent passage, two positions have arisen since 1932 when the arbitral award between Panama and United States concerning the collision of the *David* and the *Yorba Linda* was rendered. One position, that is taken by the majority of arbitral committees, considers the right as an exception to the sovereign principle of a coastal State.[38] The other position, which is argued by Panamanian commissioner Alfaro, regards the right of innocent passage as the prolongation of the freedom of navigation on the high seas.[39] In other words, the right of innocent passage is not granted by a coastal State *ex gratia*, but is a right in the strict sense. Considering that the following development is reflected in Article 20 of the Convention on the Territorial Waters and Article 28 of the UNCLOS, it is difficult to say that the majority opinion is still plausible. Actually, since just after the award was rendered, the majority opinion has been criticized. For example, Borchard says, "Innocent passage historically is not an 'exception' to sovereignty nor is the burden on the passing ship to prove such an 'exception.' The privilege of innocent passage, it is believed, has as solid a legal standing as territorial 'sovereignty'."[40] Considering these facts, the right of innocent passage is a right in strict sense, and this fact dilutes the sovereignty of a coastal State over its waters.

---

36) See O'Connell D. P. (1982), *The International Law of the Sea*, Vol. I, 82-83.

37) Generally speaking, passage is regard as one form of navigation. Ngantcha, F. (1990), *The Right of Innocent Passage and the Evoluation of the Internaitonal Law of the Sea: The Current Regime of 'Free' Naviation in Coastal Waters of Third States*, 43-56.

38) Compañia de Navegación Nacional (Panama) v. United States, Award, (1933), *Reports of International Arbitral Award*, Vol. VI, 384.

39) Ibid., 386.

40) Borchard E. M. (1935), "The United States-Panama Claims Arbitration", *American Journal of International Law*, 29, 104; Also, see Jessup P. C. (1933), "Civil Jurisdiction over Ships in Innocent Passage", *American Journal of International Law*, 27, 750.

Cap IV.pmd 128 16/09/2016, 11:53

IV. Conclusion

Thus, the jurisdiction of a Custodial State is explained as being based on the universality principle from the perspectives of both the definition of universal jurisdiction and its rationale. At the same time, this rationale has an impact on the law of the sea, especially the legal character of the territorial sea, because the rationale dilutes the sovereignty of a coastal State over its territorial water. However, the current trend in ocean governance tends to regulate and manage the ocean as a whole, and is not based solely on the zonal management approach.[41] The expanding scope of universal jurisdiction under the SUA Convention is in line with this trend.

It is true that the expansion of a crime under the SUA Convention is not universally confirmed and supported. To establish this expansion, we have to wait to ascertain other State practices which follow the current trends. However, even at the current moment, we can expect that the SUA Convention can effectively govern human activity on the seas.

41) For example, see Tanaka Y. (2008), *A Dual Approach to Ocean Governance: The Case of Zonal and Integrated Management in International Law of the Sea*, 18, footnote 71 and 21.

Cap IV.pmd 129 16/09/2016, 11:53

CHAPTER 5
Tackling Forced Labor Issues in the Fishing Industry[1]

Laura Van VOORHEES
Master of Arts in Law and Diplomacy, Fletcher School of Law and Diplomacy,
Tufts University, Medford, Massachusetts

Résumé : *L'océan et les ressources qu'il fournit sont essentiels à la survie humaine, mais son immensité représente un défi pour la régulation de cet espace, sans compter ses mystères et ses enjeux. Dans une industrie qui est dangereuse dans le meilleur des cas, les conditions de travail ont un effet dévastateur. L'Organisation maritime internationale (OMI) rapporte que la perte annuelle de vies humaines en raison de pratiques de pêche est de 24 000 personnes forcées. Dans le rapport sur le coût du travail forcé, l'Organisation internationale du travail (OIT) explique que l'industrie de la pêche est particulièrement vulnérable aux abus dans les pratiques de recrutement, et « l'isolement et les circonstances confinées de ce groupe de travailleurs, avec de fréquentes difficultés dans l'identification des responsabilités légales envers les équipages, peuvent les rendre particulièrement vulnérables... ». En outre, l'OMI identifie la nécessité d'un équilibre entre les pratiques commerciales efficaces et la prévention des abus et des arrangements de travail forcé. Les gens de mer sont des travailleurs vulnérables. Ils travaillent sur des contrats très longs, généralement temporaires, et peuvent être recrutés et licenciés à volonté.*

La haute mer pourrait être l'un des domaines les plus difficiles à réglementer - le droit de chaque nation et la responsabilité d'aucune nation. La législation maritime ratifiée dans cet espace reflète ces tensions : tenter d'équilibrer les forces diamétralement opposées - l'ouverture et la possession. L'ouverture de naviguer

1) Adapted from Van Voorhees, Laura. Master of Arts, Thesis for the Fletcher School of Law and Diplomacy entitled "Tackling Forced Labor in the Seafood Industry: Navigating the Ultimate Zone of Impunity". April 22, 2014.

Cap V.pmd 131 25/01/2017, 18:31

dans les mers sans entraves et le sens commun de la propriété qui est nécessaire pour prévenir la consommation avide et éhontée de la vie marine, des ressources environnementales et du capital humain doivent être équilibrés. Par conséquent, la dimension de la jurisprudence maritime favorise l'ouverture au détriment de la protection. La législation maritime identifie une pléthore de questions qui contribuent au travail forcé, y compris : des documents d'emploi frauduleux, des heures supplémentaires excessives, le manque de formation adéquate, des pavillons de complaisance, le changement de pavillon constant et le transbordement en mer. Toutefois, le droit de la mer ne dispose pas d'une autorité globale avec le pouvoir de police en haute mer, laissant aux États du pavillon et aux États du port la réglementation et la surveillance de l'activité des navires.

En outre, la dégradation de l'environnement exacerbe les mauvaises conditions de travail à bord des navires de pêche. Comme les stocks de pêche deviennent plus appauvris, la concurrence pour les ressources limitées augmente, les navires réduisent les coûts de production - y compris le travail - afin de continuer à fonctionner, compte tenu des marges bénéficiaires inférieures. Les navires doivent se déplacer beaucoup plus loin dans les eaux profondes afin d'atteindre les stocks qui ne sont pas encore épuisés. Les établissements de pêche tentent de se concentrer sur les incitations à court terme, aux dépens des biens communs mondiaux, en raison de la défaillance de la gestion de ces ressources partagées. Cependant, il s'agit d'une vision étroite, à court terme, des incitations commerciales, conduisant finalement à des comportements qui nuisent à la longévité de l'industrie de la pêche. Dépourvus de toute autorité globale avec un pouvoir de police de la haute mer, les États du pavillon et les États du port sont laissés à la réglementation et à la surveillance de l'activité des navires. Même ainsi, les navires de pêche sont souvent exemptés des réglementations plus strictes imposées aux navires de transport. Le droit de la mer ne tient pas compte de la dynamique du pouvoir entre le fournisseur et le consommateur, créant ainsi un vide transnational de l'autorité : une zone ipso facto de l'impunité.

***Abstract**: The Ocean and the resources that it provides are vital to human survival, yet its sheer vastness poses difficulties for regulating this space, adding to its mysteries and challenges. In an industry that is dangerous in the best of circumstances – the International Maritime Organization (IMO) reports that the annual loss of human life due to fishing practices is 24,000 people – forced labour conditions have a devastating effect. In the Cost of Coercion report, the International Labour Organization (ILO) explains that the fishing industry is particularly vulnerable to abuse in recruiting practices, and "the isolation and confined circumstances of this group of workers, together with frequent difficulties in identifying legal liabilities towards crews, can make them particularly vulnerable." Furthermore, the IMO identifies the need for balancing efficient business practices with preventing forced labor arrangements and abuses. Seafarers are vulnerable workers. They work on very long, generally temporary, contracts and can be hired and fired at will.*

Cap V.pmd 132 25/01/2017, 18:31

The high seas could be one of the most challenging domains to regulate: the right of every nation and the responsibility of no nation. The maritime legislation ratified in this space reflects these tensions: attempting to balance the diametrically opposed forces of openness and ownership. There is a need for balance between the openness to navigate the seas unhindered and the communal sense of ownership that is necessary to deter greedy and unabashed consumption of maritime life, environmental resources, and human capital. Consequently, the scale of maritime jurisprudence favours openness at the expense of ownership. Maritime legislation identifies the plethora of issues contributing to forced labor including: fraudulent employment documents, excessive overtime, lack of adequate training, flags of convenience, constant reflagging, and transshipment. However, maritime legislation does not name an overarching authority with the power to police the high seas, instead leaving it to flag states and port states to regulate and monitor vessel activity.

Furthermore, environmental degradation exacerbates poor labour conditions on fishing vessels. As fishing stocks become more depleted, competition for limited resources increases, driving vessels to cut costs – including labor – in order to continue to operate, given lower profit margins. Vessels need to travel much further into deep waters in order to reach stocks that have not yet been depleted. Operating in the maritime global commons tempts fishing establishments to focus on short-term incentives and defection from stewardship of these shared resources. However, this is a narrow, short-term view of business incentives, ultimately leading to behaviours that are detrimental to the longevity of the fishing industry. Lacking any overarching authority with the power to police the high seas, flag states and port states are left to regulate and monitor vessel activity. Even so, fishing vessels are often exempt from the stricter regulations imposed on shipping vessels. Maritime legislation does not account for the power dynamics between supplier and retailer nations ultimately creating a transnational vacuum of authority: an ipso facto zone of impunity.

Cap V.pmd 133 25/01/2017, 18:31

The oceans cover 70% of the world's surface. Over 2.5 billion people rely on seafood as an essential and primary source of protein.[2] There are 200 million people who rely on fisheries, aquaculture and related activities and over 20% of the world's 38 million full-time fishers earn less than 1 U.S. Dollar per day and come from developing countries.[3] The ocean and the resources that it provides are vital to human survival, yet its sheer vastness poses difficulties for regulating this space, adding to its mysteries and challenges. In an industry that is dangerous in the best of circumstances – the International Maritime Organization (IMO) reports that the annual loss of human life due to fishing practices is 24,000 people – forced labour conditions have a devastating effect.[4]

In the Cost of Coercion report, the International Labour Organization (ILO) explains that the fishing industry is particularly vulnerable to abuse in recruiting practices, and "the isolation and confined circumstances of this group of workers, together with frequent difficulties in identifying legal liabilities towards crews, can make them particularly vulnerable."[5] Furthermore, the IMO identifies the need for balancing efficient business practices with preventing forced labour arrangements and abuses. The most universally recognized definition of forced labour is that of the International Labour Organization Convention 29 (1930), which defines forced labour as "all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily." [6]

Forced labour is challenging to identify and prevent. It is pervasive and systemic in the international market. Exploiters coerce workers through various *means* including abuse of vulnerability, deception, restriction of movement, isolation, physical and sexual violence, intimidation and threats, retention of identity documents, withholding of wages, debt bondage, abusive working and living conditions, and excessive overtime. The *methods* of exploitation range from debt bondage to exploitative labour practices to entrap victims. Ultimately, the *end* destination of exploited workers can be in many different industries including fishing. Trafficking trickles into US supply chains at all

---

2) United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea, "Oceans and Law of the Sea", http://www.un.org/Depts/los/index.htm (accessed April 4, 2014, 2014).

3) The World Bank Group, "Fisheries and Aquaculture", http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTARD/0,,contentMDK:20451222~menuPK:1308455~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336682,00.html (accessed April 4, 2014); http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTARD/0, content MDK:20451222~menuPK:1308455~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336682,00.html

4) International Maritime Organization, "Fishing Vessel Safety"; http://www.imo.org/OurWork/Safety/Regulations/FishingVessels/Pages/Default.aspx (accessed April 4, 2014).

5) International Labor Organization, *The Cost of Coercion*, 28.

6) International Labor Organization, *Combating Forced Labor: A Handbook for Employers and Business* (Geneva: ILO, [2008a]).

Cap V.pmd 135 25/01/2017, 18:31

levels of the business, so that the formal economy contributes to the demand for forced labour through increasingly complex multination arrangements.

What makes the fishing industry vulnerable to forced labour and what can be done to mitigate these issues? First, I describe how modern maritime business practices make the fishing industry vulnerable to abuse. Second, I examine instances of human rights violations in fishing. Finally, I offer some insights into effective approaches to address labour issues in fishing. Finally, I argue that enforcement mechanisms for international laws are weak and fail to create the incentives to drive changes. Effective means to address forced labour in fishing will only come from leveraging the interest of business to create more effective agreements, legislation, and practices to protect their business interests.

1.- Globalization in Fishing

There are several modern practices within the fishing industry that exacerbate the push and pull factors in forced labour situations. Furthermore, modern practices make it challenging to identify and prosecute forced labour practices in the fishing industry. This section examines modern seafood supply chains and the conditions that create these challenges.

By examining what a typical supply chain looks like, one can identify vulnerable areas of exploitation of workers. Initially, fish are caught by a fishing vessel or raised in an aquaculture facility. The freshly caught seafood is then put on ice or flash frozen to preserve it. The seafood is then put through primary processing, where the head and guts of the fish are removed. This prevents vessels from transporting the less lucrative pieces of seafood, and can be done at sea or on land. This step is labour-intensive, so fish may be transported to countries that provide cheap labour to limit costs. The fish generally then goes through a secondary processing where it is trimmed, deboned, breaded, or cooked. The seafood is then exported to the U.S. where it enters food distribution chains. Finally, the seafood may be sold through distributors, who then supply restaurants and groceries/stores.[7]

Relatively new techniques and practices such as flash freezing enable ships to stay out at sea for longer periods of time. This is also possible through the use of support ships such as "reefer ships": refrigerated ships used to transport fish and refuel ships. Reefer ships often service several ships at once, combining the catches from different vessels into one supply. This practice makes it challenging – if not impossible – to distinguish between the catches from various vessels. This point of transfer can mix together fish caught legally and illegally, or from ships with strong labour standards

7) Ibid.

Cap V.pmd 136 25/01/2017, 18:31

and weak labour standards. The rise of reefer ships also limits the time other ships spend in port, thus further limiting opportunities for crew in harmful labour settings to escape.[8]

Even though fish stocks have become depleted in various areas of the world, consumers' appetite for fish remains high. Supply chains have adapted to continue to serve the demand for fish often leading to more international and intricate sourcing strategies. For example, Gorton's of Gloucester, once sourced its fish from the New England coast in Gloucester – its namesake – but has not been able to do so since the 1980s when the New England fisheries collapsed due to overfishing. Today, Gorton's sources Pollock from Alaska, which is then processed by American producers, and from Russia, processed in China. Consequently, large-scale fishing operators have less control over and knowledge of their supply chains.

Maritime Social Spaces

Helen Sampson's ethnography chronicling life on shipping vessels offers insights into the reality of maritime social spaces, highlighting some of the evolving practices in maritime vessel management that could lead to situations of abuse. In her words, "more often than not, however, life aboard a merchant cargo vessel is noisy, lonely, and dangerous. Seafarers are vulnerable workers. They work on very long, generally temporary, contracts and can be hired and fired at will."[9] Sampson goes on to describe how the traditional management hierarchy on sea vessels can create a situation where workers can easily be exploited with little opportunity for redress.

Even with labour regulations, these conventions do not diminish the intensity of social space on board ships, where captains are largely in charge to "structure the social space on board."[10] As Sampson describes, "as a consequence of a remarkably strong hierarchy, combined with the traditions of the sea, captains have the capacity, and the power, to perpetuate systematic abuses against seafarers aboard."[11] This type of abuse, when taken to the extreme, could devolve into slave-like conditions.

Illegal, Unreported, Unregulated (IUU) Vessels

Illegal, *unreported*, and *unregulated* vessels (IUU) are most susceptible to forced labour practices. Furthermore, vessels may enter and exit the formal economy at various points in their operation, or they may attempt to keep the appearance that

---

8) Environment Justice Foundation, *Lowering the Flag: Ending the use of Flags of Convenience by Pirate Fishing Vessels* (London: Environmental Justice Foundation, [2009]). 10.

9) Sampson, *International Seafarers and Transnationalism in the Twenty-First Century*, 28.

10) Ibid. 79.

11) Ibid. 83.

Cap V.pmd 137 25/01/2017, 18:31

they are operating legally. IUU fishing makes $10-23.5 billion a year with 11-26 million tons of fish.[12] The United Nations Food and Agricultural Organization describes vessels as engaging in *illegal* fishing by operating in waters under the jurisdiction of a state without permission or in contravention of the laws of state; registering to a State but not abiding by the laws and international conventions signed by the State; or in violation of national laws or international obligation to Regional Fish Boards. *Unreported* fishing occurs when vessels have not reported or have misreported fishing practices to Regional Fishing Boards. *Unregulated* fishing practices include fishing without nationality or under the flag of a country not part of fishing agreements in a particular area or disregarding the fishing conservation efforts in a particular area. It also includes fishing in an area where there are no management or conservation measures in place.[13]

Flags of Convenience (FOC)

The ocean is a global commons: it is not the territory of one particular nation. Barring particular exceptions due to treaties, every nation is able to navigate the sea freely. The United Nations Law of the Sea (1982) states, "Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly. There must exist a genuine link between the State and the ship."[14] However, the Permanent Court of International Justice in 1905 through a court decision created the precedent that sovereign nations could determine which ships to grant rights to fly their flag even if they did not have a direct connection to that particular nation.[15] Although the initial intention was not specifically to evade labour practices, knowledge spread quickly that reflagging vessels could essentially achieve this. With just "one sweep of a pen…an entire ship's labour force could be transferred over night to the jurisdiction and sovereignty of a new national 'master'."[16] Any bargaining power that national seafarers had gained could suddenly shift overnight. A practice that was once a rarity quickly became the norm.[17] Open Registers are known for their lack of regulation and have become a strong source of income for flag-of-convenience nations. Kahveci and Nichols linked GDP with regulations and found that the poorest states with most incentive for income are least harsh with regulations: "the richer countries are likely to flag out more; and the best 'deals' to be

12) MRAG (Marine Resources and Fisheries Consultants), 2008. *Study and Analysis of the Status of IUU Fishing in the SADC Region and an Estimate of the Economic, Social and Biological impacts*.

13) Food and Agriculture Organization of the United Nations, *International Plan of Action to Prevent, Deter, and Eliminate Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing* (Rome, [2010]).

14) United Nations Convention on the Law of the Sea,10 December 1982, Vol. 1833 U.N.T.S. Article 91.1.

15) Elizabeth R. DeSombre, *Flagging Standards: Globalization and Environmental, Safety, and Labor Regulations at Sea* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 2006), xi and 308.

16) Leon Fink, *Sweatshops at Sea: Merchant Seamen in the World's First Globalized Industry, from 1812 to Present* (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2011), 178.

17) Sampson, *International Seafarers and Transnationalism in the Twenty-First Century*, 32.

Cap V.pmd 138 25/01/2017, 18:31

got by shipowners (in the sense of the least and worst regulation and the worst protection for seafarers) are from the poorest countries."[18] The irony is that these poorer nations' populations are more likely to be exploited due to their desperation to find work; therefore, these countries would benefit from state involvement in regulation.

With the advent of the internet, even the inconvenience of pen and paper bureaucracy has given way to online registries, which allow ships to change the flag that they fly within 24 hours with costs as little as 1000 US dollars. There is no requirement for ships to visit the ports of the country under whom they are registering, making it possible for vessels to change their registry multiple times within the course of a season – a practice that is known as "flag-hopping." As EJF describes, "[Flags of convenience] provide anonymity by hiding the identity of vessel owners, and make prosecution of wrong doers almost impossible."[19]

Seafood Labelling Conventions

In the fishing industry, the concept of origin is further complicated by seafood labelling conventions for fish that are caught on the high seas and beyond the borders of any particular nation. In such cases, seafood is identified by the company's secondary processing facility, which is two steps removed from the actual site where the fish was initially caught or raised.[20] Even with increased media coverage of negative environmental impacts and human rights abuse associated with ill-executed fishing practices, labelling conventions are liable to confuse even the most well-informed consumer.

International Maritime Organization Ship Identification Numbers

Fishing vessels, unlike merchant ships, are currently not required to have an IMO number. IMO numbers or Ship Identification Numbers (SIN) function similarly to a Vehicle Identification Number: it is a number that is etched into the ship when it is manufactured, that can be used to track the vessel even if it changes flags or locations. The lack of an IMO number make it easier for fishing vessels to evade detection, or acquire any record of their compliance status. Fishing vessels simply need to rename themselves in order to thwart authorities.

IMO numbers for merchant ships are administered on behalf of IMO by HIS Fairplay, a private company that updates and cross-checks the numbers against multiple data sources. IMO numbers would improve global governance in three ways: safety,

---

18) E. Kahveci and T. Nichols, *The Other Car Workers: Work Organization and Technology in the Maritime Car Carrier Industry* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2006).

19) Ibid. 10.

20) Fisher, *Friday Infographic: Seafood Traceability*.

Cap V.pmd 139 25/01/2017, 18:31

operations, and crew conditions. Several regional fishing bodies have started to require fishing vessels to acquire IMO numbers for these benefits, including the Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, the Western and Central Pacific Fisheries Commission, and the International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas.[21]

Labour Recruitment Practices: Exploiting Vulnerable Workers[22]

Following the shifting nationalities of vessels, management and recruitment practices have also under gone a dramatic shift, becoming more globalized. As vessels change flags, they escape labour regulations that frequently specify the nationality of captain and crew. FOC countries include no such restrictions, leaving vessels to obtain crew from countries of their choosing, thus leading many vessels to crew from countries with lower wages. Searching for cheap labour has globalized the shipping industry. In fact, "cost-effective crewing remains a major driver behind the decision to 'flag out'" or resort to FOC.[23]

Ship owners do not recruit workers but rather use recruiters. Sometimes workers do not even know their bosses, and captains may not know under what circumstances workers agree to employment. While there are legitimate agents, there are others who take advantage of vulnerable populations by engaging in unethical recruitment practices. These types of agents target vulnerable workers from low socio-economic classes.[24]

Labour recruiters can exploit the desperation of local populations, by misrepresenting the type of work or demanding such high fees for the job that it creates a debt bondage situation, in such extensive ways that the very presence of labour recruiters increases the vulnerabilities of workers. Once a worker enters the work site under coercion, due to a visa arrangement, high debt is very difficult to escape.[25] Depending on how extensively labour recruiters are involved in facilitating workers' arrival at the work site, they could even be involved in creating fraudulent documentation, to create the illusion of legitimacy in their recruiting practices.

---

21) Tony Long, *Illegal Fishing, Your Number's Up!* (Washington D.C.: The PEW Charitable Trusts, [2013]).

22) International Labor Organization, *Combating Forced Labour: A Handbook for Employers and Business* (Geneva: International Labor Office, [2008b]).

23) Sampson, *International Seafarers and Transnationalism in the Twenty-First Century*, 34.

24) International Labor Organization, *Combating Forced Labour: A Handbook for Employers and Business*, 1-158.

25) Verité and Humanity United, *Fair Hiring Toolkit* (Amherst, MA: Verité and Humanity United, [2011]).

Cap V.pmd 140 25/01/2017, 18:31

The truly global approach to labour recruitment enables seafaring vessels to take advantage by travelling to areas with (what the ILO refers to as) *vulnerable workers*.[26] New technologies for seafood processes also means that processes which previously required a specific location can now be brought to parts of the world where there is an abundant supply of cheap labour.

Ports may be a point of entry for migrant workers who do not have legal status. Often these workers are hesitant to go to local authorities to report abuse, for fear of deportations or even being forced to pay registration fees. Countries may also have laws discouraging migrant workers, so that it may be challenging for these workers to be able to obtain employment through legal means. Workers are so desperate for employment that they are willing to pay high fees to secure a job, or work without pay, assisting recruiters until they are matched to an employer.[27]

One example of this is Thailand's policy toward Burmese migrant workers. The National Verification Program (NVP) requires migrant workers who are already in the country to register with the Thai government and pay registration fees. There have been moments when Myanmar has cancelled the worker program altogether, claiming that it is rife with abuse, leaving migrants with no choice but to enter the country or seek employment through illegal means. Illegal employment leaves workers even more vulnerable to abuse, without incentive to report that abuse. A United Nations Inter-Agency Project (UNIAP) report investigating labour on Thai fishing vessels, revealed that 59% of migrant workers on vessels report witnessing a fellow worker be *murdered* by boat captain or crew. In places such as Thailand, migrant workers constitute a major portion of the workforce, with 200,000 migrants working on fishing vessels.[28]

These dramatic changes in recruitment practices, coupled with the drive to find cheap labour, have distanced captains from their workforce, creating a situation that fosters neglect on several fronts, including living conditions, health, safety, compensation, training investment and wages.

Vessel Management Practices

Another change that has globalized sea vessels is the rise of ship management companies. Starting in the 1960s and 1970s, oil companies found it more efficient to own ships to transport oil; however, they did not have the expertise to manage fleets.

---

26) International Labor Organization, *Combating Forced Labor: A Handbook for Employers and Business*, 10.

27) Environment Justice Foundation, *Lowering the Flag: Ending the use of Flags of Convenience by Pirate Fishing Vessels*, 12.

Environment Justice Foundation, *All at Sea: The Abuse of Human Rights Aboard Illegal Fishing Vessels* (London: Environmental Justice Foundation,[2010]).

28) Environment Justice Foundation, *Sold to the Sea: Human Trafficking in Thailand's Fishing Industry* (London: Environmental Justice Foundaton,[2013]).

Cap V.pmd 141 25/01/2017, 18:31

Where previously the captain was often also the owner of the ship, now companies own the ships, but turn to management companies to run the vessels. Contracting services for ship management exist because of the increasing number and complexity of the procedures a captain must manage. It could entail the commercial aspect of linking ships and/or crewing, supplying and maintaining a vessel.[29] As Sampson describes, "the relationship between vessel ownership, management and registration are key, as all these factors impact upon the environment that is found onboard a ship and in which seafarers are obliged to work."[30] These management companies are removed from the day-to-day operations of the vessel.

Modern maritime practices – changing maritime social spaces; illegal, unreported, unregulated vessels; flags of convenience; seafood labeling conventions; lack of IMO numbers; and labour recruiting practices – distance consumers, retailers, and companies from workers on sea vessels to the point where they are no longer recognizable.

2.- Human Rights Abuses in Sea Fishing

As vessel owners and operators become further removed from workers on shipping vessels, concerns for workers' safety become marginalized. Christina Stinger of the University of Auckland Business School, co-author of a recent report on the fishing industry in New Zealand, and Steve Trent, President of the Environmental Justice Foundation, describe conditions for workers in the fishing industry as a life filled with denial of medical treatment, drinking water of brownish rusty color, rotten fish bait for food, rampant sexual abuse and physical abuse, unstable shacks as living quarters that easily collapse and kill workers, and brutal executions to deter protest. Vessels were described by one interviewee in Stringer's study as, "A floating freezer…absolutely appalling conditions just like a slum… there are definitely human rights abuses out there, they are slave ships."[31] Both affirmed that these conditions were not isolated to a handful of ships but rather are happening on a large scale. As Stringer describes this in the findings of her study on foreign flagged vessels fishing in New Zealand waters.

"[Fishing crew] are considered as mere factors of production – just another commodity - in order for other actors along the network to enhance their returns."[32] Kevin Bales,

29) Sampson, *International Seafarers and Transnationalism in the Twenty-First Century*, 41.

30) Ibid. 29.

31) Stringer, Simmons and Coulston, *Not in New Zealand's Waters, Surely? Labour and Human Rights Abuses Aboard Foreign Fishing Vessels*

32) Ibid. 17.

Cap V.pmd 142 25/01/2017, 18:31

Director and Founder of the NGO Free the Slaves, terms this phenomenon "disposable people" to indicate the lack of investment that companies make in workers.[33]

There is often a clear delineation between crew based on rank and ethnicity, further perpetuating being treated as disposable commodities. High-ranking crewmembers have access to variety of food while labourers are deprived of food or given subpar provisions.[34] Stringer and the EJF reported several instance of labourers being provided rotten fish bait and rancid food, or nothing at all. Labourers were reportedly given rust colored un-boiled water while ranking officers had access to boiled and bottled water. One case, reported by the International Transport Workers' Federation, found 39 Burmese workers starved to death because they were left for over two months without food or water.[35] Labourers have no access to facilities, instead being forced to relieve themselves off the side of the vessel. EJF found bedding consisted of planks or cardboard boxes on the floor. One labourer likened these conditions to being forced to "live like rats."[36]

Workers can be given insufficient safety gear or none at all to prevent injury. Ships lack proper life-saving equipment, or vessels are generally unseaworthy, referred to as "floating coffins."[37] The Amur, a UII vessel that EJF was tracking, demonstrates what could happen when ships do not maintain proper safety equipment. The *Amur*'s lack of life-saving equipment led to the death of fourteen crew from drowning and hypothermia while it was illegally fishing Chilean Sea Bass in sub-Arctic waters.[38]

When labourers are forced to work long hours without rest, fatigue contributes to hazards. One worker recalls being forced to work a 53-hour shift with a 3-hour break followed by another 20-hour shift. Another worker recalls witnessing a fellow labourer cutting his hand in a fish-cutting machine due to sheer exhaustion. Other accidents include: crushed fingers from conveyer belts and fish packages, and injuries from tripping over net wires and other equipment.[39]

When major accidents do occur, labourers reported being given expired medicines or Band-Aids. Many crew members interviewed by Stringer were told to stay in their

---

33) Bales, *Ending Slavery: How we Free Today's Slaves*, 260.

34) Stringer, Simmons and Coulston, *Not in New Zealand's Waters, Surely? Labour and Human Rights Abuses Aboard Foreign Fishing Vessels*, 13.

35) International Labor Organization, *The Cost of Coercion*, 29.

36) Stringer, Simmons and Coulston, *Not in New Zealand's Waters, Surely? Labour and Human Rights Abuses Aboard Foreign Fishing Vessels*, 13.

37) Environment Justice Foundation, *Lowering the Flag: Ending the use of Flags of Convenience by Pirate Fishing Vessels*, 22.

38) Ibid. 22.

39) Stringer, Simmons and Coulston, *Not in New Zealand's Waters, Surely? Labour and Human Rights Abuses Aboard Foreign Fishing Vessels*, 15-16.

Cap V.pmd 143 25/01/2017, 18:31

quarters when at port, presumably so that port authorities would not see their injuries. Injuries were not reported in the ship's log so that inspectors would not inquire about these crewmembers.[40] Some of the injuries reported by labourers were due to work conditions; however, random acts of violence were also reportedly committed on a regular basis. Incidents included being hit over the head by a fish pan (so that the worker's head split open), being forced to stand on deck for hours in extreme weather conditions, and being punched in the back of the head with a rice sack so that it was hard to breathe. Stringer explains, "Crew felt the intention of these ruthless acts of random violence and punishments was to intimidate and control them with fear." Stringer also found sexual abuse was prevalent as well, and contributed to random acts of aggression.[41] Physical confinement is another form of control that has been reported by the Seafarers' Union of Burma on Thai shipping vessels.

Crew also had wages withheld as a form of control, either partially or in full. Stringer found that ships often held two versions of employment documents; for instance, one for an Indonesian manning agent, and one on board the ship to show New Zealand authorities during random port inspections. Workers who send payments to dependent family members back home can experience financial hardship as a result of having wages withheld. As a result, the threat of this is a strong deterrent against reporting abuses and labour conditions. In some instances, crewmembers do not receive any compensation. The ILO reports that a Filipino man contacted the ITF because he did not receive payment. The vessel claimed change of ownership which, upon investigation, was a false claim. Vessels' owners were using "deliberate deception" to prevent paying workers. False documents created to misrepresent the nationalities of workers have later been used to deny employment altogether. Workers can also receive compensation much lower than they originally agreed to, with recruiting agents often taking a larger cut.[42]

Fear of losing compensation and aggression towards crew prevents many of these abuses from coming to light. As one crewmember interviewee explained, "What happens at sea stays at sea. No one talks about it, that's always been the culture... we are governed by a secrets policy... you have to be so bloody cautious about who you talk to or what you talk about."[43] This may also explain why the number of successful prosecutions of labour violations at sea is so low compared to those reported through media.

Seafarers have gone from being workers to becoming disposable people or

40) Ibid. 14.

41) Ibid. 14.

42) International Labor Organization, *The Cost of Coercion*, 28-29.

43) Environment Justice Foundation, *All at Sea: The Abuse of Human Rights Aboard Illegal Fishing Vessels*, 1-23.

Cap V.pmd 144 25/01/2017, 18:31

commodities, rather than a factor in production. Compounding the challenges of navigating the ocean are these practices that cloak illicit and harmful practices to the environment, to workers, and to fish stocks. These murky waters wrap the global commons, creating the ultimate zone of impunity.

3. Addressing Forced Labour in Fishing at a Global Level

Thumbing through the international conventions, hefting the books of regulations, or browsing the logbooks and certificates required to be carried aboard a ship, one might easily conclude that thanks to good government in London (the international headquarters of the IMO), the world of shipping is completely under control. But from the point of view of increasingly disillusioned regulators, the documents that demonstrate compliance are so easy to manipulate that they can be used as a façade behind which groups or companies can do whatever they please.[44]

There is no doubt that the high seas could be one of the most challenging domains to regulate – the right of every nation and the responsibility of no nation. The maritime legislation ratified in this space reflects these tensions: attempting to balance diametrically opposed forces – openness and ownership. A balance is needed between the openness to navigate the seas unhindered and the communal sense of ownership that is necessary to deter greedy and unabashed consumption of maritime life, environmental resources and human capital. Consequently, the scale of maritime jurisprudence favors openness at the expense of ownership.

Maritime legislation identifies the plethora of issues contributing to forced labour including: fraudulent employment documents, excessive overtime, lack of adequate training, flags of convenience, constant reflagging, and transshipment. However, maritime legislation does not name an overarching authority with the power to police the high seas, instead leaving it to flag states and port states to regulate and monitor vessel activity. The IMO operates purely as an administrative body, without the ability to enforce the Maritime Labour Convention 2006 directly, relying on states themselves to legislate and enforce laws. Often the worst offenders will seek refuge under the flags of nations that do not provide for or enforce these conventions.

Furthermore, even with state monitoring, fishing vessels are often exempt from the stricter regulations imposed on shipping vessels. Smaller fishing vessels have even less oversight. International legislation addressing fishing applies to vessels that are 24 metres in length or longer. FAO has identified that 85% of motorized fishing vessels are less than 12 meters in length.[45] This means that even though these international

---

44) WIlliam Langewiesche, "Anarchy at Sea," *The Atlantic Monthly* September (2003).

45) Food and Agriculture Organization of the United Nations, *The State of World Fisheries and Aquaculture* (Rome: FAO, [2012]). 11.

Cap V.pmd 145 25/01/2017, 18:31

conventions are designed to target the fishing industry, the way these conventions are designed means they do not apply to a majority of the vessels fishing.

Maritime legislation does not account for the power dynamics between nations navigating the high seas. The populations most vulnerable to coercion occupy transnational spaces and are doomed to be exploited by all nations and protected by no nation. As Langewiesche describes, beneath the regulatory façade is a transnational vacuum of responsibility and authority that wraps the globe. Given these challenges in regulating these global commons, there may be more incentive to address stewardship through business incentives.

The fishing industry is a difficult business to manage effectively. It requires a substantial initial investment, which necessitates steady return on the investment over time through profits. There are a number of actors along the supply chain including: fishing vessels, primary processors, secondary processors, and shipping companies. With depleted fish stocks, more actors are competing for fewer resources. This creates a situation where it is tempting to defect from active stewardship in the global commons, greedily reaping shared resources before they are ultimately depleted. Underlying this approach is the general assumption that other parties will inevitably choose to defect over cooperating, and there is no meaningful over-arching authority to convince countries to act otherwise. Also, the costs of entry into the sector is so high that small or medium enterprises are burdened with high debts and so forced to continue to operate even with negative profit margins. The costs of entry is so high that they function as a barrier to exit even in the case of no profits.

These incentives permeate all forms of the maritime global commons: environment, wildlife, and human capital. These incentives affect not only the businesses themselves but seep into the structures that monitor and support the industry including: port authorities, local legislatures, and labour recruiters. Kwang Thaung, Director of Myanmar Association in Thailand, describes this dynamic in the following statement: "If all trafficked workers were rescued, there wouldn't be enough left on the boats. Without the workers, businesses would be affected and export would be reduced. Therefore, it is not in the economic interest of authorities to eradicate human trafficking."[46] Taking into account the power dynamics between various states along the seafood supply chains, there are strong incentives to keep relationships with multinational corporations (MNC) by keeping prices low at the cost of human rights.

When aggregated over the long term, this approach achieves exactly the opposite of what it intends. Ultimately this approach leads to depleted fish stocks, damaged

46) Slavery at Sea: The Continues Plight of Trafficked Migrants in Thailand's Fishing Industry, Video, directed by Environmental Justice Foundation (UK: Environmental Justice Foundation Charitable Trust, 2013).

Cap V.pmd 146 25/01/2017, 18:31

maritime ecosystems, and substantial losses in remittances (wages) to workers' countries of origin. According to the Millennium Ecosystem Assessment, at least one quarter of the world's marine fish stocks are over-exhausted[47], and the FAO estimates that 80% of the fish stocks it monitors are fully exploited, over-exploited, depleted or recovering.[48] One study estimated that 90% of the total weight of large predators of the ocean, such as tuna, swordfish, and sharks, has disappeared.[49] The ILO estimates that victims of forced labour forgo at least $21 billion each year in unpaid wages and illegal recruitment fees.[50]

With any business venture there is a tension between managing the short term and long term interests of the organization. It is tempting to increase the short-term performance at the expense of long-term company interests. Too frequently, performance measurements are structured to encourage short-term interests through quarterly earnings without heed to long-term vision. If the private sector does not fundamentally change the way that it does business in the fishing industry, it will literally run itself out of business. The Millennium Ecosystem Assessment points out that existing science cannot determine the tipping point for environmental systems. The report argues, "the living machinery of the Earth has a tendency to move from gradual to catastrophic change with little warning."[51] These realities are strong incentive for private sector players in the fishing industry to re-think the way that they conduct business.

As fish stocks become depleted globally, more attention is being given to collective efforts to address environmental stability. There is a strong connection between supporting these environmental efforts and actions to prevent forced labour practices in fishing. Maria Boyles argues that "issues of seafood sustainability and human rights are inextricably linked, not only from an ethical standpoint, but also from a practical one."[52] The fishing industry has historically focused on environmental impact of fishing without addressing gender equality, child labour, fair trade, and human rights, to the extent that environmental concerns may even be said to have overshadowed these other areas.[53] The reality, however, is that the two issues are mutually reinforcing -

---

47) The Board of the Millennium Ecosystem Assessment, *Living Beyond our Means*UNEP, [2005]). Living Beyond Our means, 10.

48) Food and Agriculture Organization of the United Nations, *The State of World Fisheries and Aquaculture* 8.

49) The Board of the Millennium Ecosystem Assessment, *Living Beyond our Means*, 12.

50) International Labor Organization, *Questions and Answers on Forced Labour.*

51) The Board of the Millennium Ecosystem Assessment, *Living Beyond our Means*, 18.

52) Mariah Boyle, *Trafficked: An Updated Summary of Human Rights Abuses in the Seafood Industry* (Santa Cruz, CA: FishWise, [2014]).

53) E. H. Allison, *Should States and International Organizations Adopt a Human Rights Approach to Fisheries Policy?* The World Fish Center, [2012]).

ignoring one side of the equation actually detracts from efforts to address the other. Porter and Kramer argue that issues gain the most traction when one identifies connection to those recognized by the industry as having the greatest impact on businesses.[54] Thus, linking forced labour issues to environmental issues is vitally important. Crewmembers in forced labour situations are unlikely to report human rights abuses, let alone violations of environmental safeguards. Vessels often violate international agreements across the board, including environmental schemes, industry standards, and human rights abuses; weak monitoring systems mean that vessels often perpetrate these abuses together.

Furthermore, environmental degradation exacerbates poor labour conditions on fishing vessels. As fishing stocks become more depleted, competition for limited resources increases, driving vessels to cut costs – including labour – in order to continue to operate, given lower profit margins. Vessels need to travel much further into deep waters in order to reach stocks that have not yet been depleted. This adds to the duration that vessels are out at sea and decreases the extent to which they can be monitored. It may also drive vessels to operate outside the Exclusive Economic Zones limiting jurisdiction of coastal state over fishing vessels.[55] Beddington et al. show that fish stocks can recover with proper management strategies that include a combination of "management control and rights-based operations."[56] This dual approach is even more essential in developing countries where there is low management capacity, by giving communities rights over fishing areas such as individual transferable quotas. Using these approaches, communities are invested in the longevity of fishing stocks.

When multinational corporations put pressure on states to become more involved in regulating the fishing industry, it may be more effective than pressure from foreign governments. For example, US seafood businesses are concerned that Thailand will be moved to Tier 3 on the Department of State's Annual Trafficking in Persons Report (TIP Report). If a country has been on Tier 2 watch list for three years then it is automatically downgraded to Tier 3, which results in automatic sanctions. This would prevent American businesses from sourcing seafood from Thailand. As a result, businesses have been pressuring the Thai government to make improvements.

Operating in the maritime global commons tempts fishing establishments to focus on short-term incentives – defecting from stewardship of these shared resources. However, this is a narrow, short-term view of business incentives, ultimately leading to behaviours that are detrimental to the longevity of the fishing industry.

---

54) Porter and Kramer, *Creating Shared Value: How to Reinvent Capitalism—and Unleash a Wave of Innovation and Growth,* 11.

55) Mariah Boyle, *Trafficked: An Updated Summary of Human Rights Abuses in the Seafood Industry* (Santa Cruz, CA: FishWise, [2014]).

56) J. R. Beddington, Agnew D. J. and C. W. Clark, "Currrent Problems in the Management of Marine Fisheries," *Science* 316, no. 1713 (2007).

Cap V.pmd 148 25/01/2017, 18:31

Richard Locke argues that the rise of globalization creates a "regulatory void in which labour laws [are] not being enforced by either host (developing) country governments, or by the national authorities governing the large consumer markets absorbing much of this global production."[57] Furthermore, multi-national supply chains have rendered "national and international strategies inadequate because authority is dispersed not only across national regimes but also among global buyers and a myriad of their suppliers."[58] Amplified by the inherently global arena of the high seas, the seafood industry is the epitome of this transnational lack of authority and responsibility. Instead of a void of regulators and monitors, one could imagine a situation where global actors all bear the responsibility for managing this space – a thickly woven net, both ensnaring those abusing global resources and protecting those exploited within the transnational spaces.

Locke argues: "the most effective efforts aimed at promoting improved working conditions and labour rights in global supply chains are precisely those that blend together private and public regulation."[59] Given the complex global nature of the fishing industry itself, a complex global approach to addressing maritime commons stewardship is warranted. In order for the private sector to be engaged, there is a need to understand and incentivize the long-term participation of business in these efforts. Too often, approaches including the private sector rarely move beyond reputation protection or risk management. Given the international reach of multi-national corporations, not engaging the private sector through core business incentives is a missed opportunity to driving meaningful change.

Conclusion:
The Changing Tides of Maritime Global Commons Stewardship

The high seas are alluring and mysterious – an open expanse, wild and teeming with ocean life. A vital source of protein, livelihood, and inspiration – it is hard to imagine that this vast tumultuous expanse is at once so powerful, and yet so vulnerable to human transgressions. The scars of abuse run deep and wide, hidden in plain sight as dwindling sea life populations, polluted ocean floors, and raw human misery wreak havoc on this transnational arena, pushing these resources to an undetermined tipping point. Cloaked in autonomy and plagued by conflicting incentives, the maritime community is both daunted and perplexed by the monumental task of protecting these maritime global commons – wildlife, environment, and human rights.

---

57) Locke, *The Promise and Limits of Private Power: Promoting Labor Standards in a Global Economy*, 10.

58) Ibid. 9.

59) Ibid 172.

Cap V.pmd 149 25/01/2017, 18:31

Through this paper, I consider how the rise of global supply chains has increased tensions in the maritime space, relying on many of the traditional methods of regulation to breaking point. First, I describe how modern maritime business practices in fishing have led to human rights abuses. Modern maritime practices such as changing maritime social spaces; illegal, unreported, unregulated vessels; flags of convenience; seafood labeling conventions; lack of IMO numbers; and labour recruitment practices distance consumers, retailers, and companies from workers on sea vessels to the point where they are no longer recognizable. Second, I describe how seafarers have gone from being workers to commodities: labour is an insignificant investment. Finally, I examine whether international law or business incentives can address the issue of forced labourat sea. Maritime legislation identifies issues contributing to forced labour including: fraudulent employment documents, excessive overtime, lack of adequate training, flags of convenience, constant reflagging, and transshipment. Lacking any overarching authority with the power to police the high seas, flag states and port states are left to regulate and monitor vessel activity. Even so, fishing vessels are often exempt from the stricter regulations imposed on shipping vessels. Maritime legislation does not account for the power dynamics between supplier and retailer nations ultimately creating a transnational vacuum of authority: an *ipso facto* zone of impunity. I argue the business case for addressing forced labour issues in fishing. The temptation to defect from maritime stewardship is high when businesses consider only the narrow short-term view of business incentives. On the other hand, when the private sector embraces long-term interests, focusing on how forced labour is connected to mitigating environmental impact, anticipating consumer preferences, and supporting market competition, there are clear incentives for businesses to tackle labour issues in the fishing industry.

Cap V.pmd 150 25/01/2017, 18:31

CHAPTER 6
Les migrants maritimes devant la Cour européenne des droits de l'Homme

Arnaud MONTAS
Maître de conférences HDR de droit privé
UMR Amure - Université de Bretagne Occidentale - Brest

***Abstract**: Illicit activities at sea are subject to various repressive measures. In Europe, they are implemented in compliance with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The judicial work of the European Court of Human Rights (ECHR), controlling the legality of the fight against illegal activities at sea, reflects two concerns based on the distinction between the substantive rights and the procedural rights that it has recognized. As the basic component of subjective rights, substantive (or material) rights are fundamental rules governing a particular field of law (i.e. the right to life, freedom of expression, respect for private and family life), as opposed to procedural rights which determine how subjects of rights can justly assert them (i.e. the right to a fair trial, the right to liberty and safety, the right to an effective remedy before a national authority). These issues are analyzed with respect to the treatment of migrants shipwrecked at sea, victims of illicit human trafficking.*

***Résumé** : Les activités illicites en mer font l'objet de mesures répressives diverses. En Europe, elles sont mises en œuvre dans le respect de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme. L'œuvre jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), dans le contrôle de la légalité de la lutte contre les activités illicites en mer, se manifeste à travers une double préoccupation reposant sur la distinction entre les droits substantiels et les droits procéduraux qu'elle reconnaît. Constituant la base des droits subjectifs, les droits substantiels (ou matériels) sont des règles de fond régissant un domaine particulier du droit (exemples : droit à la vie, liberté d'expression, respect de sa vie privée et familiale), par opposition aux droits processuels qui déterminent la manière dont les sujets de droits peuvent justement les faire valoir (exemples : droit à un procès équitable ; droit à la liberté et à la sûreté ; droit à un recours effectif devant une instance nationale). Ces questions sont analysées vis-à-vis du traitement des migrants naufragés en mer, victimes d'un trafic illicite d'êtres humains.*

Cap VI.pmd 151 16/09/2016, 11:59

Cap VI.pmd 152 16/09/2016, 11:59

Pour ses aspects de droit pénal, la lutte opérationnelle contre les activités illicites en mer s'appuie sur de nombreux instruments conventionnels. Si la plupart de ces instruments puisent leurs fondements dans les principes généraux contenus dans la Convention sur le droit de la mer signée à Montego Bay le 10 décembre 1982 qui, bien que n'étant pas d'applicabilité directe, constitue le socle des politiques pénales maritimes des États, d'autres, plus spécifiques, traitent de phénomènes criminels particuliers. En effet, depuis l'adoption de grandes conventions dans les années 1980 et la normalisation accélérée du droit maritime international, l'action pénale des États a fait un bond en avant, de sorte que chaque activité illicite en mer reçoit désormais une réponse juridique puis souvent judiciaire.

Cependant ces politiques pénales se mettent, elles, en mouvement sous l'œil attentif de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH), juridiction unique en son genre[1] instituée dès 1959 par la Convention européenne des droits de l'homme[2] (ci-après Convention EDH). Signée dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1950 et entrée en vigueur en 1953, la Convention EDH a pour fonction, comme son nom l'indique, de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales qu'elle vise en permettant un contrôle judiciaire du respect de ces droits[3].

La Cour EDH, qui ne peut être saisie par toute personne qu'après épuisement des voies de recours internes, est ainsi compétente pour traiter les recours portés contre un État qui a ratifié la Convention et ses 16 Protocoles additionnels mais qui ne respecterait pas les droits et libertés qui y sont reconnus. La portée des arrêts de la Cour dépend du type de décision qu'elle rend. De ce point de vue, ses arrêts, qui ont une portée simplement individuelle, sont essentiellement déclaratoires et se bornent à constater l'existence ou l'absence d'une violation de la Convention. De la même manière, ils ne valent pas titre exécutoire en droit interne, même si la Cour se reconnaît compétente pour surveiller l'exécution de ses arrêts. D'autres arrêts accordent au plaignant une satisfaction équitable ; de nature pécuniaire, elle est accordée à la victime lorsque le droit interne de l'État mis en cause est impuissant à faire disparaître complètement la violation constatée.

La Cour EDH a rendu quelques décisions, dont certaines retentissantes, qui intéressent le droit de la navigation maritime[4]. Tout particulièrement, dans une actualité parfois effrayante, la Cour EDH a récemment prononcé plusieurs condamnations pour non-respect des droits des migrants maritimes. Nous y reviendrons.

---

1) LIEN : http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fra

2) Appellation commune ; le texte s'intitule précisément *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. LIEN : http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

3) Berger V. (2014), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 13ème éd., Sirey.

4) Pour une vision d'ensemble, voir Montas A. (2014), « La lutte contre la criminalité en mer à l'épreuve de la Cour européenne des droits de l'homme », in Papastavridis E. D. et Trapp K. N., *La criminalité en mer*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, chap.. XII, p. 457.

Cap VI.pmd 153 16/09/2016, 11:59

À l'analyse, il apparaît que l'œuvre jurisprudentielle de la Cour EDH dans le contrôle de la légalité de la lutte contre les activités illicites en mer se manifeste à travers une double préoccupation reposant sur la distinction entre les *droits substantiels* et les *droits procéduraux* qu'elle reconnaît. Constituant la base des droits subjectifs, les droits *substantiels* (ou *matériels*) sont des règles de fond régissant un domaine particulier du droit (exemples : droit à la vie, liberté d'expression, respect de sa vie privée et familiale, etc.), par opposition aux droits *processuels* qui déterminent la manière dont les sujets de droits peuvent justement les faire valoir (exemples : droit à un procès équitable ; droit à la liberté et à la sûreté ; droit à un recours effectif devant une instance nationale, etc.).

Au titre des droits substantiels, il est un principe particulièrement fort, contenu à l'article 3 de la Convention EDH : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Les mots sont clairs. Il s'agit là de « *l'une des valeurs les plus fondamentales d'une société démocratique* », ainsi qu'aime régulièrement à le répéter la Cour EDH, érigeant le droit de ne pas subir de tels traitements en un droit intangible reconnu dans l'ordre interne des États membres. Il faut bien dire que la remarquable concision de cet article ne doit pas tromper sur son autorité, tant il est entendu que ses dispositions font partie du droit international coutumier, relevant du *jus cogens*, c'est-à-dire d'une norme impérative du droit international général[5]. D'ailleurs, ce caractère inconditionnel de l'article 3 a des répercussions extraterritoriales puisque chacun doit être protégé contre les mauvais traitements qu'il pourrait subir ou risquer de subir au-delà du territoire de l'État membre[6].

La Cour, de façon permanente et répétée, a toujours traité les termes de l'article 3 par référence à ceux de l'article 2 (*Droit à la vie*)[7], comme l'un des droits les plus absolus protégés par la Convention, dont le but est d'assurer la dignité de l'âme et l'intégrité du corps humain en toutes circonstances. L'article 3, qui ne supporte aucune dérogation ou restriction légale, est énoncé en termes inconditionnels et sans réserve ; il ne comporte pas, notamment, de deuxième paragraphe précisant les circonstances dans lesquelles il est acceptable d'infliger une torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Cet article constitue une des rares dispositions de la Convention à laquelle, selon l'article 15, alinéa 2[8], il est impossible de déroger même en cas de circonstances exceptionnelles. De même, ses termes signifient qu'il ne peut jamais y

5) CEDH, 21 nov. 2001, req. n° 35763/97.

6) Sur la question de savoir si les États contractants ont normalement l'obligation d'appliquer la Convention seulement sur leur propre territoire, V. CEDH, 7 juill.. 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07.

7) Tulkens F. (2004), « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, p. 1605 et s. – Przetacznik F. (1976), "The right of life as a basic human right", RDH, p. 585 et s.

8) L'article 15, qui admet un certain nombre de dérogations à la Convention EDH en cas d'état d'urgence, n'en admet cependant aucune concernant l'article 3.

Cap VI.pmd 154 16/09/2016, 11:59

avoir, en vertu de la Convention ou du droit international, de justification pour des actes qui les enfreindraient. En d'autres termes, aucun facteur ne saurait être invoqué par un système juridique national comme une justification valable pour recourir à un comportement interdit.

En tant que principe général, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est d'ailleurs reprise par un vaste éventail d'instruments internationaux, de l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme « *Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* », au Statut de Rome de la Cour pénale internationale selon lequel la torture commise dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile constitue un crime contre l'humanité. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 va dans le même sens en ce qu'il déclare que « *Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels* », de même que l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en application duquel « *Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

Même si la règle est des plus claires, la proclamer à l'envi n'est pas toujours suffisant pour la rendre effective, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence désormais assez substantielle de la Cour EDH en la matière[9]. Et même s'il ne s'agit pas là de sa principale terre d'élection, il demeure que l'article 3 trouve aussi application dans le contrôle de la lutte contre les activités et autres trafics illicites en mer, tant les politiques pénales et administratives mises en place à cette fin ne sont pas inconditionnelles et n'autorisent pas les États à porter atteinte aux droits que la Convention EDH garantit.

Les aspects judiciaires de la lutte contre la criminalité en mer connaissent une expansion récente mais continue. Aussi, pour en relever les défis contemporains, l'enrichissement rapide de la jurisprudence de la Cour EDH permet d'envisager progressivement un meilleur équilibre entre les obligations imposées aux États par leurs engagements conventionnels (c.-à-d. efficience de ces politiques publiques) et le nécessaire respect des droits et libertés fondamentaux tel qu'exigé par la Convention EDH (c.-à-d. efficience des droits humains). Cela revient à dire que les politiques nationales, fondées sur des intérêts légitimes des États, ne leur permettent pas d'adopter des comportements contraires aux dispositions de la Convention EDH en général et de son article 3 en particulier.

---

9) Barnes R. (2010), "The International Law of the Sea and Migration Control", in Ryan B. and Mitsilegas V. (2010), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden [etc.], Nijhoff, pp. 103-149. – X. Hinrichs (2003), "Measures against Smuggling of Migrants at Sea. A Law of the Sea Related Perspective", Rev. belge dr. internat., 36 n° 2, pp. 413-451. – Fornerod A. (2010), « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes », RTDH, p. 315 et s.

Cap VI.pmd 155 16/09/2016, 11:59

L'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH renseigne bien sur l'ampleur de l'interdiction contenue à l'article 3. Comme souvent, tout sera question de qualification juridique et si les plaintes pour violation de l'article 3 couvrent des situations multiples (maltraitances au cours de détentions, inhumanité des conditions de détention, expulsion exposant la personne à un traitement inhumain dans le pays tiers destinataire), il demeure que tous les traitements éprouvants n'entrent pas dans son champ d'application puisque la Cour n'a cessé d'affirmer que les mauvais traitements devaient atteindre un niveau minimal de gravité, même si la frontière est parfois brumeuse entre un « simple » traitement éprouvant et une violation de l'article 3. L'évaluation du niveau minimal de gravité est relative : elle dépend de l'ensemble des données de la cause (sexe, âge, état de santé de la victime, durée et conditions de la mesure).

L'article 3 de la Convention EDH a déjà trouvé application dans le domaine des expulsions de migrants ayant gagné un État partie à la Convention[10]. À la suite de l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989[11], plusieurs affaires sont venues consolider le principe voulant qu'en présence de motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à un État, y courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, la responsabilité de l'État qui expulse sera engagée à raison d'un acte exposant autrui à des traitements prohibés par l'article 3. Il est donc essentiel d'examiner avec rigueur toute allégation selon laquelle l'expulsion d'une personne dans un pays tiers l'exposerait à un traitement interdit.

Outre l'obligation *prima facie* qui est celle des autorités judiciaires de ne pas commettre elles-mêmes d'acte prohibé, celles-ci ont aussi l'obligation d'enquêter sur les allégations de violation de l'article 3 et respecter en ce sens des normes strictes : les enquêtes doivent ainsi être exhaustives, efficaces, et propres à identifier et punir les auteurs des violations. Notamment, un arrêt du 29 juillet 2010, *Shchukin et autres c. Chypre*[12], admet une violation de l'article pour absence d'enquête effective des autorités chypriotes, suite aux allégations de mauvais traitements subis par un membre de l'équipage d'un navire ukrainien, au cours de son expulsion suite à la faillite du propriétaire du navire *Primexpress Island*. Le fait de ne pas donner une suite appropriée aux allégations de violation peut dès lors constituer, en soi, une violation par les autorités judiciaires de l'article 3. Dans le même sens, les États ont l'obligation de mettre en place des mécanismes de prévention et de répression sanctionnant un acte de torture ou un mauvais traitement.

---

10) Par exemple, CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 13163/87 - 4 févr. 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99.

11) Req. n° 14038/88 – Ganshof Van Der Meersch W. (1990), « *L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire Soering* », RTDH, pp. 5-24 – Sudre F. (1990), « *Extradition et peine de mort : l'arrêt Soering du 7 juillet 1989* », RGDIP, pp. 103-121.

12) Req. n° 14030/03.

Cap VI.pmd 156 16/09/2016, 11:59

Dans un arrêt frappant du 23 février 2012, l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*[13] a abordé ces questionnements à propos du refoulement de migrants maritimes en Libye. Les requérants sont 11 ressortissants somaliens et 13 ressortissants érythréens, qui font partie d'un groupe d'environ 200 personnes qui, en 2009, quittèrent la Libye à bord de 3 embarcations dans le but de rejoindre les côtes italiennes. En mai 2009, les embarcations sont approchées par des navires d'État italiens, à bord desquels ils sont transférés puis reconduits vers le port de Tripoli, où ils sont livrés aux autorités libyennes. Les requérants s'y opposèrent mais furent obligés par la force à quitter les navires italiens. Peu de temps après, 2 des requérants décèderont dans des circonstances inconnues.

Saisie de ces faits, la Cour EDH rappelle d'abord le principe de droit international selon lequel un navire en haute mer est soumis à la juridiction exclusive définie par son pavillon. Or, de leur montée à bord jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, en droit et en fait, des autorités italiennes. Par conséquent, les faits relèvent de la juridiction de l'Italie au sens de l'article 1er de la Convention.

Au fond, la Cour, bien que consciente de la pression sur les États que représente le flot de migrants maritimes, rappelle que cette situation ne les exonère pas de leur obligation de ne pas éloigner une personne risquant de subir des traitements inhumains ou dégradants prohibés par l'article 3 de la Convention EDH. Notant la dégradation du contexte libyen à compter d'avril 2010, la Cour se réfère à la seule situation à l'époque des faits. À cet égard, elle note que les migrants irréguliers et demandeurs d'asile y étaient systématiquement arrêtés et détenus dans des conditions inhumaines, évoquant notamment des cas de torture. Cette réalité en Libye étant notoire, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir au moment d'éloigner les requérants qu'ils y seraient exposés à des traitements interdits, le fait que les requérants n'aient pas expressément demandé l'asile ne dégageant en rien l'Italie de ses responsabilités. La Cour rappelle les obligations des États en matière de réfugiés, dont le *principe de non-refoulement* que consacre aussi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 7 décembre 2000[14]. La Cour conclut que le transfert des requérants vers la Libye les a exposés, dans ces conditions, à des traitements contraires à l'article 3.

Dans cette lignée, la lutte contre la criminalité en mer trouve aussi ses limites dans le sort réservé par les États contractants aux migrants retenus par leurs autorités administratives. Ainsi, l'arrêt *A.A. c/ Grèce*[15] du 22 juillet 2010 a admis qu'un migrant a été retenu illégalement et dans des conditions sordides dans un centre de rétention

13) Req. nº 27765/09.

14) JOCE du 18 déc. 2000, C 364/1.

15) Req. nº 12186/08.

Cap VI.pmd 157 16/09/2016, 11:59

en Grèce, en contradiction avec l'article 3. Le requérant, A.A., est un ressortissant palestinien résidant en Grèce. Fuyant le camp de réfugiés où il vivait au Liban, il arriva dans les eaux territoriales grecques où il fut appréhendé par la gendarmerie maritime alors que l'embarcation qu'il occupait était en train de sombrer. Les autorités de police le placèrent en détention provisoire, puis son renvoi dans son pays d'origine fut ordonné. Dans cette affaire, la Cour EDH rappelle que le droit des États de placer en détention des demandeurs d'asile en vertu de leur « *droit indéniable de contrôler (…) l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire* » doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention. En l'occurrence, les allégations du requérant concernant l'état du centre où il a été détenu sont corroborées par plusieurs rapports concordants faisant état des éléments suivants : surpopulation carcérale, exiguïté et saleté extrêmes, toilettes mixtes et délabrées, hospitalisation impossible, système d'égout défectueux, odeurs nauséabondes, problèmes dermatologiques transmissibles. Pour la Cour, le fait que le requérant ait séjourné durant 3 mois dans ces conditions constitue un traitement dégradant contraire à l'article 3 tant en raison des conditions de vie prévalant dans le centre de détention, ayant entraîné à son encontre un traitement dégradant, qu'en raison du manque de diligence des autorités pour lui apporter une assistance médicale appropriée.

Plus récemment, l'affaire *Khlaifia et autres c. Italie* du 1er septembre 2015[16] concerne la rétention dans un centre d'accueil de Lampedusa puis sur des navires amarrés dans le port de Palerme, ainsi que le rapatriement en Tunisie, de migrants irréguliers débarqués sur les côtes italiennes en 2011 dans le cadre des événements liés au *Printemps arabe*. Les requérants, tunisiens, quittent la Tunisie par la mer en septembre 2011 ; leurs embarcations sont interceptées par les autorités italiennes, qui les escortent jusqu'à l'île de Lampedusa, où ils sont transférés dans un centre d'accueil qui, selon les requérants, présentait des conditions d'hygiène déplorables (aucune porte de séparation entre les sanitaires et douches et les autres pièces, odeurs, sanitaires inutilisables, distribution d'eau courante limitée, migrants dormant dans les couloirs à même le sol, interdiction de tout contact avec l'extérieur). Suite à un mouvement de révolte des migrants, le centre d'accueil est ravagé par un incendie. Dans la confusion, les requérants trompent la vigilance des forces de l'ordre et rejoignent le village de Lampedusa où ils entament une manifestation avec plus de 1 800 autres migrants. Interpellés par la police, les requérants sont alors transférés en avion à Palerme, puis placés sur deux navires amarrés dans le port de cette ville, à bord desquels ils restent quatre jours, avant d'être finalement expulsés vers la Tunisie dans les derniers jours de septembre. Concernant l'allégation de traitements inhumains et dégradants, la Cour observe que, suite au *Printemps arabe*, Lampedusa a dû faire face à une arrivée massive de migrants par la mer, ce qui a poussé l'Italie à déclarer l'état d'urgence humanitaire. Cependant, malgré les efforts d'accueil déployés par les autorités locales et si la Cour admet les problèmes rencontrés par les États lors de vagues d'immigration

16) Req. nº 16483/12.

Cap VI.pmd 158 16/09/2016, 11:59

exceptionnelles, les juges rappellent toutefois que l'article 3 ne peut souffrir d'aucune exception, ni dérogation. Plusieurs rapports corroborent par ailleurs l'existence au centre d'accueil de problèmes graves de surpeuplement, d'hygiène et de manque de contact extérieur. Ainsi, même si le séjour des requérants au centre n'a duré que quatre jours, leur vulnérabilité accrue par le dangereux voyage en mer qu'ils venaient d'effectuer, mais surtout leur rétention dans ces conditions, a porté atteinte à leur dignité. Par là, la Cour considère que cette situation est allée au-delà de la souffrance inhérente à la détention, constituant dès lors un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention EDH. En revanche, les allégations sur les conditions de détention à bord des navires ne sont pas retenues par la Cour, les sentiments d'inquiétude et d'agitation qu'a pu provoquer chez les requérants l'absence d'explication à leur rétention sur les navires n'atteignant pas le seuil de gravité requis pour que l'article 3 trouve à s'appliquer. Dans cette affaire, la Cour admet également des violations avérées des articles 5 § 1 (*droit à la liberté et à la sûreté*), 5 § 2 (*droit d'être informé dans le plus court délai sur les faits reprochés*), 5 § 4 (*droit de faire statuer* EDH.

Cette affaire envisage aussi les expulsions collectives d'étrangers interdites par l'article 4 du Protocole n° 4[17]. Au sens de la Cour EDH, une *expulsion collective* est une mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter leur pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012, déjà évoquée, la Cour a considéré que les requérants relevaient de la juridiction de l'Italie au sens de l'article 1er de la Convention EDH car ils s'étaient trouvés sous le contrôle continu et exclusif, en droit et en fait, des autorités italiennes de leur montée à bord des navires militaires jusqu'à leur remise aux autorités libyennes. Par ailleurs, précise la Cour, la spécificité du contexte maritime ne saurait avoir pour effet de consacrer un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder le bénéfice des droits et garanties prévus par la Convention. De ce point de vue, l'article 4 du Protocole n° 4 est applicable. La Cour EDH, pour la première fois dans cette espèce, est appelée à examiner l'applicabilité de cet article à un cas d'éloignement d'étrangers vers un État tiers effectué en dehors du territoire national, de manière à déterminer si le transfert des requérants vers la Libye était susceptible de constituer une expulsion collective. Pour ce faire, la Cour observe tout d'abord que ni le texte de la Convention, ni ses travaux préparatoires ne s'opposent à une application extraterritoriale de l'article 4. Or, pour la Cour, en limiter l'application aux expulsions collectives effectuées à partir du territoire d'un État signataire priverait les migrants qui ne seraient pas parvenus à atteindre un État, d'un examen de leur situation personnelle avant expulsion, au contraire des migrants par voie terrestre.

17) Interdiction des expulsions collectives d'étrangers : « *Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* ».

Cap VI.pmd 159 16/09/2016, 11:59

Au fond, il n'est pas contesté que le transfert des requérants en Libye a eu lieu sans examen des situations individuelles ; aucune procédure d'identification n'a été menée par les autorités italiennes qui ont simplement embarqué puis débarqué les requérants en Libye. En ce sens, l'éloignement des requérants pris comme « groupe » a eu en l'espèce un caractère collectif contraire à l'article 4 du Protocole n° 4[18].

Dans l'affaire *Khlaifia et autres c. Italie*, la Cour observe que si les requérants ont bien reçu des décrets de refoulement individuels, ces derniers ont tous été rédigés en termes identiques, sans faire référence à la situation personnelle de chacun. Ils n'ont d'ailleurs bénéficié d'aucun entretien individuel. La Cour note en outre que, si les requérants ont, à la différence des migrants dans l'affaire *Hirsi Jamaa*, fait l'objet d'une procédure d'identification, une telle procédure ne suffit pas à exclure l'existence d'une expulsion collective. Le caractère collectif de l'éloignement des requérants est notamment confirmé par le fait que les accords bilatéraux avec la Tunisie prévoyaient le rapatriement des migrants irréguliers tunisiens par le biais de procédures simplifiées, sur la base de la simple identification de la personne concernée par les autorités consulaires tunisiennes. La Cour conclut à la violation de l'article 4 du Protocole n° 4.

18) Carlier J.-Y. (2003), « L'expulsion collective d'étrangers », in Lambert Ch. et Pettiti Ch. (éd.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, p. 11 et s. – Julien-Laferrière F. (1999), « L'éloignement du territoire », in Fulchiron H. (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, LGDJ, p. 229 et s. – Lochak D. (1999), « Article 4 (Prot. n° 4) », in Pettiti L.-E., Decaux E. et Imbert P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2ème éd., p. 1057 et s.

Cap VI.pmd 160 16/09/2016, 11:59

CHAPTER 7
De la capacité de l'UE en tant qu'acteur régional à développer une action à vocation universelle.

De la lutte contre la piraterie à la lutte contre les trafiquants et passeurs dans le cadre de l'immigration clandestine.

Gwenaele PROUTIÈRE-MAULION
Vice-Présidente Affaires européennes et Relations internationales
Maître de Conférences - Habilitée à Diriger des Recherches
Centre de Droit Maritime et Océanique EA 1165
Institut Universitaire Mer et Littoral
FR-CNRS 3473 (CNRS / Université de Nantes / IFREMER/ ECN)

***Abstract**: The European Union (EU) remained, in the 1990s, a secondary actor in the resolution of the Balkan conflicts. Member states were unable to produce a truly effective Common Foreign and Security Policy (CFSP). The Operation ATALANTA is now the legal framework of reference for the coordination and cooperation of European naval means of fighting against piracy off the Somali coast. The European Union has established itself as a key player in the security of maritime transport in a region with multiple geostrategic issues. This policy aims at stemming acts of piracy but also at providing the regional states with legal structures that enable them to have independent means to counter this violent phenomenon at sea. Beyond the armed fight against maritime piracy, the ATALANTA operation is part of a holistic approach, certainly aimed at eradicating piracy, but mainly at providing a new construction model for developing countries. It is appropriate to ask whether it is an ad hoc model or whether it could be applied to the fight against other types of illegal trafficking, particularly those generated by smugglers and human traffickers. Assistance to Somalia is closely coordinated through a political dialogue conducted by the EU with the Federal Government and the Somali authorities; cooperation in the fight against piracy is indeed an important part of this dialogue. This set is completed by the entry into force in 2012 of the EUCAP Nestor programme, a regional mission aiming at improving the maritime capacities of five countries in the Horn of*

Cap VII.pmd 161 16/09/2016, 12:03

Africa and Western Indian Ocean. This civilian mission conducted under the auspices of the CSDP is reinforced with military skills.

Since the beginning of 2015, the European Union has had to face the arrival of a record number of refugees and migrants at the borders of Europe. Faced with an unprecedented crisis, the EU must provide a response in line with the objectives of its development aid policy. In June 2015, a military operation, EUNAVFOR-MED, was launched in order to contribute to the dismantling of networks of traffickers and smugglers who are responsible for loss of lives at sea. This operation is also part of the overall approach taken by the EU on migration issues, which aims to address both current symptoms and root causes, such as conflict, poverty, climate change and persecution. This naval operation is complemented by a strengthening of the EU presence in the Mediterranean as part of the operations of Frontex (Triton and Poseidon).

Beyond the internal discussions between member states, the EU gradually built a treatment model for crises that affect maritime traffic, based on the use of coercive and non-coercive means, cooperation, and offering a new «international production influence», which can be defined as the ability to impose a number of values and standards within "international governance".

***Résumé** : L'Union européenne est restée dans les années 1990 un acteur secondaire dans la résolution des conflits balkaniques. Les États membres ont été incapables de donner du corps à la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC). L'opération ATALANTA constitue désormais le cadre juridique de référence de la coordination et de la coopération des moyens navals européens de lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes. L'Union européenne s'est affirmée comme un acteur essentiel de la sécurisation du transport maritime dans une région aux multiples enjeux géostratégiques. Cette politique vise à endiguer les actes de piraterie, mais aussi à doter les États riverains de structures juridiques leur permettant de disposer de moyens autonomes de lutte contre ce phénomène de violences en mer. Au-delà de la lutte armée contre la piraterie maritime, l'opération ATALANTA s'inscrit dans une démarche holistique, visant certes à éradiquer la piraterie, mais aussi et surtout à proposer un nouveau modèle de construction pour les pays en voie de développement, dont il convient de se demander s'il s'agit d'un modèle ad hoc ou si, au contraire, celui-ci pourrait être appliqué pour lutter contre d'autres trafics illicites, et en particulier ceux générés par les passeurs et trafiquants d'êtres humains. L'assistance à la Somalie est étroitement coordonnée avec le dialogue politique mené par l'UE avec le gouvernement fédéral et d'autres autorités somaliennes ; la coopération concernant la lutte contre la piraterie constitue un volet important de ce dialogue. Cet ensemble est complété par l'entrée en vigueur en 2012 du programme EUCAP Nestor, mission régionale destinée à l'amélioration des capacités maritimes de cinq pays de la Corne de l'Afrique et de l'ouest de l'océan Indien. Il s'agit d'une mission civile, conduite sous l'égide de la PSDC, renforcée par des compétences militaires.*

Cap VII.pmd 162 16/09/2016, 12:03

Depuis le début de l'année 2015, l'Union européenne doit faire face à l'arrivée d'un nombre record de réfugiés et de migrants aux frontières de l'Europe. Confrontée à une crise sans précédent, l'UE doit apporter une réponse en cohérence avec les objectifs de sa politique d'aide au développement. Depuis juin 2015, une opération militaire, EUNAVFOR MED a été lancée, destinée à contribuer au démantèlement des réseaux de trafiquants et de passeurs, responsables des pertes de vie en mer. Cette opération s'inscrit à nouveau dans le cadre de l'approche globale adoptée par l'Union européenne en matière de migration, laquelle vise à s'attaquer tant aux symptômes actuels qu'aux causes profondes du phénomène, telles que les conflits, la pauvreté, les changements climatiques et les persécutions. Cette opération navale est complétée par un renforcement de la présence de l'UE en Méditerranée dans le cadre des opérations de l'agence européenne Frontex (Triton et Poséidon).

Au-delà des débats internes aux États membres, l'Union européenne construit peu à peu un modèle de traitement des crises affectant le trafic maritime, fondé sur le recours à des moyens coercitifs ou non coercitifs, coopératifs, offrant ainsi une nouvelle « production d'influence internationale », que l'on peut définir comme la capacité à imposer un certain nombre de valeurs et de normes dans la « gouvernance internationale ».

Cap VII.pmd 163 16/09/2016, 12:03

INTRODUCTION

Première puissance économique et commerciale mondiale, l'Union européenne est également le premier continent d'immigration, ce qui en fait l'un des trois centres d'impulsion de la mondialisation avec l'Amérique du Nord et l'Asie. Pourtant, celle-ci semble actuellement courir le risque d'une certaine marginalisation politique, qu'il s'agisse de la gestion de la sécurité internationale ou de l'écriture des nouvelles règles de gouvernance mondiale[1]. À la faiblesse de son intégration politique qui l'empêche de constituer un pôle d'influence efficace dans les grandes institutions internationales, s'ajoute en effet l'inexistence d'une politique étrangère commune qui lui interdit de peser sur l'évolution de son propre environnement[2].

La fin de la guerre froide et l'émergence de la globalisation avaient ouvert de vastes perspectives à la consolidation et à l'extension des fonctions internationales traditionnellement remplies par la Communauté européenne, notamment les fonctions de stabilisation régionale en Europe de l'Ouest et de régulation de l'économie mondiale[3]. L'UE devrait donc se trouver désormais dans une configuration internationale lui permettant *potentiellement* de se muer en puissance d'un type nouveau, intervenant sur un mode non hégémonique dans la résolution des conflits internationaux, et s'imposant comme une autorité régulatrice de la globalisation, dans une perspective d'intérêt multilatéral, intégrant en particulier les intérêts des pays en développement[4].

Cependant, tout au long des années 1990, elle est demeurée un acteur secondaire dans la résolution des conflits balkaniques qui se déroulaient dans sa périphérie immédiate. Même si l'action de l'UE n'a pas été inexistante (adoption de sanctions économiques contre la Serbie, ou de positions communes qui ont servi de points de référence pour la gestion diplomatique internationale de l'après-conflit, aide à la reconstruction et à l'administration civile, etc.), les États membres de l'Union européenne se sont révélés incapables d'activer et de donner corps à l'outil « PESC », politique étrangère et de sécurité commune[5], semblant ainsi renvoyer à l'OTAN les responsabilités stratégiques et déléguer aux États-Unis la gestion permanente de leur sécurité régionale et de la stabilité planétaire.

---

1) Rapport Schuman sur l'Europe, l'état de l'Union 2013 publié aux éditions Lignes de repères. http://www.robert-schuman.eu/fr/librairie/0160-rapport-schuman-sur-l-europe-l-état-de-l-union-en-2013

2) Ibidem.

3) F. Petiteville, « L'UE européenne, acteur international global ? », *Revue internationale et stratégique* 2002/3, n° 47.

4) Christopher Hill, « The CapabilityExpectations Gap, or Conceptualizing Europe's International Role », *Journal of Common Market Studies,* vol. 31, n° 3, septembre 1993. Etienne Balibar, *L'Europe, l'Amérique, la guerre, Réflexions sur la médiation européenne*, La Découverte 2003, pp. 56-61.

5) F. Petiteville, « L'UE européenne, acteur international global ? », *Revue internationale et stratégique* 2002/3, n° 47, *op. cit.*

Cap VII.pmd 165 16/09/2016, 12:03

Alors que l'interdépendance des volets externes des politiques économiques, de sécurité et de défense, d'aide au développement et d'aide humanitaire, ou encore de protection de l'environnement ainsi que son poids économique, devrait permettre à l'UE d'être un acteur majeur des relations internationales, la question se pose donc de savoir si celle-ci est réellement en mesure de développer une approche spécifique des questions internationales, d'influer sur l'élaboration des normes au sein des instances internationales et de promouvoir son propre modèle de diplomatie et de règlements des conflits. Alors que les analyses sont souvent négatives car centrées sur la manière dont la PESC a traité les grands conflits internationaux des années 1990 (ex-Yougoslavie, Proche-Orient, Irak, Grands Lacs)[6], l'exemple de la lutte contre la piraterie maritime démontre pourtant que l'UE est en mesure de développer une approche spécifique, basée sur un apprentissage de la concertation et une institutionnalisation de la coopération.

En effet, à travers l'opération ATALANTA, qui constitue, désormais, le cadre juridique de référence de la coordination et de la coopération des moyens navals européens de lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes[7], l'Union européenne s'est affirmée, de façon tout à fait inattendue, comme un acteur essentiel de la sécurisation du transport maritime dans une région aux multiples enjeux géostratégiques.

Consciente des enjeux économiques de la sécurisation des transports maritimes, l'UE a su ici s'imposer, non seulement au nom de la sécurisation du transport maritime mondial mais également en faisant prévaloir une vision globale alliant action militaire et judiciaire à l'aide au développement. La seule réponse à l'endiguement de la piraterie maritime ne saurait, en effet, être uniquement militaire, ne serait-ce que pour des raisons de coût pour les pays européens. Au-delà de la lutte armée contre la piraterie, l'UE cherche donc aussi à en comprendre les racines pour envisager un processus politique et juridique de lutte contre le phénomène s'inscrivant dans une politique globale d'aide au développement. Si l'engagement de l'UE dans la Corne de l'Afrique est défini par l'importance géostratégique de la région et les relations qu'elle entretient de longue date avec certains pays de celle-ci, son souhait de contribuer à sortir les populations de la pauvreté pour les faire accéder à l'autonomie économique lui a permis de développer une politique globale, basée sur des actions structurantes et durables. Cette politique vise tant à endiguer les actes de piraterie qu'à doter les États riverains de structures juridiques leur permettant de disposer de moyens autonomes de lutte contre ce phénomène. L'ensemble de ces actions illustre ainsi une réelle volonté politique de l'UE de parvenir à un règlement durable de la crise

6) Ibidem ; V. aussi Buffotot Patrice (dir.) *La défense en Europe, Nouvelles réalités, nouvelles ambitions*, La Documentation française 2001.

7) Le succès de cette opération ATALANTA a conduit en janvier 2013, l'UE à annoncer le développement d'une nouvelle opération, destinée cette fois à renforcer la sécurité dans le golfe de Guinée. Le programme CRIMGO (routes maritimes critiques du golf de Guinée) doit permettre de former des garde-côtes et sécuriser les grands axes maritimes.

Cap VII.pmd 166 16/09/2016, 12:03

somalienne en alliant les volets politique, sécurité des routes maritimes, développement et aide humanitaire[8].

La conciliation des enjeux sécuritaires, économiques et humanitaires trouve ici son aboutissement dans la tentative de définir un schéma global de développement durable qui soit géopolitiquement pérenne, en conformité avec l'action développée par l'UE au sein des organisations internationales. Cette démarche s'inscrit par ailleurs totalement dans la vision européenne de la sécurité internationale proclamée dès 2003 à travers la Stratégie européenne de sécurité[9], laquelle repose sur quatre idées majeures :

- la démocratie ne s'impose pas par la force,
- la puissance militaire n'est ni le seul ni le premier instrument de gestion de crises,
- le dialogue avec tous et la négociation multilatérale sont indispensables pour la prévention des conflits,
- la pauvreté du monde est aussi déstabilisante que la violence du terrorisme.

Au-delà de la lutte armée contre la piraterie maritime (1), l'opération ATALANTA s'inscrit donc dans une démarche holistique, visant certes à éradiquer la piraterie mais aussi et surtout à proposer un nouveau modèle de construction pour les pays en voie de développement (2), dont il convient de se demander s'il s'agit d'un modèle ad hoc ou si, au contraire, celui-ci pourrait être appliqué pour lutter contre d'autres trafics illicites, et en particulier ceux générés par les passeurs et trafiquants d'êtres humains (3).

1) Du traité d'Amsterdam à ATALANTA : la lutte contre la piraterie maritime comme laboratoire de la capacité de l'UE à développer une action de politique extérieure.

Si l'idée d'une politique commune de défense en Europe remonte à 1948, lorsque le Royaume-Uni, la France et les pays du Benelux ont signé le Traité de Bruxelles, il aura cependant fallu attendre 1999 et l'intégration des missions de Petersberg dans le Traité d'Amsterdam[10] pour que soient véritablement mis en place les instruments d'une politique européenne de sécurité et de défense[11]. Désormais autorisée à

---

8) L'UE est le principal donateur pour la Somalie avec près de 500 millions d'euros engagés depuis 2008.

9) Une Europe sûre dans un monde meilleur - Stratégie européenne de sécurité. Bruxelles, le 12 décembre 2003 [Non publié au Journal officiel], http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:r00004

10) Nicole GNESOTTO, *La puissance et l'Europe*, Presses de Sciences Po, Paris, 1998.

11) MAURY, Jean-Pierre, « L'édification de la politique européenne commune de sécurité et de défense depuis 1998 », Actes du colloque « La Défense européenne », organisé le 01/02/2002, Centre d'études

Cap VII.pmd 167 16/09/2016, 12:03

participer à des opérations de maintien de la paix, l'UE va alors s'engager dans l'élaboration d'une stratégie de sécurité[12] afin d'analyser l'environnement et les principaux défis de sécurité et donc de mieux identifier les implications politiques ultérieures. Cette réflexion ouvrira ainsi la voie aux évolutions majeures apportées dans ce domaine par le Traité de Lisbonne en 2009 qui constitue désormais la pierre angulaire de la politique de sécurité et de défense commune (PSDC).

À ce jour, une trentaine de missions et opérations civiles et militaires ont été lancées dans le cadre de la PSDC. Lors du Conseil européen de décembre 2013, les États membres ont examiné les moyens de renforcer les capacités de défense et d'améliorer l'efficacité, la visibilité et l'impact de cette politique. La crise Ukrainienne a toutefois révélé l'impuissance de l'UE à peser réellement sur la scène diplomatique mondiale. Sa capacité d'action reste limitée par la marge de manœuvre qui lui est concédée par les États membres, lesquels semblent, pour la plupart, encore renvoyer à l'OTAN la défense de leurs intérêts. Dans ce contexte, la lutte contre la piraterie apparaît comme une exception notable. Si l'UE y joue un rôle de coordinateur qui lui permet de s'affirmer comme leader mais en appliquant les résolutions de l'ONU, elle apparaît également comme le vecteur de l'internationalisation de la norme juridique en matière de réponse armée comme de réponse juridique à ce phénomène.

L'UE a commencé à organiser la lutte contre la piraterie dès septembre 2008 avec l'instauration par le Conseil européen d'une cellule de coordination chargée de soutenir les actions de surveillance et de protection menées par certains États membres au large des côtes de la Somalie (EU NAVCO). L'objet de cette cellule était de coordonner l'action des moyens militaires envoyés ainsi que d'informer et de sensibiliser les armateurs européens aux éventuels dispositifs disponibles pouvant sécuriser le transit de leurs navires jusqu'au lancement de l'opération ATALANTA dès la fin de l'année 2008[13]. Initialement prévue pour une durée de 12 mois cette opération a, depuis, été reconduite chaque année[14].

Les États membres de l'UE fournissent l'orientation politique, le personnel et les moyens, avec un budget commun de 8 millions d'euros par an, pour cette opération dont les missions visent à :

- la protection des navires du Programme alimentaire mondial (PAM) qui acheminent l'aide alimentaire aux populations déplacées de Somalie ainsi que l'escorte des navires de la Mission de l'Union africaine en Somalie (AMISOM) ;

européennes (Faculté de droit Lyon III) et Centre de recherche sur l'Europe et le monde contemporain (Faculté Jean MONNET, Paris XI), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 1-21.

12) Une Europe sûre dans un monde meilleur, *op. cit.*

13) Action commune 2008/851/PESC.

14) On 7 December 2010, the Council of the EU extended the operation's mandate for another two years until 12 December 2012 (Décision 2010/766/PESC).

Cap VII.pmd 168 16/09/2016, 12:03

- la dissuasion, la prévention et la répression des actes de piraterie et de vols à main armée au large des côtes de la Somalie ;
- la protection au cas par cas des navires vulnérables croisant au large des côtes somaliennes ;
- la surveillance des activités de pêche au large des côtes de la Somalie.

L'opération EU NAVFOR ATALANTA rassemble d'ordinaire 4 à 7 navires de combat de surface, 1 ou 2 navires auxiliaires et 3 ou 4 avions de reconnaissance et de patrouille maritime déployés dans une zone d'opération d'une superficie comparable à celle de l'Union européenne et comprenant le sud de la mer Rouge, le golfe d'Aden et une grande partie de l'océan Indien occidental, y compris les Seychelles[15].

Cette opération enregistre depuis son lancement un taux de succès de 100 % en ce qui concerne notamment l'escorte des navires du PAM. Pour autant, ce succès n'est pas lié au seul dispositif militaire et tient également à l'ensemble des dispositifs mis en place afin de lutter contre la piraterie et dans lesquels l'UE joue un rôle de coordonnateur.

En effet, l'Action commune envisageant la participation d'organisations ou États tiers à l'Union, conformément à l'art. 37 (ex-art. 24) du Traité de Lisbonne, il a été institué le 21 avril 2009 un Comité de contributeurs (CDC), composé de représentants de tous les États membres et des États tiers participant à l'opération[16]. Ce dernier peut adopter à l'unanimité des décisions concernant la gestion courante de l'opération[17]. À ce titre, la participation de la Norvège à l'opération ATALANTA en avril 2009[18], de la Croatie dès juillet 2009[19], du Monténégro à partir d'octobre 2009[20] et enfin de l'Ukraine en mars 2010[21], a été acceptée par l'UE. Les modalités de participation de ces États non membres de l'UE font, par ailleurs, l'objet d'accords spécifiques entre ceux-ci et l'UE[22].

---

15) Au total cette force comprend aujourd'hui sur zone : 1 200 militaires, 13 bâtiments et 3 avions patrouilleurs. Son état-major est à Northwood (Royaume-Uni) et le commandant de l'opération est, depuis janvier 2013, le vice-amiral Bob Tarrant, de la Royal Navy.

16) COPS, Décision ATALANTA/3/2009, JOUE L 112 du 06.05.2009, pp. 9-10.

17) L'abstention ne faisant pas obstacle à l'unanimité.

18) COPS, Décision ATALANTA/2/2009, JOUE L 109 du 30.04.2009, p. 52.

19) Conseil de l'UE, Décision 2009/957/PESC, JOUE L 202 du 04.08.2009, p. 83-89.

20) COPS, Décision ATALANTA/7/2009, JOUE L 270 du 15.10.2009, pp. 19-20.

21) COPS, Décision ATALANTA/1/2010, JOUE L 083 du 30.03.2010, pp. 20-21.

22) Accord entre l'Union européenne et la République de Croatie, JOUE L 202 du 04.08.2009, pp. 83-89 et Accord entre l'UE et le Monténégro, JOUE L 88 du 08.04.2010, pp. 3-8.

Cap VII.pmd 169 16/09/2016, 12:03

Par décision du Conseil a également été mis en place un Centre de sécurité maritime pour la Corne de l'Afrique (MSCHOA)[23]. Placé sous l'autorité du Commandant de l'opération ATALANTA, ce Centre a pris la succession de NAVCO évoqué plus haut. Son activité vise à permettre la diffusion d'information aux armateurs et aux navires[24]. Comme le souligne C. Ménard dans un rapport parlementaire français de 2009, il s'agit d'une création originale mettant pour la première fois « *de façon si transparente un service particulier d'information et de renseignement à la disposition des principaux acteurs économiques concernés* »[25].

À cela s'ajoute une coopération quotidienne UE-OTAN, l'opération ATALANTA étant en lien avec l'opération *Ocean Shield*, qui s'inscrit dans le prolongement des précédentes missions de lutte contre la piraterie menées par l'OTAN. Approuvée le 17 août 2009 par le Conseil de l'Atlantique Nord, cette opération contribue aux efforts internationaux de lutte contre la piraterie menés dans la région. Elle offre également aux États de la région qui le demandent une aide leur permettant de développer leur propre capacité de lutte contre les actes de piraterie. Les moyens navals mis en œuvre sont toutefois sans commune mesure avec ceux déployés par l'opération ATALANTA et escortent essentiellement les navires de l'ONU à destination ou au départ de Mogadiscio. Certes l'opération ATALANTA concentre l'essentiel de la réponse de la communauté internationale en matière de lutte contre la piraterie mais l'opération Ocean Shield a, elle, permis de créer d'autres synergies et de reconnaître la nécessité permanente de renforcer les capacités régionales, dans la limite des moyens et des capacités disponibles[26]. La coordination et la coopération entre les différentes opérations sont donc essentielles à l'effectivité de la lutte contre la piraterie, ce que les participants tentent de faire à travers un forum spécifique de coopération et de coordination : le SHADE (Shared Awareness and Deconfliction). Dirigé par les Forces maritimes combinées et la force navale de l'Union européenne, le SHADE est un Groupe militaire international à participation volontaire créé en décembre 2008, sans statut juridique précis. Il s'agit donc essentiellement d'un forum où coopèrent et se coordonnent les unités navales de l'OTAN et sous bannière européenne, afin d'« *échanger des pratiques optimales, tenir des discussions informelles et harmoniser les activités des pays et des organisations participant aux opérations militaires de lutte contre la piraterie dans la région* »[27]. Ce groupe a notamment contribué à lancer

23) www.mschoa.eu

24) ICC-IMB Piracy and Armed Robbery Against Ships Report, Annual Report 2010, p. 21 ; C. Leboeuf, *Piracy in comparative perspectives: Problems, Strategies, Law*, coord G. Proutière-Maulion et C. Norchi, Pedone, 2012.

25) Commission de la Défense Nationale et des Forces Armées, *Rapport d'information sur la piraterie maritime,* 13 mai 2009, p. 53.

26) Proutière-Maulion G., "Multilateral diplomacy and cooperation between USA, Russia and EU: the example of the fight against piracy in the Indian Ocean". Institute for cultural diplomacy, http://www.culturaldiplomacy.org/academy/index.php?gwenaele-proutiere-maulion

27) Ameline N., *177 DSCTC 11 E – Nato Operations Under a new strategic concept and the EU as an*

Cap VII.pmd 170 16/09/2016, 12:03

des opérations navales coordonnées et ciblées au large des côtes somaliennes, encouragé les échanges d'officiers et de moyens entre les participants, permettant notamment à des commandants de Singapour et de Turquie de travailler à bord de bâtiments américains, et est à l'origine dans le golfe d'Aden du couloir de transit international recommandé, approuvé par l'OMI en juillet 2009.

Les enjeux économiques de la sécurisation des transports maritimes ont donc permis à l'UE de s'imposer sur la scène internationale en tant que leader de la lutte contre la piraterie dans le golfe d'Aden. Mais elle ne l'a pas seulement fait au nom de la sécurisation du transport maritime mondial et tend à faire prévaloir une vision globale alliant action militaire et judiciaire à l'aide au développement[28].

2) De la lutte armée à l'aide au développement.

L'opération ATALANTA constitue le cadre juridique de référence de la coordination et de la coopération des moyens navals européens de lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes[29]. Des interrogations subsistent pourtant sur les réelles intentions et les intérêts politiques et économiques poursuivis. Opération à vocation universelle, l'opération ATALANTA remplit une mission d'accompagnement des navires du PAM. Opération de sécurisation de l'approvisionnement énergétique et des échanges commerciaux, notamment avec l'Asie, elle défend les intérêts économiques de l'UE et de ses États membres. ATALANTA se situe ainsi à l'interface entre deux types de protection : celle des intérêts propres à l'UE et celle du bien de la Société internationale. Le contexte de crise économique mondiale et d'interdépendance très forte entre les économies régionales et nationales consacre la nécessité d'une coopération accrue en matière de lutte contre un phénomène en pleine expansion, du moins d'un point de vue géographique. Cette interdépendance générée par la mondialisation se retrouve également dans les relations entre politiques d'aide au développement et politique de sécurité[30]. Contribuer au développement des pays pauvres est ainsi incontestablement un moyen de réduire un certain nombre de risques comme les pressions migratoires ou la tentation de la piraterie.

---

operational Partner, NATO, Committee Report, 2011 Annual Session, September 21, 2011, § 63.

28) Proutière-Maulion, G., « Les enjeux de la sécurisation du transport maritime au service de l'action extérieure de l'Union européenne », *Revue Défense Nationale*, Tribune n° 658, http://www.defnat.com/site_fr/tribune/tribune.php. Leboeuf C., Proutière-Maulion G., « Internationalisation et privatisation de la lutte contre la piraterie maritime : approche comparative de la Corne de l'Afrique et du Golfe de Guinée », DMF 2015, n° 771.

29) Le succès de cette opération Atalanta a conduit, en janvier 2013, l'UE à annoncer le développement d'une nouvelle opération, destinée cette fois à renforcer la sécurité dans le golfe de Guinée. Le programme CRIMGO (routes maritimes critiques du golf de Guinée) doit permettre de former des garde-côtes et sécuriser les grands axes maritimes.

30) Rapport du PE sur l'UE en tant qu'acteur mondial, son rôle dans les organisations multilatérales, A7-0181/2011, p 7.

Cap VII.pmd 171 16/09/2016, 12:03

Également définie par le Traité de Lisbonne (art. 208 TFUE), l'action de l'UE en matière d'aide au développement vise essentiellement à *« la réduction et, à terme, l'éradication de la pauvreté »*. Dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union (art. 21. TUE), elle soutient également *« le développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté »*. La politique européenne pour la coopération et le développement suit donc trois grands objectifs clés : réduire la pauvreté dans le monde ; encourager le développement durable ; promouvoir la démocratie, la paix et la sécurité et fournit environ 55 % de l'aide publique au développement, ce qui fait de l'UE le tout premier bailleur mondial.

Concrètement, en matière de lutte contre la piraterie dans le Golfe d'Aden, cette action se décline de la façon suivante :

- assistance au travail mené par le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) et l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (UNODC) en vue de créer des conditions suffisantes pour permettre la tenue en Somalie de procès équitables et efficaces en matière de piraterie via notamment la mise en place d'un programme de soutien commun UE/UNODC au système judiciaire kenyan (1,75 million d'euros). Des programmes de soutien similaires ont été conçus pour les Seychelles (0,78 million d'euros) et Maurice (1,08 million d'euros), ce qui fait d'ailleurs de l'UE et ses États membres le plus grand contributeur au programme de lutte contre la piraterie dell'UNODC ;
- signature d'accords de transferts avec des pays de la région ;
- programme pour les routes maritimes critiques depuis 2009 ;
- projet Marsic doté de 6 millions d'euros pour contribuer à la mise en œuvre du code régional de Djibouti qui vise à contribuer à la sécurité et à la sûreté maritimes en renforçant le partage d'informations et les capacités de formation du personnel de l'administration maritime, des garde-côtes ;
- projet Interpol visant à renforcer les moyens répressifs dont disposent les États pour lutter contre la piraterie en mettant à leur disposition la formation et le matériel nécessaires pour mener des enquêtes ;
- programme de renforcement des moyens judiciaires nécessaires pour appréhender, transférer, placer en détention et poursuivre les pirates présumés, financé à hauteur de 37 millions d'euros ;
- programme pilote mis en œuvre par le Centre commun de recherche de la Commission européenne sur la possibilité d'utiliser des technologies satellitaires pour connaître en temps réel la situation en termes de trafic et de contrôle des risques, etc.) ;
- appui au renforcement des capacités somaliennes en matière de sécurité, en vue de permettre au gouvernement fédéral d'assumer la responsabilité qui est

Cap VII.pmd 172 16/09/2016, 12:03

la sienne pour ce qui est de garantir la sécurité de la population[31].

Cette assistance à la Somalie est étroitement coordonnée avec le dialogue politique que mène actuellement l'UE avec le gouvernement fédéral et d'autres autorités somaliennes, et la coopération concernant la lutte contre la piraterie constitue un volet important de ce dialogue. Cet ensemble est aujourd'hui complété par l'entrée en vigueur du programme EUCAP Nestor, instauré en 2012 et qui est une mission régionale destinée à l'amélioration des capacités maritimes d'initialement trois à cinq pays de la Corne de l'Afrique et de l'ouest de l'océan Indien. Il s'agit d'une mission civile, conduite sous l'égide de la PSDC, renforcée par des compétences militaires[32].

Ces efforts combinés permettent une approche régionale face à un problème régional mais aussi une approche globale, permettant de reconstituer toute la chaîne pénale : de la formation d'une loi, aux techniques d'enquête et d'instruction, et au jugement. Il s'agit donc pour l'UE d'une mission emblématique illustrant sa volonté de jouer un rôle sur la scène diplomatique internationale au-delà d'un engagement armé. La conciliation des enjeux sécuritaires, économiques et humanitaires trouve ici son aboutissement dans la tentative de définir un schéma global de développement durable qui soit géopolitiquement pérenne, en conformité avec l'action développée par l'UE au sein des organisations internationales, comme par exemple au sein du groupe de contact sur la lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes (CGPCS). L'UE joue, en effet, un rôle actif dans ce groupe instauré en 2009 à l'initiative de l'ONU avec pour vocation d'être un mécanisme international de coopération entre les États touchés, les États contributeurs, les organisations internationales et les secteurs d'activité concernés autour des questions militaires de coordination et développement des capacités régionales, des questions juridiques, des mesures d'autoprotection, et enfin des politiques d'information du public et enquêtes/flux financiers[33].

---

31) Cet appui comporte la formation des policiers et le versement de leurs salaires, une contribution financière importante (420 millions d'euros depuis 2007) à la mission de maintien de la paix de l'Union africaine en Somalie (AMISOM), ainsi que la formation des forces de sécurité dans le cadre de la mission de formation de l'UE (EUTM Somalia), une autre opération menée dans le cadre de la PSDC. Cette mission EUTM Somalia a ainsi contribué à ce jour à la formation de plus de 3 200 soldats somaliens, y compris des officiers, et a commencé à déplacer son état major vers Mogadiscio, tout en menant par ailleurs des actions de conseil et d'encadrement en Somalie.

32) EUCAP NESTOR se compose de trois piliers qui s'adressent à trois objectifs principaux :
- renforcement de l'État de droit dans les pays d'opération ;
- renforcement de la maîtrise de l'accès à la mer à Djibouti et aux Seychelles, en particulier par le biais d'entraînement des corps de garde-côtes. La mission sera étendue vers d'autres pays qui pourraient requérir son support, comme par exemple le Kenya ou la Tanzanie, avec lesquels la mission est déjà en contact ;
- soutien du développement d'une police côtière et de la justice en Somalie. Ce troisième composant de la mission constitue un défi important et difficile dans le respect du mandat voté par les 27 pays membres de l'Union européenne, alors que la situation en Somalie est dynamique et continuellement évolutive. Le support de l'UE au nouveau gouvernement élu constitue une priorité, tout en tenant compte des considérations les défis sécuritaires sur le terrain.

33) Guilfoyle D., "The Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia: piracy, governance and international

Cap VII.pmd 173 16/09/2016, 12:03

3) Vers un modèle holistique de gestion des crises affectant le trafic maritime ?

Définir un schéma de développement pérenne conciliant enjeux économiques, sécuritaires et humanitaires est également l'un des objectifs de la politique commune d'asile et d'immigration. Relevant des articles 77 à 79 du TFUE et de la procédure législative ordinaire, celle-ci repose sur une compétence partagée couvrant les domaines des contrôles aux frontières, de l'asile, de l'immigration légale et de l'intégration. Les États membres restent, eux, libre d'autoriser ou non l'entrée ou le séjour sur leur territoire.

Depuis le début de l'année 2015, l'UE doit faire face à l'arrivée d'un nombre record de réfugiés et de migrants aux frontières de l'Europe. Plus de 500 000 hommes, femmes et enfants ont ainsi été dénombrés par l'Agence Frontex aux frontières de l'UE au cours des huit premiers mois de l'année, contre 280 000 sur l'ensemble de 2014[34]. Près de 3 000 personnes auraient péri ou seraient disparues en mer lors de la traversée de la Méditerranée[35]. Confrontée à une crise sans précédent, l'UE doit ici apporter une réponse en cohérence avec les objectifs de sa politique d'aide au développement. Or, si cet enjeu est quelque peu occulté par les débats internes aux États membres et leurs difficultés à dégager une position commune, force est néanmoins de constater que l'UE a déjà mis en œuvre un certain nombre de dispositifs fortement inspirés de ceux qui ont été instaurés dans le cadre de la lutte contre la piraterie. On notera ainsi :

- la conclusion d'accords de réadmission avec les pays tiers s'engageant à réadmettre leurs propres nationaux ou des ressortissants de pays tiers ayant transité par leurs territoires (17 accords signés à ce jour),
- le soutien aux initiatives diplomatiques liées aux conflits en Syrie, Irak et Libye,
- l'aide financière aux personnes déplacées à l'intérieur de la Syrie et le soutien financier aux pays voisins qui accueillent le nombre le plus élevé de réfugiés syriens (Jordanie, Liban, Turquie),
- la lutte contre la criminalité organisée responsable du trafic d'êtres humains concrétisée par le renforcement des coopérations d'Europol avec les agences européennes de lutte contre les trafics d'êtres humains et le crime organisé (FRONTEX, le BEA et Interpol), et avec les États membres,
- la volonté d'intensifier les procédures de constatation et de poursuites des infractions,

---

law". Paper presented at the workshop "Contemporary Maritime Piracy and the International Response", Greenwich Maritime Institute, London, September 2011; Bueger C., "The New Public Face of The Contact Group", 5 October 2011, [online] : http://piracy-studies.org/author/admin/.

34) LeMonde.fr, 15 sept. 2015.

35) www.iom.int/fr

Cap VII.pmd 174 16/09/2016, 12:03

- la création par le Conseil d'un fonds fiduciaire d'urgence doté d'1,8 milliard d'euros en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration illégale en Afrique. L'objectif est d'améliorer la stabilité et de s'attaquer aux causes profondes des flux migratoires irréguliers dans la région du Sahel, du lac Tchad, de la Corne de l'Afrique et de l'Afrique du Nord. Ce fonds aidera ces régions à améliorer leurs perspectives socio-économiques et à concevoir des politiques de gestion des migrations.

et surtout le lancement depuis juin 2015 d'une opération militaire, EUNAVFOR MED[36]. Destinée à contribuer au démantèlement des réseaux de trafiquants et de passeurs qui sont responsables des pertes de vie en mer, cette opération s'inscrit à nouveau dans le cadre de l'approche globale adoptée par l'UE en matière de migration, laquelle vise à s'attaquer tant aux symptômes actuels qu'aux causes profondes du phénomène, telles que les conflits, la pauvreté, les changements climatiques et les persécutions.

EUNAVFOR MED[37], opération de surveillance et de renseignement, doit être conduite en phases successives, dans le respect des dispositions du droit international et du droit humanitaire :

- surveillance et évaluation des réseaux de passeurs et de trafiquants d'êtres humains dans la partie sud de la Méditerranée,
- fouille et déroutement des navires si nécessaires[38],
- élimination des navires, embarcations et ressources connexes et appréhension des passeurs et trafiquants.

Cette opération militaire sera par ailleurs complétée par un renforcement de la présence de l'UE en Méditerranée dans le cadre des opérations de Frontex (Triton et Poséidon).

Parallèlement, l'UE compte également :

- renforcer son partenariat avec l'Union africaine ainsi qu'avec les organisations régionales africaines, les pays d'origine et de transit des flux migratoires mixtes (l'OIM, le HCR et d'autres partenaires) ;

---

36) CE, décision 2015/972, 22 juin 2015, JOUE L 157, p. 51.

37) EUNAVFOR mobilise actuellement 4 unités navales (une italienne, deux allemandes et une britannique) et 5 unités aériennes (une française, une luxembourgeoise, deux italiennes et une britannique).

38) Le passage a cette deuxième phase a été autorisée le 14 septembre dernier. Les forces européennes pourront donc désormais *arraisonner les navires, les fouiller, saisir et dérouter les navires, appréhender les trafiquants et les faire traduire en justice, dès lors que les navires et* embarcations seront « *soupçonnés d'être utilisés pour la traite des êtres humains ou le trafic illicite de migrants* », dans les conditions prévues par le droit international de la mer. Faute de résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, cette intervention n'aura lieu, cependant, que dans les eaux internationales — et non dans les eaux territoriales libyennes — et contre des navires suspects (sans pavillon, qui portent un pavillon qui n'est pas le leur, etc.).

Cap VII.pmd 175 16/09/2016, 12:03

- améliorer la situation sécuritaire, humanitaire et des droits de l'homme, ainsi que des facteurs ssocio-économiques dans les pays d'origine - de sorte que les populations puissent se construire un avenir dans leur pays ;
- soutenir les cadres régionaux de coopération, en particulier les processus de Rabat et de Khartoum ;
- renforcer les capacités dans les pays d'origine et de transit afin que les autorités locales puissent s'attaquer plus efficacement au problème ;
- coopérer avec les pays de transit pour contrôler les flux et lutter contre les trafiquants et les passeurs de manière plus efficace.

On retrouve donc ici les différents instruments mobilisés dans le cadre de la lutte contre la piraterie, qu'il s'agisse de coordonner une réponse militaire, de développer la coopération bilatérale, la coopération avec les organisations internationales ou régionales ou, enfin, de l'appui au renforcement des capacités locales. L'UE développe ainsi, à nouveau, une approche régionale face à un problème régional tout en recherchant une réponse globale à travers la redéfinition de sa politique d'asile et d'immigration. À cet égard, on notera d'ailleurs une toute nouvelle forme d'externalisation de la politique migratoire européenne avec la mise en place d'EUNAVFOR MED, qui va permettre à l'UE d'intervenir le plus loin possible des côtes européennes, avant même qu'il y ait eu un mandat du Conseil de sécurité de l'ONU[39].

Le 9 octobre 2015, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la Résolution 2240 (2015), qui autorise l'arraisonnement de navires servant au trafic de migrants et à la traite d'êtres humains en provenance de Libye. Vivement préoccupé par le récent essor du trafic de migrants en Méditerranée, le Conseil de sécurité a autorisé, « pendant un an », les États membres concernés à inspecter les bateaux naviguant en haute mer au large des côtes libyennes, s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'ils sont utilisés pour le trafic de migrants ou la traite d'êtres humains en provenance de Libye. En adoptant par 14 voix pour et une abstention (Venezuela) la résolution 2240 (2015) présentée par le Royaume-Uni, le Conseil a également décidé d'autoriser les mêmes États membres à saisir des navires inspectés « dont ils ont la confirmation qu'ils sont utilisés à des fins de trafic de migrants ou de traite d'êtres humains en provenance de Libye ». Les États membres concernés sont ceux qui sont « engagés dans la lutte contre le trafic de migrants et la traite d'êtres humains », « agissant individuellement ou dans le cadre d'organismes régionaux », comme l'Union européenne. Ils sont autorisés à utiliser tous les moyens « dictés par les circonstances spécifiques » pour lutter contre les trafiquants de migrants et d'êtres humains, « dans le strict respect du droit international et des droits de l'homme ». Le Conseil souligne

39) Balleix C., « UE : quelle politique migratoire ? De Lampedusa au programme post-Stockholm : quelle solidarité migratoire européenne ? », Diploweb.com, janvier 2014.

Cap VII.pmd 176 16/09/2016, 12:03

que la résolution a pour objectif de « déstabiliser les entreprises criminelles organisées impliquées dans le trafic de migrants et la traite d'êtres humains » et de prévenir la perte de vies humaines. Ainsi, les victimes pourront « obtenir une protection en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international des réfugiés », précise le texte[40].

Au-delà des débats internes aux États membres, l'Union Européenne construit donc peu à peu un modèle de traitement des crises affectant le trafic maritime, fondé sur le recours à des moyens coercitifs ou non coercitifs, mais toujours coopératifs, offrant ainsi une nouvelle « production d'influence internationale », que l'on peut définir comme la capacité à imposer un certain nombre de *valeurs* et de *normes* dans la « gouvernance internationale »[41]. Que l'on parle de *soft power*[42] ou de *soft diplomacy*[43], nul ne pourrait, en effet, nier que les institutions européennes tentent via les ressources d'une diplomatie coopérante d'être vecteur « *d'exportation de normes et de valeurs* dans le monde »[44]. L'opération ATALANTA a clairement montré que l'UE n'était plus seulement une puissance civile. Les conflits liés à un usage déviant des espaces maritimes et de la liberté de navigation oont indéniablement conduit à étendre considérablement le champ de l'action internationale de cette dernière, bien que la coexistence demeure plus que jamais complexe entre l'action extérieure de l'UE et les politiques nationales des États membres. En lui permettant d'agir dans la gestion des crises maritimes, de développer son action humanitaire, mais aussi d'établir un réseau de relations institutionnalisées avec les agences onusiennes, les grandes puissances et les pays en développement, ils ont contribué à en faire un acteur majeur de la régulation de la globalisation. Au-delà de l'homogénéisation de l'espace européen, telle est peut-être la véritable identité d'une UE porteuse de valeurs fondamentales.

---

40) Résolution 2240 (2015), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7531ème séance, le 9 octobre 2015, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2240%282015%29 - http://www.un.org/press/fr/2015/cs12072.doc.htm

41) Hedley Bull, "Civilian Power Europe: A Contradiction in Terms?", *Journal of Common Market Studies,* vol. 21, nº 1 et 2, septembre-décembre 1982. Lucien Sève, Commencer par les fins, La Dispute, 1999, p. 133.

42) Joseph Nye a utilisé ce concept, notamment pour analyser le changement de nature de la diplomatie américaine à la fin de la guerre froide : Joseph Nye, « Soft Power », *Foreign Policy,* nº 80, 1990. Le concept a ensuite été utilisé par plusieurs auteurs, dans les années 1990, pour qualifier le mode de positionnement de l'Union européenne dans les relations internationales. *in* F. Petiteville, « L'UE européenne, acteur international global ? », *Revue internationale et stratégique* 2002/3, nº 47.

43) Franck Petiteville, "Exporting Values? EU External Cooperation as a Soft Diplomacy", *in* M. Knodt, S. Princen (eds), *Understanding the EU's External Relations,* Londres, Routledge, à paraître.

44) F. Petiteville, « L'UE européenne, acteur international global ? », *Revue internationale et stratégique* 2002/3, nº 47.

Cap VII.pmd 177 16/09/2016, 12:03

CHAPTER 8
La Méditerranée[1], une zone de non-droit pour les *boat-people ?*

Claire SAAS[2]
Enseignante-chercheuse, HDR, à l'Université de Nantes,
Laboratoire Droit et changement social (UMR 6297)

***Abstract**: According to official figures, more than 3 000 migrants died in 2015, while attempting to cross Aegean or Mediterranean Seas and reach European Union member states. Up until now, the latter, with the support of Frontex, a European Union Agency, have tried to prevent migrants from arriving in EU territory, namely through pre-frontier detection and push-back operations. Despite the legal obligation to render assistance to people in distress at sea enshrined in different international conventions, EU member states often fail to intervene. The left-to-die boat situation is one of the rarest cases in which complaints for non-assistance to migrants in distress at sea were lodged in several EU countries. It shows how difficult it is to demand accountability for deaths at sea and make rights at sea prevail over restrictive migration policies. Moreover, preventing migrants from accessing EU territory is contrary to the legal channel of free navigation under the UNCLOS Convention. Criminalizing migrants restricts this channel of free movement.*

***Résumé** : Selon les chiffres officiels, plus de 3 000 migrants sont morts en 2015 en tentant de traverser la mer Égée ou la Méditerranée pour atteindre des États membres de l'Union Européenne. Jusqu'à présent, ces derniers, avec le soutien de l'agence européenne Frontex, ont essayé d'empêcher les migrants d'arriver sur le territoire*

1) La Méditerranée est conçue au sens très large du terme, comme incluant la mer Méditerranée et la mer Égée.

2) L'auteure remercie Gildas Roussel et Claire Rodier pour leur très précieuse relecture.

Cap VIII.pmd 179 16/09/2016, 12:16

de l'UE, notamment à travers la détection pré-frontalière et les opérations de refoulement. Malgré l'obligation légale de fournir une assistance aux personnes en détresse en mer, consacrée dans différentes conventions internationales, les États membres de l'UE refusent souvent d'intervenir. La situation du « Left-to-die boat » est l'un des rares cas dans lesquels des plaintes pour non-assistance aux migrants en détresse en mer ont été déposées dans plusieurs pays de l'UE. Cela montre à quel point il est difficile d'engager la responsabilité des entités étatiques ou supranationales à raison des morts en mer et faire en sorte que les droits en mer prévalent sur les politiques migratoires restrictives. En outre, empêcher l'accès des migrants au territoire de l'UE est contraire au principe juridique de la liberté de navigation prévue par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (UNCLOS). La pénalisation des migrants restreint également cette voie de libre circulation des personnes.

Cap VIII.pmd 180 16/09/2016, 12:16

En 2014, le Haut Commissariat aux Réfugiés (UNHCR) a recensé plus de 3 500 morts parmi les migrants ayant pris la mer pour rejoindre l'Europe à partir des côtes australes de la Méditerranée[3]. Depuis le début de 2015, plus de 3 000 décès sont enregistrés. Selon l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), ce décompte s'élève, *a minima*, à plus de 29 000 morts depuis 1988[4].

L'un des principaux écueils auxquels se heurtent les exilés du pourtour méditerranéen consiste dans l'accès rendu extrêmement difficile et aléatoire aux territoires espagnols, grecs, italiens ou maltais, condition *sine qua non* pour y déposer une demande d'asile ou de titre de séjour. Ce sont très certainement la politique de délivrance drastique de visas et le renforcement des contrôles aux frontières terrestres et aériennes de l'UE qui ont incité les ressortissants d'États, souvent en guerre, à emprunter la voie maritime, plus périlleuse que toute autre.

Jusqu'à présent, la réponse apportée par les États principalement concernés en raison de leur situation géographique, à l'instar de la Grèce, de l'Italie et de Malte, et par l'UE est essentiellement répressive. Certains auteurs utilisent même le terme de « guerre[5] à l'immigration » en la qualifiant « de basse intensité »[6]. Témoignent de cette tendance lourde la création et le développement de FRONTEX, les opérations d'arrestation de grande ampleur sur un mode militaire[7], les poursuites pénales diligentées à l'encontre de pêcheurs ou de plaisanciers ayant prêté assistance en mer aux exilés en péril, la signature d'accords bilatéraux de « réadmission »[8], etc. Suite aux naufrages survenus en avril 2015, l'UE a lancé l'opération EUNAVFOR MED dans le cadre de la politique commune de sécurité et de défense. Seule l'Italie, à travers l'opération *Mare Nostrum*, s'était ouvertement engagée dans des opérations de secours en mer, suite aux naufrages de Lampedusa d'octobre 2013. En l'absence de relais par l'Union européenne et de solidarité des autres États membres, l'Italie a finalement renoncé à *Mare nostrum*.

De manière générale, la lutte contre le trafic illicite de migrants est présentée comme l'alpha et l'oméga de la politique de l'UE et de ses États membres en la matière, permettant de légitimer, au regard des conventions internationales ou des règlements

3) V. le cimetière de Lampedusa, http://www.beppegrillo.it/en/2012/11/_lampedusas_cemetery.html

4) « The Migrants Files » estime que le nombre de décès est de 31 000 depuis 2000, en incluant les voies terrestres.

5) Ce choix sémantique, significatif en soi, a aussi des incidences juridiques, certains navires de guerre étant habilités à procéder à des actes qui ne sont pas autorisés à d'autres types de navires.

6) Heller Ch., Pezzani L. (2014), « Traces liquides : enquête sur la mort de migrants dans la zone frontière maritime de l'Union européenne », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 2014, 30 (3&4), 71-107. V. not. la décision (PESC) 2015/778 du Conseil du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED).

7) Mos Maiorum en est un exemple récent.

8) Par exemple entre l'Italie et la Libye.

Cap VIII.pmd 181 16/09/2016, 12:16

de l'UE, non seulement une action de surveillance et de détection pré-frontalière, mais aussi des interceptions en mer, ainsi que des opérations de refoulement, également appelées opérations de *push-back*. Comme très souvent, les migrants qui cherchent protection en Europe sont les principales personnes touchées par les opérations de contrôle et d'éloignement, les véritables responsables des filières, lorsqu'elles existent, continuant leurs activités à partir de centres opérationnels situés en dehors de l'UE[9]. En outre, une politique construite sur la base d'une conception monolithique de « passés » et de « passeurs » ne tient pas compte du fait qu'un « passeur » devient souvent un « passé »[10], sans qu'il s'agisse nécessairement de criminalité organisée transfrontalière. À cela, il faut ajouter le nombre important de naufrages qui surviennent en l'absence de toute assistance en mer, alors que la Méditerranée est l'un des espaces maritimes les plus surveillés au monde[11]. L'action des États membres de l'UE apparaît paradoxale, hésitant entre une forte activité d'interception suivie du refoulement d'exilés criminalisés et une certaine inertie face aux *boat people* en perdition.

Le terme de *boat people* met l'accent sur la nature du moyen de transport utilisé pour ce déplacer – une embarcation, le plus souvent précaire et bondée – et renvoie aux réfugiés vietnamiens quittant le communisme à la fin des années 1970. Derrière ce terme porteur somme toute d'images positives apparaissent aussi des figures, relayées à l'envi par les médias, celles des migrants clandestins ou des migrants illégaux. Dans la mesure où les étrangers qui tentent de venir en Europe ne se cachent pas, voire au contraire, souhaiteraient que leur prétendue invisibilité en cas de détresse soit démasquée, le terme de migrants clandestins semble inapproprié. Seules les premières utilisations de cargos poubelles dans lesquels se tenaient des personnes cachées aux yeux des autorités publiques pourraient éventuellement justifier cette terminologie[12]. Il ne semble pas plus possible d'utiliser le terme de migrants illégaux. Indépendamment de l'incorrection qui consiste à faire d'une situation administrative l'attribut d'un être humain, les exilés ne sont pas à proprement parler en situation irrégulière. Leur situation au regard de l'entrée ou du séjour sur le territoire européen ne pouvant faire l'objet d'une vérification[13], ils doivent être considérés comme des

9) Llewellyn S. (2015), Recherches et Secours en Méditerranée centrale, Mission Échanges et Partenariats – Migreurop – Watch the Med – Arci, juin 2015, 27 p., part. p. 23.

10) Pian A. (2010), « Variations autour de la figure du passeur », Plein Droit n° 84, mars 2010, 21-25.

11) Depuis le 11 septembre 2001, l'opération "Active Endeavour" a engendré le déploiement de nombreux bâtiments et aéronefs dans cette zone. Pendant l'opération « Unified Protector », toute une partie de la mer Méditerranée a été placée sous surveillance. Et c'est sans évoquer les nombreux navires de pêche, de plaisance, de commerce qui empruntent des voies ancestrales de navigation. "*Anyone who believes they can sail through NATO's layers of surveillance and interdiction needs to think again*" prévenait le Vice-Amiral Veri lors d'une conférence de presse tenue le 4 avril 2011.

12) Le passager qui a embarqué clandestinement sur un porte-conteneurs, par exemple, soulève d'autres problématiques.

13) Deux pistes peuvent être explorées ; s'agissant des demandeurs d'asile, la garantie contre le non-refoulement impose de ne pas tenir compte de la situation administrative, en application de la Convention

Cap VIII.pmd 182 16/09/2016, 12:16

« migrants illégalisés »[14] par les politiques publiques.

Contrairement aux apparences, la mer Méditerranée n'est pas une zone de non-droit. Bien au contraire, elle est régie par de très nombreuses règles juridiques qui reconnaissent le droit, relatif, à un passage inoffensif[15] et assurent la primauté de l'obligation de porter secours à personne en détresse. Or, l'un des paradoxes de la situation actuelle en Méditerranée consiste dans la répétition, parfois quotidienne, des naufrages mortels provoqués par une absence ou une tardiveté des secours[16], d'une part, et les interventions de FRONTEX ou désormais d'EUNAVFOR MED, d'autre part. Les États ont une conception assez élastique de leur souveraineté, aussi prompts à l'étendre pour bloquer les migrations, en interceptant et en menant des opérations de *push-back*, qu'à la rétracter pour s'abstenir de porter secours, d'amener les personnes secourues dans un lieu sûr et d'y examiner leur situation individuelle. Le refus de secourir les migrants en détresse (I) et de leur reconnaître la liberté de navigation (II) sont caractéristiques du positionnement de l'UE et de ses États membres à l'égard des *boat people*, et ce, au mépris du droit international de la mer et du droit international et européen des droits de l'homme.

I. Le refus de secourir

La primauté de la protection de la vie en mer sur toute autre considération découle clairement des textes (A). Pourtant, les exilés qui n'ont pu déposer de demande d'asile, ont été éloignés ou ont été laissés sans assistance en mer, se retrouvent dans la très grande majorité des cas sans accès à un juge. En découle une trop faible justiciabilité des droits des *boat people* (B).

A. La primauté théorique de la protection de la vie en mer

Certaines conventions internationales portent spécifiquement sur la protection de la vie en mer. Ainsi, la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie en mer, dite Convention SOLAS telle que modifiée, reprend l'obligation coutumière imposant aux capitaines de prêter secours dans sa règle 33(1) du chapitre V : « *Le capitaine d'un navire en mer qui est en mesure de prêter assistance et qui reçoit, de quelque*

---

de Genève ; de plus, l'entrée irrégulière ne peut être constatée que lorsqu'un individu franchit un point de passage frontalier qui, pour la France, est situé dans l'un des 37 ports notifiés à l'Union européenne comme étant des frontières maritimes extérieures de Schengen. V. *infra*.

14) Heller Ch., Pezzani L. (2014), « Traces liquides : enquête sur la mort de migrants dans la zone frontière maritime de l'Union européenne », *op. cit*.

15) Pancracio J.-P. (1997), *Droit international des espaces – air / mer / fleuves / terre / cosmos*, Armand Colin, Paris, 281 p., part. p. 90.

16) Les opérateurs privés, qui interviennent depuis 2015 notamment au large de la Turquie, rappellent régulièrement leur isolement.

Cap VIII.pmd 183 16/09/2016, 12:16

source que ce soit, un signal indiquant que des personnes se trouvent en détresse en mer, est tenu de se porter à toute vitesse à leur secours en les informant ou en informant le service de recherche et de sauvetage de ce fait, si possible ». Il est ensuite précisé que « *l'obligation de porter secours s'applique indépendamment de la nationalité ou du statut de cette personne ou des circonstances dans lesquelles cette personne a été trouvée* ». Les termes, dénués d'ambiguïté, marquent l'importance du devoir de secours, que l'on retrouve également à l'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[17].

Cette obligation, qui pèse sur les capitaines, est renforcée par l'exigence de mise en place, par les États concernés, de centres de coordination des opérations de sauvetage et de secours en mer. La Convention SOLAS et la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritime, dite Convention SAR de 1979[18], contraignent, en effet, les États Parties à prendre les dispositions nécessaires pour assurer la coordination en cas de détresse. La règle 7 du Chapitre V de la Convention SOLAS précise que chaque État doit « *prendre les dispositions nécessaires pour la communication et la coordination en cas de détresse dans la zone relevant de sa responsabilité et pour le sauvetage des personnes en détresse en mer à proximité de ses côtes* ».

Ces textes n'avaient pas envisagé le prolongement de cette obligation de porter secours, en prévoyant que les personnes secourues seraient amenées en lieu sûr. Suite à l'épisode des 433 demandeurs d'asile afghans secourus par le Tampa et maintenus à bord en raison du refus de l'Australie de les accueillir, les Conventions SOLAS et SAR furent amendées à Londres le 20 mai 2004[19]. Désormais, un lieu sûr de débarquement doit être trouvé par l'État concerné conformément aux amendements SOLAS [20] et SAR[21], afin de prendre le relais du capitaine du navire[22].

---

17) « *1. Tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers :*
a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer ;
b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'attendre qu'il agisse de la sorte ».

18) V. également l'article 98 (2) de la CNUDM.

19) Entrée en vigueur le 1er juillet 2006.

20) Règle 33.1.1 « *Les Gouvernements contractants doivent 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 prévue, sans que le fait de les dégager de ces obligations en vertu de la présente règle ne compromette davantage la sauvegarde de la vie humaine en mer. Le Gouvernement contractant responsable de la région de recherche et de sauvetage dans laquelle une assistance est prêtée assume au premier chef la responsabilité de veiller à ce que cette coordination et cette coopération soient assurées, afin que les survivants secourus soient débarqués du navire qui les a recueillis et conduits en lieu sûr, compte tenu de la situation particulière et des directives élaborées par l'Organisation. Dans ces cas, les Gouvernements contractants intéressés doivent prendre les dispositions nécessaires pour que ce débarquement ait lieu dans les meilleurs délais raisonnablement possibles.* »

Cap VIII.pmd 184 16/09/2016, 12:16

Certes, toutes les difficultés n'ont pas été effacées. En cas de chevauchement de zones SAR[23] ou en cas de défaillance d'un État apte à assumer ses obligations de sauvetage en mer, des difficultés peuvent survenir. En mer Méditerranée, l'une des principales pierres d'achoppement découle du refus de Malte de signer l'amendement de 2004 à la Convention SAR qui impose à l'État de débarquer les personnes recherchées et secourues dans sa zone SAR sur son propre territoire.

Quoiqu'il en soit, il apparaît assez clairement qu'en droit international[24], l'obligation de porter assistance en mer à toute personne en détresse l'emporte sur toute autre considération[25], l'État ne pouvant replier sa souveraineté, y compris au prétexte de l'extra-territorialité, l'ensemble de la mer Méditerranée étant couvert par des zones SAR. En outre, les textes internationaux ou européens, qui visent notamment la lutte contre le trafic illicite de migrants, contiennent une clause de sauvegarde. Il en va ainsi du protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adopté à New-York le 15 novembre 2000 et signé par la France le 12 décembre 2000[26]. Non seulement son article 9 § 1 a) prévoit une clause de protection des personnes, mais surtout l'article 19 § 1 énonce clairement une clause de sauvegarde aux termes de laquelle : « *Aucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des particuliers 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 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé.* » Il en va de même du Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'UE. La primauté de

21) 3.1.9. « *Les Parties doivent 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 prévue, sans que le fait de les dégager de ces obligations ne compromette davantage la sauvegarde de la vie humaine en mer. La Partie responsable de la région de recherche et de sauvetage dans laquelle une assistance est prêtée assume au premier chef la responsabilité de veiller à ce que cette coordination et cette coopération soient assurées, afin que les survivants secourus soient débarqués du navire qui les a recueillis et conduits en lieu sûr, compte tenu de la situation particulière et des directives élaborées par l'Organisation. Dans ces cas, les Parties intéressées doivent prendre les dispositions nécessaires pour que ce débarquement ait lieu dans les meilleurs délais raisonnablement possibles.* »

22) OMI, UNHCR, *Guide des principes et des mesures qui s'appliquent aux migrants et réfugiés,* 12 p.

23) C'est le cas notamment entre l'Italie et Malte.

24) Beurier J.-P. (dir.) (2015-2016), *Droits maritimes*, Dalloz Action, n° 383-55.

25) Sa violation est pénalement sanctionnée ; v. Beurier J.-P. (dir.) (2015-2016), *Droits maritimes*, *op. cit.*, n° 383-56.

26) Décret n° 2004-446 du 19 mai 2004, JORF n° 122 du 27 mai 2004, p. 9345.

Cap VIII.pmd 185 16/09/2016, 12:16

l'obligation de porter secours en mer est rappelée par les considérants 8, 9, 14 et 17, ainsi que par l'article 9 § 1 qui reprend les termes mêmes des conventions internationales : « *Les États membres s'acquittent de leur obligation de prêter assistance à tout navire ou à toute personne en détresse en mer et, pendant une opération en mer, ils veillent à ce que leurs unités participantes satisfassent à cette obligation, conformément au droit international et dans le respect des droits fondamentaux. Cette assistance est prêtée indépendamment de la nationalité ou du statut d'une telle personne ou des circonstances dans lesquelles cette personne est trouvée* ».

En dépit de la clarté des textes, ce droit à la vie apparaît faiblement justiciable.

B. Un droit à la vie faiblement justiciable

Les actions menées sous l'égide de l'UE, qu'il s'agisse des opérations de détection pré-frontalière et de refoulement de FRONTEX ou des opérations menées par EUNAVFOR MED, délaissent l'assistance aux personnes en détresse en mer. Les migrants qui n'ont pas été secourus se retrouvent dans la très grande majorité des cas sans accès à un juge.

Parmi les nombreux naufrages survenus, certains ont été très médiatisés, mais peu ont fait l'objet d'actions en justice. L'affaire du *Left-to-die boat* est, à cet égard, particulièrement emblématique. Les faits, présentés par le *Guardian* dans son édition du 8 mai 2011, sont cruels pour les États occidentaux : un bateau pneumatique avec à son bord 72 personnes – hommes, femmes et enfants – quitte, près de Tripoli, les côtes libyennes fin mars 2011 en direction de l'île de Lampedusa. À court de carburant, le bateau commencera par dériver puis, sous l'effet d'une tempête, reviendra s'échouer, après une quinzaine de jours d'une navigation erratique, du côté de Zliten, à l'est de Tripoli. Cette odyssée fut peuplée de rencontres avec des militaires des forces de coalition positionnées dans les eaux libyennes ou internationales ainsi qu'avec d'autres navigateurs. Le bateau a été photographié par un avion militaire français puis sommairement ravitaillé par un hélicoptère. En dépit des alertes lancées de façon répétée et relayées par le centre italien de coordination de sauvetage maritime (MRCC de Rome)[27] auprès de l'OTAN et des garde-côtes maltais, aucune assistance ne fut diligentée. 63 personnes décédèrent en mer de soif et de faim[28].

Dans l'affaire du *Left-to-die boat*, la saisine d'un juge pour faire reconnaître la violation de l'obligation de porter secours s'est avérée ardue. Certes, la détermination du juge

27) Le MRCC de Rome informera les garde-côtes maltais ainsi que le quartier général de l'OTAN basé à Naples.

28) « Vies perdues en Méditerranée : qui est responsable ? », Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, mars 2012.

Cap VIII.pmd 186 16/09/2016, 12:16

compétent est rendue complexe par la multiplicité des acteurs[29] et la diversité des égides sous lesquelles la coalition internationale est intervenue[30]. Alors qu'il s'agit d'une opération internationale à plusieurs égards, force a été de constater qu'aucune juridiction supranationale ne pouvait être directement saisie de ce drame, le Tribunal international du droit de la mer de Hambourg et la Cour internationale de justice de La Haye ne pouvant être saisis par des particuliers.

Les rescapés, et leurs soutiens, décidèrent de se reporter, au moins dans un premier temps, devant les instances nationales. C'est ainsi que des actions en justice furent engagées devant les juridictions belges, espagnoles, françaises et italiennes. Au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni, des *requests for information* furent adressées aux différents ministères compétents. La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits fut également saisie. En dépit de ce qui pourrait ressembler à une stratégie solide d'actions en justice, les résultats, plus de quatre ans après les faits, sont excessivement décevants. Si une information judiciaire a finalement été ouverte en France devant la juge d'instruction spécialisée en matière militaire[31] et en Italie par le procureur militaire, si l'information judiciaire suit son cours en Belgique, les actes d'investigation réalisés l'ont été au compte-gouttes. Au Canada, en Espagne, aux États-Unis et au Royaume-Uni, tout est au point mort et les quelques rares informations glanées ne permettent guère d'aller plus loin.

La Cour européenne des droits de l'homme est, à l'heure actuelle, l'une des rares juridictions supranationales devant lesquelles une action a pu prospérer à l'échelle européenne, mais pas tant sur le fondement du défaut de protection du droit à la vie[32] que sur les fondements de la prohibition de la torture, du principe de non-refoulement et des expulsions collectives[33]. La faible justiciabilité du droit à la vie en mer permet aux États de refuser de secourir sans que leur responsabilité puisse être recherchée, au même titre que le déni de la liberté de circulation empêche les exilés d'accéder au territoire européen.

---

29) Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France, Italie, Royaume-Uni.

30) Résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies du 26 février 2011 et du 17 mars 2011, mises en œuvre par l'OTAN par le biais de l'opération « Unified Protector ».

31) Nous nous permettons de renvoyer à deux articles personnels Saas C. (2014), *« Boat people en Méditerranée : les coulisses d'une action en justice »*, AJP, n°10/2014, 470-473 et (2013) « *Omission de porter secours : non-lieu dans l'affaire du « Left-to-die-boat »*, note sous TGI Paris, instr., 6 décembre 2013, n° 2300/13/69 , D. 2013.2915.

32) Sur le terrain de la violation de l'article 2 en lien avec un naufrage en mer, v. CourEDH, Leray, Guilcher et a. c. France, 16 janvier 2001, décision sur la recevabilité, req. n° 44617/98.

33) CourEDH, Hirsi Jamaa et autres c. Italie, 23 février 2012, n° 27765/09 ; CourEDH, Sharifi c. Italie et Grèce, 21 octobre 2014, req. n° 16643/09 ; CourEDH, Khlaifia et a. c. Italie, 1er septembre 2015, req. n° 16483/12.

Cap VIII.pmd 187 16/09/2016, 12:16

II. La négation de la libre navigation

Le droit international de la mer, tel qu'il peut être interprété à la lumière du droit international et européen des droits de l'homme, établit un canal de libre navigation à la surface des mers et des océans (A). Cette liberté de navigation est toutefois entravée par la pénalisation des migrants, dont tant le principe que les modalités peuvent être contestés (B).

A. Une liberté de navigation reconnue

De manière surprenante lorsqu'on connaît les opérations de détection avant les frontières ou de *push-backs*[34], les textes internationaux dessinent, pièce par pièce, un canal privilégié de circulation.

En effet, le découpage des zones maritimes apparaît ici distinct de celui prévu en matière de protection de la vie en mer à travers les zones SAR. Ainsi, trois zones peuvent être retenues. En mer territoriale, la souveraineté de l'État s'exerce de manière pleine et entière, avec toutefois l'obligation de consentir aux navires un droit de passage inoffensif, en application de l'article 18 de la CNUDM. Le passage, pour être qualifié d'inoffensif, ne doit pas porter atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier, ce qui serait le cas, détaillé à l'article 19, 2°, g, de la CNUDM, si le navire se livrait à l'embarquement ou au débarquement de personnes en contravention aux lois ou règlements en matière d'immigration de l'État côtier[35]. Cela suppose donc qu'il y ait une opération de débarquement pour considérer qu'il n'y a plus de passage inoffensif[36]. Vient ensuite la zone contiguë à la mer territoriale, dans laquelle les États peuvent intervenir pour prévenir ou réprimer certaines infractions, et notamment, celles en lien avec les migrations, en application de l'article 33 § 1 de la CNUDM. Cela signifie que « *l'État riverain peut prévenir et réprimer les infractions commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale à l'encontre de ses lois de police dans les domaines [de l'immigration]. Il s'agit donc d'une zone de répression d'infractions survenues géographiquement en deça* »[37]. La liberté de navigation y est par conséquent reconnue, comme elle l'est d'ailleurs en zone économique exclusive, dès lors qu'il s'agit uniquement d'un droit de poursuite qui ne peut, par définition, être utilisé à l'encontre de personnes venant de la haute mer. Au-delà, s'étend la haute mer, considérée comme une zone de liberté[38], en application de l'article 87 de la

34) FIDH, Migreurop, REMDH (2014), *Frontex entre Grèce et Turquie – La frontière du déni*, mai 2014, 100 p. ; http://www.migreurop.org/article2512.html

35) V. article 3, 7° du décret n° 85-185 du 6 février 1985 portant réglementation des navires étrangers dans les eaux territoriales françaises.

36) L'échouage de l'East Sea en février 2001 sur les côtes françaises, à proximité de Saint-Raphaël, aurait certainement pu être considéré comme tel.

37) Beurier J.-P. (dir.) (2015-2016), *Droits maritimes*, *op. cit.*, n° 112-54.

38) L'opposition entre le Néerlandais Grotius (*Mare liberum*) et l'Anglais Selden (*Mare clausum*) aurait

Cap VIII.pmd 188 16/09/2016, 12:16

CNUDM, et sur laquelle aucun État ne peut exercer de droits souverains, conformément à l'article 89 de cette Convention[39]. Aucun exercice policier n'est ici consenti par le texte de la Convention de Montego Bay, à moins qu'il ne s'agisse d'un navire de guerre[40]. Le passage y est libre[41].

Ce droit de passage inoffensif[42] devrait permettre à une embarcation non seulement de quitter la mer territoriale d'un État, par exemple situé sur le pourtour méridional ou oriental de la Méditerranée, et son éventuelle zone contiguë, mais aussi de s'approcher des côtes d'un autre État sans autre formalité, comme s'il bénéficiait d'un canal privilégié de libre navigation[43]. Cette lecture s'impose d'autant plus que les textes internationaux tels que l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), ou régionaux à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) et de l'article 2.2 de son protocole additionnel n° 4[44] établissent le droit de quitter tout pays, y compris le sien.

Dans les eaux territoriales de l'État d'arrivée, les textes tant internationaux qu'européens imposent aux États le principe de non-refoulement. Ainsi, en application de l'article 33 § 1 de la Convention de Genève et de l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les exilés bénéficient d'un droit d'accès au territoire d'un État susceptible d'examiner leur demande d'asile. Certes, l'un des arguments avancés pour déroger à un certain nombre d'obligations internationales consiste dans la désignation des *boat people* comme appartenant à un mouvement de migration mixte. Ce terme est le nouveau visage d'une dichotomie très ancienne

abouti à un consensus entre deux formes de gouvernance des espaces maritimes, la haute mer étant en principe placée sous le régime de la liberté.

39) Article 89 de la CNUDM : « *Aucun État ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté* ».

40) V. art. 110, 1, d de la CNUDM ; CourEDH, Gde chambre, Medvedyev et a. c. France, 29 mars 2010, req. n° 3394/03.

41) Nathalie Ros insiste sur le choix, par la Cour internationale de Justice, de faire prévaloir une approche objective sur une approche subjective du droit de passage innocent. Ros N. (2010), « L'apport de la Cour internationale de Justice à la théorie du passage », *in Le passage – Colloque international de Monaco des 6 et 7 février 2009*, Pedone, Paris, 2010, 220 p., 163-197, part. p. 184-188.

42) Ihrai S. (2010), « La liberté de passage en haute mer et ses limites », *in Le passage – Colloque international de Monaco des 6 et 7 février 2009*, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, *op. cit.*, 41-61.

43) C'est l'image de l'*Astro light* ou de la lampe à lave qui vient à l'esprit.

44) Art 2.2 protocole 4 ; v. cependant CourEDH, Xhavara c. Italie, 11 janvier 2001, décision sur la recevabilité, req. n° 39473/98 et pour une opinion contraire, S. Grosbon, Droit de la mer et protection internationale de l'individu, CEDIN, *à paraître.* Par une lecture contestable de ce que signifie la circulation – action d'aller d'un lieu à un autre –, la CourEDH estime que l'article 2 du protocole 4 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce car « les mesures mises en cause par les requérants ne visaient pas à les priver du droit de quitter l'Albanie, mais à les empêcher d'entrer sur le territoire italien ».

Cap VIII.pmd 189 16/09/2016, 12:16

entre les demandeurs d'asile et les migrants économiques. Le principe de non-refoulement ne s'appliquant qu'aux seuls demandeurs d'asile, cela justifierait donc, pour trier le bon grain de l'ivraie, un régime distinct selon la qualité de l'exilé. Cet argument, qui se retourne contre les demandeurs d'asile[45], est d'autant plus fragile que d'autres textes prohibent également le refoulement. Il en va ainsi de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, dont l'article 3 prévoit également le principe de non-refoulement pour toute personne qui risque d'être soumise à la torture dans le pays de refoulement. De même, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il est possible d'appliquer de manière extraterritoriale[46] l'article 4 du protocole additionnel n° 4, qui constitue une garantie contre le refoulement. Selon la Cour, si l'application de cette stipulation à des migrants par voie maritime devait être refusée, cela constituerait une ignorance des manifestations contemporaines des migrations qui s'effectuent souvent par la mer. Les juges de Strasbourg ont ainsi rappelé que la mer n'est pas une zone de non-droit[47].

Cette liberté de navigation est entravée par la pénalisation des migrants.

B. Une liberté de navigation entravée

Pourtant, le recours au droit pénal permet d'étrécir, de manière contestable au regard du principe de légalité des délits et des peines, du droit à la sûreté et du principe de proportionnalité, cette liberté de navigation établie en droit international de la mer. Cette intervention pénale prend diverses formes, soit substantielles, soit procédurales.

En premier lieu, un certain nombre de pays d'émigration ou de transit ont incriminé le délit d'« émigration irrégulière », rendant possible, dans leur mer territoriale, voire dans la zone contiguë, l'exercice d'un contrôle policier par ces États eux-mêmes. La contrariété de cette incrimination avec les textes internationaux reconnaissant le droit de quitter son propre pays montre sa fragilité au regard du principe de légalité.

De plus, le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer trouve à s'appliquer lorsqu'un groupe criminel organisé est impliqué dans des trafics illicites de migrants de nature transnationale[48]. En application de l'article 8, § 7 de ce dernier,

---

45) Sont désormais proposés des visas pour les demandeurs d'asile aux frontières de l'Europe, en méconnaissance de la Convention de Genève qui leur reconnaît un droit d'entrée dans son article 33 § 1 : « *Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* »

46) V. sur l'argument de l'extra-territorialité, Basilien-Gainche M.-L. (2015), « Les *boat people* de l'Europe. Que fait le droit ? Que peut le droit ? », Cahiers de droit européen, février 2016.

47) CourEDH, Hirsi Jamaa et autres c. Italie, 23 février 2012, n° 27765/09.

48) Art. 4 en lien avec l'art. 6 du protocole de Palerme.

Cap VIII.pmd 190 16/09/2016, 12:16

il est notamment possible d'arraisonner et de visiter un navire sans nationalité ou assimilé, si l'un des États Parties a « *des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire se livre au trafic illicite de migrants par mer* ». En comparant ce texte avec ceux applicables en matière de piraterie, on peut toutefois avancer que ce protocole ne constituerait pas une base légale suffisante pour appréhender les personnes présentes sur un navire, les priver de liberté et les amener devant un juge[49].

Le droit de l'Union européenne vient également réduire la liberté de navigation, et ce de manière contestable au regard des principes fondamentaux de droit pénal. Alors que le franchissement illégal de la frontière ne peut être constaté qu'à un point de passage frontalier[50], et ne peut de surcroît donner lieu à des poursuites que s'il a été constaté en flagrance au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[51], le règlement (UE) n° 656/2014[52] du 15 mai 2014 tente de limiter le droit de passage inoffensif reconnu à toute embarcation. Ainsi, l'article 5 prévoit que, dès que les unités participant à une mission Frontex détectent un navire soupçonné de transporter des personnes se soustrayant ou ayant l'intention de se soustraire aux vérifications à des points de passage frontaliers ou de se livrer à un trafic illicite de migrants par mer, elles s'en approchent afin de constater son identité et sa nationalité. De plus, l'article 6 § 5 prévoit un droit d'interception dans les eaux territoriales « *lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire sans pavillon transporte des personnes ayant l'intention de se soustraire aux vérifications à des points de passage frontaliers ou qu'il se livre à un trafic illicite de migrants par mer* »[53].

Ces dispositions apparaissent problématiques pour plusieurs raisons. Alors qu'on se trouve à distance d'un navire et d'une frontière, on soupçonne une soustraction à un point de passage frontalier ou l'intention de s'y soustraire. Or, le point de passage frontalier correspond aux points déclarés par les États à la Commission et qui sont tous terrestres[54]. De plus, on peut se demander quelles sont les raisons qui permettent de soupçonner cette intention, qui est de l'ordre du subjectif et, en tout état de cause, inopérante pour les demandeurs d'asile. Il n'y a par ailleurs pas de délimitation claire de la zone dans laquelle la détection ou la constatation de l'identité et de la nationalité

49) CourEDH, Hassan c. France, 4 décembre 2014, n° 46695/10 et 54588/10.

50) L'article L. 611-1 du CESEDA ne peut être considéré comme applicable au-delà de la mer territoriale et l'article 78-2 du C. proc. pén., tel qu'il a été réécrit à la faveur de la décision Abdeli et Melki de la Cour de Justice de l'Union européenne, ne permet ni contrôles systématiques, ni contrôles permanents.

51) CJUE, El Dridi, 29 avril 2011, C-61/11 PPU ; CJUE, Achughbabian, 6 décembre 2011, C-329/11.

52) Règlement (UE) n° 656/2014 du parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

53) L'article 7 § 11 reprend ce droit d'interception en haute mer, mais le limite aux hypothèses de trafic illicite de migrants. Il est applicable dans la zone contiguë, en vertu de l'article 8 § 3.

54) Cf. les 37 points de passage frontaliers déclarés par la France ou les 112 par l'Italie.

Cap VIII.pmd 191 16/09/2016, 12:16

visées à l'article 5 peut intervenir, si ce n'est qu'elle ne peut pas intervenir en mer territoriale d'un État ne participant pas à l'opération. S'agissant de l'article 6, il faut ajouter que le contraste est saisissant entre la nature et l'ampleur des opérations que pourraient alors mener les autorités d'un État – demander toute information et document relatifs au navire et aux personnes se trouvant à son bord, arrêter, arraisonner et fouiller le navire ainsi que les personnes s'y trouvant, interroger ces dernières – et l'imprécision des critères permettant d'y recourir. L'encadrement de la privation de liberté apparaît également lacunaire.

En droit français, le dispositif introduit dans la loi n° 94-589 du 15 juillet 1994, encore modifiée par une ordonnance n° 2014-792 du 10 juillet 2014, ne vise que l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Il semble en outre insuffisant pour préserver les droits des migrants. En effet, les dispositions des articles L. 1521-1 et suivants du Code de la défense ne visent à proprement parler que les auteurs d'infractions à la législation sur les étrangers, sans prendre en considération les « passés » qui risquent pourtant d'être également privés de leur liberté d'aller et venir[55]. Par ailleurs, le démantèlement de filières de criminalité organisée et transfrontalière suppose que soient diligentées des enquêtes de longue haleine. Or, la visite des bateaux prévus par l'article 23 de la loi du 15 juillet 1994 ne s'inscrit pas nécessairement dans le cadre d'une instruction judiciaire. Il faudrait, de surcroît, prévoir des dispositions spécifiques pour régir les contrôles d'identité des personnes embarquées.

Ce défaut de base légale en droit français pour mener certaines opérations n'est pas comblé par les dispositions du règlement (UE) n° 656/2014, trop imprécises pour constituer le fondement de ces mesures de contraintes. Leur nécessité et leur proportionnalité devraient par ailleurs pouvoir être appréciées par une autorité judiciaire, ce que ne prévoit pas ledit règlement. En effet, tant en droit interne qu'en droit européen des droits de l'homme, certaines exigences sont posées. D'une part, l'article préliminaire du Code de procédure pénale rappelle que les mesures de contraintes « *doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne* ». D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle attentif de la proportionnalité et de l'intervention d'une autorité judiciaire[56].

***

Il est difficile d'imaginer que les exilés refoulés, au mépris du droit international, sur les rives sud de la Méditerranée puissent utilement faire valoir devant une juridiction

55) V. CourEDH, Khlaifia et a. contre Italie, *op. cit.*

56) CourEDH, Ravon et autres c. France, 21 février 2008, req. n° 18497/03 ; CourEDH, Vinci Construction et autres c. France, 2 avril 2015, req. n° 63629/10 et 60567/10 ; C ; Const., déc. n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014.

Cap VIII.pmd 192 16/09/2016, 12:16

la primauté de l'obligation de porter secours en mer et leur droit à naviguer librement, tant le parcours apparaît semé d'embûches pratiques, techniques et politiques. La mer Méditerranée devient, en toute connaissance de cause des États, et en violation du droit international de la mer et du droit international et européen des droits de l'homme, le plus « vaste cimetière »[57] de l'Union européenne. Le droit ne vaut que s'il est appliqué : si *de jure*, la zone méditerranéenne n'est pas une zone de non-droit, elle le devient *de facto.*

57) Cette expression a été reprise du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « L'ONU accuse l'UE de transformer la Méditerranée en « vaste cimetière » », Libération/AFP, 20 avril 2015 ; http://www.liberation.fr/planete/2015/04/20/l-europe-sommee-d-agir-apres-un-nouveau-drame-en-mediterranee_1253122

Cap VIII.pmd 193 16/09/2016, 12:16

CHAPTER 9
The Human Sea: Whole-of-Government Responses to Illicit Activities

Brian WILSON
Retired U.S. Navy Captain*

Résumé *: Les nations à travers le monde ont mis l'accent sur la formalisation de la coordination, en particulier dans le contexte de la sécurité. Le chef de la fonction publique de Singapour, Peter Ong, a fait remarquer que « les défis auxquels nous sommes confrontés deviennent plus complexes, les solutions d'agence simples deviendront moins adéquates... [et] nous avons besoin d'une réelle collaboration ». L'ancien président de la Joint Chiefs of Staff, le général Dempsey, a fait remarquer « le développement du 'whole-of-government', gouvernement pangouvernemental, est non seulement souhaitable, mais effectivement impératif ». Les défis maritimes comprennent la répression des trafiquants de drogue et des trafiquants d'êtres humains, la réponse à la piraterie et aux vols à main armée en mer ; il faut empêcher le braconnage du pétrole et la pêche illégale, assurer la sécurité des ports, mener des missions de recherche et de sauvetage, assurer la protection de l'environnement marin. Ces événements se déroulent dans des environnements complexes, opérationnels et sensibles au facteur temporel, là où leur portée et leur gravité ne sont pas toujours apparentes. Un processus de collaboration, inclusif et transparent, correspond aux meilleures positions d'un gouvernement, en vue du partage rapide des informations, de la détection des anomalies et de l'organisation des réponses.*

*) Brian Wilson is a retired U.S. Navy Captain. He is currently the Deputy Director of the Global Maritime Operational Threat Response Coordination Center and is a visiting professor at the United States Naval Academy. The views expressed are those of the author and do not reflect the official policy or position of the U.S. Coast Guard or the Departments of Homeland Security.
He may be reached at: brianstwilson@gmail.com.

Cap IX.pmd 195 16/09/2016, 12:25

Le plan Maritime Operational Threat Response (MOTR) constitue la réponse des USA au whole-of-government. Le plan a été élaboré pour coordonner les multiples décisions au niveau national après le sauvetage de l'équipage à bord du Magellan Star en 2010. Sur une période de plusieurs jours, des téléconférences vidéo sécurisées, reliées aux centres de commandement, ont réuni les agences et experts sur trois continents, ce qui a permis la discussion et la résolution de nombreuses questions difficiles et sensibles. Parmi les participants figuraient des représentants des Départements d'État, de la Justice, de la Défense (qui comprenait le Bureau du Secrétaire de la Défense, l'État-major interarmées et les divers commandements), du Transport et de la Sécurité Intérieure, ainsi que la communauté du renseignement et d'autres organismes gouvernementaux. La sensibilisation diplomatique, les questions des enquêtes et de l'orientation des affaires publiques ont été abordées. Après l'achèvement de l'enquête et de l'examen par le ministère de la Justice, et un vaste engagement diplomatique du Département d'État, un État de la région a accepté de poursuivre les neuf pirates.

En 2009, le processus MOTR a facilité les discussions, les décisions et les actions suivant l'attaque sur le M/V Maersk Alabama, un cargo du programme alimentaire des Nations Unies vers la Somalie. Les intervenants d'un processus efficace de whole-government comprennent : l'autorité centrale de l'État ; la flexibilité ; la diffusion opportune, exacte et utile des informations ; des décisions documentées et réparties ; le soutien des divers départements et la confiance dans le processus ; une utilisation fréquente et une formation fréquente ; enfin, la publication des procédures standard d'intervention. L'institutionnalisation de la collaboration est plus qu'un défi maritime : il existe un problème de gouvernance. La leçon durable est que la confiance, le leadership et l'existence de processus documentés sont les facilitateurs critiques d'une coopération nationale efficace, mais aussi binationale et multinationale.

***Abstract**: Nations across the globe have focused on formalizing coordination, particularly in the context of security. The head of Singapore's civil service, Peter Ong, remarked, "as the challenges we face become more complex, single agency solutions will become less adequate…[and to] function as one, we need to truly collaborate." Former US Chairman of the Joint Chiefs of Staff, General Dempsey, remarked, "The phrase whole-of-government is not just desirable — it's actually imperative."*

Maritime challenges include interdicting drug traffickers and human smugglers, responding to piracy and armed robbery at sea, preventing oil poaching and fishing incursions, ensuring port security, conducting search and rescue missions, and safeguarding the environment. These events unfold in complex, operational, and time-sensitive environments, where their scope and gravity is not always apparent. A collaborative, inclusive, and transparent process best positions a government to expeditiously share information, detect anomalies, and align responses.

Cap IX.pmd 196 16/09/2016, 12:25

Factors that enable effective whole-government processes include: Head of State direction; flexibility; timely, accurate, and useful information dissemination; documented and distributed decisions; departmental support for and trust in the process; frequent use and frequent training; and the promulgation of standard operating procedures. Institutionalising collaboration is more than just a maritime challenge: It is a governance challenge. An enduring lesson is that trust, leadership, and the existence of documented processes are critical enablers to effective national-level, bi-national, and multi-national cooperation.

Cap IX.pmd 197 16/09/2016, 12:25

I. Introduction

The Human Sea Project[1] ambitiously seeks to holistically examine the maritime space, e.g., seafarer protection, responses to illicit activity, offshore activities, and legal authorities, in order to distill trends, identify gaps, and develop recommendations. Five separate, though intersecting "Work Packages" (WP) provide the structure for this innovative five-year project led by Patrick Chaumette, director of the Maritime and Oceanic Law Centre (France), University of Nantes. This chapter discusses the coordinated response to "illicit activities at sea" (WP2).

Responding to maritime threats, safety, and environmental events, such as piracy, illegal fishing, drug traffickers and pollution, among others, typically involves multiple agencies within a government. Following the naval rescue of a hijacked vessel, for example, investigators could be asked to develop a case package, which would be forwarded to a prosecutor, potentially unfolding alongside diplomatic engagements with partner nations. A coordination challenge exists when alignment is sought among agencies that operate under different chains of command, possess different authorities, acquire different information, or provide different capabilities. To formally ensure alignment, at least twelve countries in the past decade have established whole-of-government frameworks to bring agencies together to collectively respond to maritime threats. The emergence of collaborative processes is predicated on both a more complex operating environment and an expanded response spectrum.

Nations across the globe have focused on formalizing coordination, particularly in the context of security. The head of Singapore's civil service, Peter Ong, remarked, "as the challenges we face become more complex, single agency solutions will become less adequate…[and to] function as one, we need to truly collaborate."[2] Former US Chairman of the Joint Chiefs of Staff, General Dempsey, remarked, "The phrase whole-of-government is not just desirable — it's actually imperative."[3] And a United

---

1) ERC-2013-AdG-340770, available at:
http://www.humansea.univ-nantes.fr/18266531/1/fiche___pagelibre/&RH=1396618354200

2) Winnie Agbonlahor, Singapore's Peter Ong calls on future leaders to foster collaboration, Global Government Forum, November 5, 2015, available at:
http://www.globalgovernmentforum.com/singapores-peter-ong-calls-on-future-leaders-to-foster-collaboration/

3) Dempsey touts whole-of-government cooperation, September 24, 2015, Simons Center, quoting USArmy General Martin E. Dempsey. Available at:
http://thesimonscenter.org/dempsey-touts-cooperation/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+ADSCPublications+%28Col.+Arthur+D.+Simons+Center+%C2%BB+Updates%29
"During the interview, Dempsey noted that people are beginning to understand the importance of the whole-of-government approach, saying that there is a greater understanding that conflicts have underlying issues that the military alone cannot address….Dempsey has repeatedly pushed for solutions integrating economic, diplomatic, law enforcement, energy, and military instruments of power during his tenure as chairman."

Cap IX.pmd 199 16/09/2016, 12:25

Kingdom strategy document (2014) noted, "maritime security is a whole-of-government activity [in which] the governance structure…brings together 16 parties within the Government to maximize the coherence and efficiency of our approach."[4]

Recognition of the value of collaboration extends beyond the maritime environment, including health, education, commerce, and economic and development issues, among others. The World Health Organization's implementation package regarding the European policy for health and well-being identified the importance of "implementing whole-of-government and whole-of-society approaches."[5] Even efforts regarding digital, electronic, or connected government also known as "e-government" have focused on whole-of-government. Though substantively different from the maritime environment, a United Nations Survey from 2012 is instructive: "The [whole-of-government] movement from isolated silos in public administration to formal and informal networks is a global trend drive by various societal forces such as the growing complexity of problems that call for collaborative responses."[6]

A Chatham House report noted, "Robust but adaptable structures for coordinated decision-making are crucial because when stakeholders make different judgments about risk during a crisis, public confidence can be rapidly eroded. Sharing best practices and where relevant, capacity, especially across sectors, and red-teaming scenarios with key decision-makers – focusing in particular on critical sectors such as transport and communications will be essential to enhance preparedness in coping with the unexpected."[7]

The probative issue is no longer whether cooperation exists among government agencies, but rather, whether there exists a documented whole-of-government process, and if so, what are its key elements. This inquiry supports Human Sea Project objectives to identify common concepts and develop recommendation to support improved governance. The chart below outlines the Human Sea Project's WPs:

---

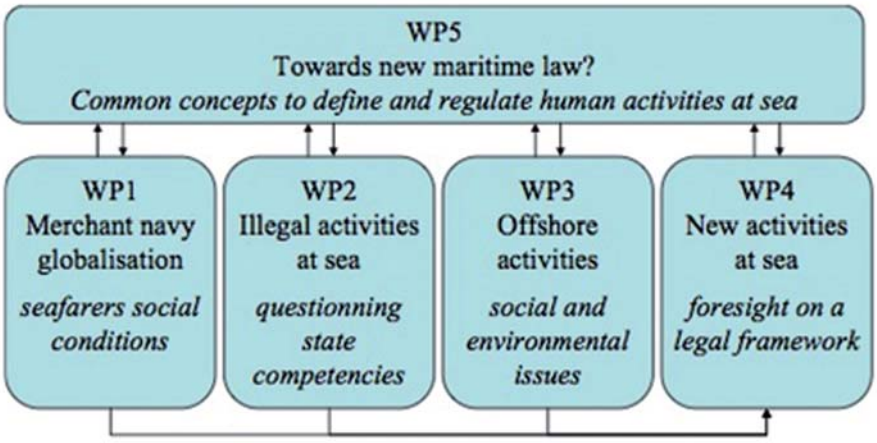
4) The UK National Strategy for Maritime Security, May 2014, Presented to Parliament by the Secretary of State for Defence by Command of Her Majesty, available at: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/310323/National_Strategy_for_Maritime_Security_2014.pdf

5) Available at: http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-policy/health-2020-the-european-policy-for-health-and-well-being/implementation-package/3.-implementing-whole-of-government-and-whole-of-society-approaches

6) United Nations E-Government Survey 2012, available at: http://unpan3.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2012-Survey/Chapter-3-Taking-a-whole-of-government-approach.pdf

7) Bernice Lee and Felix Preston, with Gemma Green, Preparing for High-Impact, Low-Probability Events, Lessons from Eyjafjallajokull, A Chatham House Report, January 2012.

Cap IX.pmd 200 16/09/2016, 12:25



II. Discussion

Maritime challenges include interdicting drug traffickers and human smugglers, responding to piracy and armed robbery at sea, preventing oil poaching and fishing incursions, ensuring port security, conducting search and rescue missions, and safeguarding the environment. These events unfold in complex, operational, and time-sensitive environments, where their scope and gravity is not always apparent. A collaborative, inclusive, and transparent process best positions a government to expeditiously share information, detect anomalies, and align responses.

While several whole-of-government frameworks now exist, there is not one single, universally recognized model. Even defining whole-of-government presents challenges. A Center for Security Studies study remarked, "There is of yet no internationally agreed standard model for WGAs (whole-of-government approaches)."[8] Moreover, "one would search in vain for a uniform definition of such integrated approaches. In principle, WGAs aim to improve coordination within a given government. In addition, however, states sometimes also aspire to coordinate their activities with those of other state or non-state actors, as a coherent overall strategy at the governmental level is often seen as being necessary, but not sufficient. This is generally referred to as a 'whole of system' approach."[9]

8) Andrea Baumann, Whole of Government: Integration and Demarcation, No. 129, March 2013, available at:
http://www.css.ethz.ch/publications/DetailansichtPubDB_EN?rec_id=2441

9) Id.

Cap IX.pmd 201 16/09/2016, 12:25

Regional differences in terminology, fortunately, have had little impact on the development of national-level coordination frameworks. More than just a bureaucratic mechanism, a brief summary of one response under a whole-of-government process highlights its key elements, governance value, and connective thread. A piracy attack, "was imminent when the crew of the MV Magellan Star retreated to a secure room, or citadel, on board their ship and sent distress messages. Within 24 hours, US Marines boarded and regained control of the Antigua-Barbuda-flagged container ship without a shot being fired. That U.S operation in 2010 was remarkably successful: the Magellan Star crew of 11 was safe, and the Somalis who attacked the vessel were detained. With nine pirates on board the USS Princeton (CG-59), several US government agencies needed to immediately and collaboratively address the investigative, logistic, and disposition challenges associated with the crime. Issues to be resolved included which agency would lead the investigation, who would prosecute, what regional states should be approached for support, and where the detainees would be held pending those decisions. Timely resolution would require briefings, senior-level discussions, and agreement among several US government agencies."[10]

The Maritime Operational Threat Response (MOTR) plan directed the US whole-of-government response. "The plan was used to coordinate multiple national-level decisions following the rescue of the crew on board the Magellan Star. Over a period of several days, secure video teleconferences connected agency command-watch centers and subject-matter experts on three continents, allowing numerous difficult and sensitive issues to be discussed and resolved. Participants included representatives from the Departments of State, Justice, Defense (which included the Office of the Secretary of Defense, the Joint Staff, and combatant commands), Transportation, and Homeland Security, as well as the intelligence community and other government agencies. Diplomatic outreach, investigative issues, and public-affairs guidance and posture were addressed. After completion of an investigation and review by the Department of Justice, and following extensive diplomatic engagement by the Department of State, a regional state accepted the nine pirates for prosecution."[11]

Several national-level coordination processes were developed after a specific event. The US process can trace its origins to a bungled asylum request in 1970, when an interagency process for responding to such incidents did not exist. On November 23, 1970, a Lithuanian sailor desperate to defect to the United States leapt spectacularly from the deck of a Soviet ship onto a US Coast Guard cutter.[12] After discussions

10) Brian Wilson, *Making Stovepipes Work*, Proceedings, October 2011.

11) Id.

12) Committee on Foreign Affairs. Hearings before the Subcommittee on State Department Organization and Foreign Operations of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives; Attempted Defection by Lithuanian Seaman Simas Kudirka. 91st Congress, Second Session, December 3, 7, 8, 9, 14, 17, 18 and 29, 1970. *See also*, Secretary of Transportation John A. Volpe, Memorandum for the

Cap IX.pmd 202 16/09/2016, 12:25

among numerous US Government departments failed to produce a coordinated response, a Coast Guard commander gave the 40-year old seaman back to the Soviets.

Bad decisions certainly played a part in the outcome, but equally ineffective coordination among federal departments also contributed. Kudirka's botched asylum request importantly served as a catalyst to address the issue of aligning federal agency action. In 1970, cell phones, instant messaging, e-mails and Blackberries were still years away. There existed few 24-hour national-level federal agency command/ operations centres and certainly no clear guidance regarding when departments should consult with one another.

Despite speaking four languages and training as a radio technician, Kudirka's job on the ship was to clean heads and move garbage.[13] At one point in the day, Kudirka threw a crumpled note, hidden in a pack of cigarettes, onto the US Coast Guard Cutter VIGILANT manifesting his intent to defect to the United States. The VIGILANT'S executive officer sought higher-level guidance to the response if Kudirka attempted to defect by jumping into the water and swimming towards VIGILANT: should the Americans try to beat the Soviets to the rescue? Would Kudirka be treated as a deserter or asylum-seeker? Do other US agencies/departments need to be notified?

Identifying the appropriate State Department point of contact consumed several hours. After finally reaching him, the State official refused to provide definitive policy or guidance to the Coast Guard, characterizing the situation as a "sticky question."[14]

Then Kudirka did the unexpected: rather than jumping in the water, he leapt from the deck of the Soviet vessel onto the VIGILANT. Kudirka's jump occurred at approximately the close of the business day. A senior Coast Guard officer in the cutter's immediate chain of command, based on both the time of day and the responses from earlier, believed it would not be productive to again seek guidance from Washington, DC. He then provided decisive, but inaccurate direction saying that Kudirka was a deserter who must be returned if the Soviets made a request.[15] Because the VIGILANT's secure communications systems were inoperable, the ship used unclassified transmissions, easily accessed by the Soviets. Within minutes of the cutter's radio transmissions, the Soviet's requested Kudirka's return.

President, Subject: Attempted Defection by a Crew Member of the Sovetskaya Litva, December 2, 1970.

13) Algis Ruksenas, Day of Shame, 1973, David McKay Company, Inc, pages 54 and 247-248. Kudirka's Baltic heritage and previous refusal to testify against a relative contributed to his job assignment.

14) Id., at pages 86 and 108-111.

15) Id., page 338.

Cap IX.pmd 203 16/09/2016, 12:25

The VIGILANT's captain reluctantly told the Soviets, "He's all yours."[16] Kudirka sought to evade capture, but was apprehended by Soviets on board VIGILANT, who took turns hitting and kicking Kudirka, at times, in front of the cutter's officers and enlisted crew.[17]

Kudirka was subsequently subdued. After returning to the Soviet vessel, Kudirka was transported to the Soviet Union and subsequently convicted by a court for his actions. Four years later, US President Gerald Ford shocked his staff, including Henry Kissinger,[18] by disregarding their advice and requesting that Kudirka be released in his first meeting with the Soviets.[19] The Soviets unexpectedly complied with President Ford's request.[20]

Similar to other whole-of-government processes, the MOTR Plan brings together multiple departments for discussions and decisions through integrated national-level command/operations centres. MOTR coordination activities occur through e-mail, phone calls or via secure video teleconferences. The rank, grade, position of agency representatives is within the prerogative of the agency, but generally includes Commanders and Captains (and their civilian equivalents, General Service [GS] 14/

---

16) Simas Kudirka and Larry Eichel, For those Still at Sea; The Defection of a Lithuanian Sailor; Simas Kudirka's Own Story of His Four-Year Journey to Freedom; The Dial Press, 1978, page 41.

17) Id, at pages 43-47.

18) At President Gerald Ford's eulogy, Henry Kissinger stated that Ford, "stumped me in his fifth day in office when he used the first call made by the Soviet ambassador to intervene on behalf of a Lithuanian seaman who four years earlier had in a horrible bungle been turned over to Soviet authorities after seeking asylum in America. Against all diplomatic precedent and, I must say, against the advice of all experts, Gerald Ford requested that the seaman, a Soviet citizen in a Soviet jail, not only be released but be turned over to American custody." New York Times, Transcript, Henry A. Kissinger's Eulogy for President Ford, January 2, 2007. Available at http://www.nytimes.com/2007/01/02/washington/02cnd-ford-kissinger.html

19) Barry Werth, 31 Days: Gerald Ford, the Nixon Pardon, and a Government in Crisis, Anchor, 2007, page 68. "Now in the Oval Office, [Soviet Ambassador to the United States Anatoly] Dobrynin delivered Brezhnev's personal regards as Ford and he took matching yellow armchairs….After the media left, Ford got down to business. 'I told him,' Ford wrote, 'that I would consider it a personal favor if his government would agree to release Simas Kudirka …Dobrynin said he would see what he could do."

20) A White House Memorandum of Conversation regarding a September 5, 1974, meeting in the Oval Office, the White House, with President Ford, Dr. Henry Kissinger, Lt. General Scowcroft and Jerrold Schecter (from Time magazine; present for part of the meeting), documented the following: "President: I notice the Soviets are making efforts to let some specific cases go….Kissinger: Yes, and releasing Kudirka is a special favor for you." Later in the meeting, President Ford, "explains to Schecter that Brezhnev had sent a note disclosing that Simas Kudirka, the Lithuanian defector, was being allowed to emigrate to the US as a favor to Ford." That note was summarized by Kissinger, quoting from Ambassador Dobrynin: "…Because of the interest of the President, Kudirka was given pardon and he is now at his home in the Lithuanian Republic. [When Kudirka applies to immigrate, he and] those members of his family who so desire will be able to leave the Soviet Union and go if they like to the United States." Available at:
http://geraldrfordfoundation.org/documents/memcons/1552773.pdf

Cap IX.pmd 204 16/09/2016, 12:25

15s), with Lieutenants and Lieutenant Commanders as well as Senior Executive Service, Admirals, Generals, Departmental Deputy Assistants and Ambassadors, at times, participating. Coordination activities can include as few as four representatives or as many as more than fifty.

In 2009, the MOTR process facilitated discussions, decisions and action following the attack on M/V MAERSK ALABAMA, a cargo ship transporting food aid to Somalia. Three pirates departed the ship with MAERSK ALABAMA's master, Captain Richard Phillips. Within hours of the hijacking, MOTR coordination activities were underway. Representatives from the Departments of State, Justice, Defense (which included the Office of the Secretary of Defense, the Joint Staff and Combatant Commands), Transportation and Homeland Security, as well as the intelligence community and other government agencies participated. Secure video teleconferences (SVTC) were held twice daily over six days to connect senior US Government officials on three continents. The MOTR process facilitated expeditious and transparent information dissemination, interagency concurrence on desired national outcomes and alignment of courses of action. Following the rescue of Captain Phillips by US Special Forces, collaboration was again necessary to bring the surviving pirate to the United States for trial.

Whole-of-government maritime response processes also exist in Australia, Cameroon, Canada, Cape Verde, India, Japan, New Zealand, Philippines, Singapore, Sweden, and the United Kingdom, among others. Moreover, arrangements to facilitate information sharing between whole-of-government processes, such as between Canada and the Unites States also exist. Distilling common concepts, considerations, and effective elements from these varied frameworks is instructive for developing Human Sea Project recommendations.

Enablers of effective whole-government processes include: Head of State direction; flexibility; timely, accurate, and useful information dissemination; documented and distributed decisions; departmental support of and trust in the process; frequent use and frequent training; and the promulgation of standard operating procedures.

Considerations in a whole-of-government process include: how the process is formally documented, whether funding is required, and if so, what agency is responsible; whether the process replaces or supplants another process or organization; whether agencies retain their authorities and responsibilities under this process; whether there is an office responsible for facilitating (or leading) coordination activities, and if so, to whom are they accountable; what decisions (or actions) can this process/centre take; is the process "unity of effort" or "command and control"; are safety agencies included; are Ministry of Justice and Ministry of Foreign Affairs included; are public affairs an element of discussions/decisions; is there a process to resolve disagreements; and how is technical connectivity with participants ensured?

Cap IX.pmd 205 16/09/2016, 12:25

III. Conclusion

Collaboration frameworks best position a government to share information, reduce uncertainty, enhance communication, and align efforts. Over the past decade, the emergence of whole-of-government frameworks represents a pioneering and strategically invaluable capability. These processes harness the collective strength of multiple agencies, and potentially, nations.

Over the past 50 years, national-level discussions have moved from ad hoc and informal to structured whole-of-government coordination that formally aligns civil and military agencies. In any documented process, a key inquiry is whether the framework supports cooperation, trust, and timely decision-making.

A new phase is beginning to surface: arrangements to support cooperation and information sharing between whole-of-government processes/frameworks. Though robust collaboration presently exists between some countries in diplomatic, investigative, and military venues, there is not widespread use of frameworks to share information between whole-of-government processes. In part, this new capability recognizes that the benefits of unity-of-effort constructs are no longer solely within a nation's borders. In 2015, at the United Nations General Assembly, US President Obama "urged a whole-government approach to international dilemmas."[21] This emergent area warrants further attention, focus, and development to support timely information sharing and response decisions. Yet another phase of collaboration, not yet fully developed, also warrants focus and attention going forward: inclusion of the private sector in whole-of-government processes as well as frameworks that address the entirety of maritime challenges: safety events as well as security threats. Further, as whole-of-government maritime response frameworks continue to develop, addressing requirements, measures of effectiveness, and a common lexicon and data sharing standards will become prominent focus areas.

Institutionalizing collaboration is more than just a maritime challenge: it is a governance challenge. An enduring lesson is that trust, leadership, and the existence of documented processes are critical enablers to effective national-level, bi-national, and multi-national cooperation.

---

21) President urges whole-of-government approach to U.N., September 29, 2015, Simons Center, available at:
http://thesimonscenter.org/whole-of-gov-approach-to-un/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+ADSCPublications+%28Col.+Arthur+D.+Simons+Center+%C2%BB+Updates%29

Cap IX.pmd 206 16/09/2016, 12:25

CHAPTER 10
Le droit de la mer face aux nouvelles technologies

Jean-Paul PANCRACIO
Professeur émérite de l'université de Poitiers

***Abstract**: This encounter between an ancient theme and some new challenges raises important questions about possible inadequacies and necessary adjustments. Four new technologies are considered, along with their environmental and human risks: the trend towards deep oil and gas drilling, including the Arctic Ocean finds; the issue of mining of the seabed; the prospect of underwater production of electricity from a nuclear source; submarine attack and underwater drone activity. The use of certain types of artificial islands must also be considered: such offshore installations must be «mounted, installed and removed». Could tiny uninhabited islands in an archipelago be qualified as artificial islands?*

In the current international law of the sea, what rules and principles preclude a more appropriate regulation? This deals with the full autonomy of a coastal state to grant licenses for activities on its continental shelf; the too general and too narrowly economic conception of the sovereign rights of the coastal State; and a high seas, international space largely devoid of governance. What would be, therefore, the scope of the development of the law of the sea? Without modification of UNCLOS, it is possible to develop protected marine areas, to request states to comply with the standards identified by the ISA (International Seabed Authority) and mining codes for mining continental shelves. If a significant amendment to UNCLOS is possible, extension and adaptation of the concept of common heritage of mankind should be considered, as well as a further institutionalization of ocean governance.

Cap X.pmd 207 16/09/2016, 12:31

Résumé *: Ce thème ancien interroge les éventuelles insuffisances et adaptations nécessaires devant les nouveaux enjeux. Quatre technologies nouvelles sont envisagées comme porteuses de risques environnementaux et humains : la tendance vers des forages pétroliers et gaziers profonds, notamment sur les fonds de l'océan Arctique, la question de l'exploitation minière des fonds marins, la perspective d'une production sous-marine d'électricité à partir d'une source nucléaire, l'activité des sous-marins d'attaque et des drones sous-marins. L'utilisation de certaines formes d'îles artificielles doit aussi être envisagée : de telles installations en haute mer doivent être « montées, mises en place et enlevées ». De minuscules îlots dans un archipel inhabité peuvent-ils être qualifiés d'îles artificielles, même en cas de remblaiement intense ?*

Dans le droit international de la mer actuel, quels principes et règles font obstacle à une réglementation mieux adaptée ? Il s'agit de l'autonomie totale de l'État côtier sur l'octroi des licences d'exploitation sur son plateau continental, de la conception trop générale et trop étroitement économique des droits souverains de l'État côtier, d'une haute mer, espace international largement dépourvu de gouvernance. Quels pourraient être dès lors le champ et les modalités d'évolution du droit de la mer ? Sans modification de la CNUDM, il est possible de développer les aires marines protégées, de demander aux États de s'inspirer des standards dégagés par l'AIFM et ses codes miniers en vue d'une exploitation minière des plateaux continentaux. Si un amendement profond de la CNUDM s'avérait possible, il faudrait alors envisager l'extension et l'adaptation de la notion de patrimoine commun de l'humanité, ainsi qu'une institutionnalisation plus poussée de la gouvernance des océans.

Cap X.pmd 208 16/09/2016, 12:31

INTRODUCTION

À dire vrai, ce n'est pas un sujet nouveau que celui du droit confronté à l'évolution des sciences et de la technologie, quand elles ouvrent l'accès à de nouveaux espaces, de nouvelles ressources, de nouvelles activités.

Mais poser la problématique du droit de la mer confronté à ces évolutions technologiques, c'est poser la question de ses insuffisances éventuelles et des adaptations qui pourraient lui être apportées pour s'armer face aux défis qu'elles engendrent.

Bien des technologies actuellement en cours de développement sont porteuses d'effets positifs pour les océans et les activités humaines qui s'y développent. Tel est le cas, par exemple, du savoir-faire acquis en matière de pose de câbles sous-marins à fibre optique ; de la technologie des éoliennes offshore même si leurs dimensions et leur positionnement font parfois débat ; du développement de drones sous-marins utilisables pour le déminage. De même il n'est pas inutile d'indiquer le rôle que jouent les satellites pour lutter contre la pêche illicite dans les zones économiques exclusives éloignées des territoires métropolitains.

Par conséquent, loin de s'inscrire dans une orientation hostile aux technologies marines, cette contribution s'attachera à certaines capacités technologiques nouvelles qui paraissent porteuses de risques pour les océans et pour l'homme, dans une relation à un droit de la mer qui manifeste à leur égard certaines lacunes (I). Le colloque et les travaux qui y sont présentés ayant une orientation prospective en vue d'une mer plus humaine, il s'agira ensuite de proposer ce que pourraient être les bonnes parades pour le droit de la mer, en inscrivant la réflexion dans la perspective d'une gouvernance internationale des océans (II).

I. Les capacités technologiques nouvelles et leurs risques associés

Nous envisagerons ici cinq technologies qui paraissent porteuses de risques environnementaux et humains en l'état actuel : la tendance vers des forages pétroliers et gaziers profonds et très profonds ainsi que sur les fonds de l'océan Arctique (1), la question, envisagée ici de manière globale, de l'exploitation minière des fonds marins (2), la perspective d'une production sous-marine d'électricité à partir d'une source nucléaire (3), l'activité des sous-marins d'attaque (4). Enfin, la question que pose aujourd'hui et pour l'avenir l'utilisation de certaines formes d'îles artificielles (5).

Cap X.pmd 209 16/09/2016, 12:31

1. La tendance vers des forages pétroliers et gaziers profonds et très profonds ainsi qu'en océan Arctique

Un très récent rapport émis par l'OCDE (septembre 2015) indique que 20 % des réserves mondiales de pétrole et 45 % des réserves de gaz naturel sont localisées offshore. Non seulement il n'y a plus aujourd'hui de découverte de nouveaux gisements qui ne soient pas en mer, mais en outre ces découvertes ne concernent plus que des gisements profonds ou ultra-profond (*deep* ou *ultra-deep*).

La production journalière de pétrole offshore en 2014 s'est élevée à 21,5 millions de barils, soit 25 % de la production mondiale totale et celle de gaz naturel offshore a atteint le même pourcentage[1].

Le rapport de l'OCDE ajoute : « à moyen terme, les combustibles fossiles devraient continuer à dominer l'approvisionnement en énergie. Par conséquent, l'offshore devrait être le principal bénéficiaire de la demande soutenue pour les combustibles fossiles[2]. » De son côté, l'Agence internationale de l'énergie indique que l'offshore devrait représenter plus de 30 % de la production mondiale de pétrole en 2030, avec une croissance attendue de 50 % de la production en eau profonde[3]. Les principaux bassins en développement se situent actuellement en Afrique orientale (Mozambique et Tanzanie). Quant aux plus prometteurs pour l'avenir, ils sont au large du Brésil et de l'Afrique de l'Ouest, dans le golfe du Mexique, au large de l'Australie ainsi qu'en Arctique.

Certes, la technique des forages pétroliers et gaziers dans la croûte terrestre sous-marine est relativement bien maîtrisée aujourd'hui. Pour autant, il est à craindre qu'à des profondeurs de colonne d'eau de - 2 500, voire - 3 000 mètres, les sources et conséquences d'accidents qui demeurent toujours possibles, notamment dans le contexte d'une explosion comme ce fut le cas de la plateforme *Deepwater Horizon*[4] dans le golfe du Mexique le 22 avril 2010, soient très difficiles à enrayer.

Une telle perspective est encore plus redoutable en milieu polaire, spécialement quand les forages et éventuellement une exploitation se font sous la banquise. Les prospections engagées laissent supposer qu'en matière de ressources énergétiques, le sous-sol de l'océan Arctique contiendrait plus de 13 % du pétrole et 30 % des réserves de gaz naturel à découvrir dans le monde[5], ce qui en fait évidemment une

---

1) Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques, OCDE, (2015), *Working Party on Shipbuilding, Shipbuilding and the Offshore Industry*, 8.

2) Ibid. 9.

3) Nouveaux Scénarios, 9.

4) Plate-forme pétrolière exploitée par la compagnie BP (British Petroleum) et propriété de la société Transocean, leader mondial dans le secteur du forage pétrolier.

5) Peter Johnston, (2012), «Arctic Energy Resources: Security and Environmental Implications», *Journal*

Cap X.pmd 210 16/09/2016, 12:31

zone particulièrement attractive de par ces riches potentialités. Mais nous sommes là dans un milieu naturel à la fois fragile et hostile, avec cette particularité que, sous la banquise, la glace prend en sandwich le pétrole qui s'est répandu dans la mer, l'enferme et le transporte avec elle au long de sa dérive au moment de la débâcle.

Les forages offshore en milieu arctique ont récemment concerné deux sites. Les forages entrepris par Shell au large de l'Alaska sur licence des États-Unis, qui sont aujourd'hui arrêtés, et les forages entrepris par Gazprom en mer de Barents sur licence de la fédération de Russie. Ces derniers ont donné lieu à un litige entre les Pays-Bas, la Russie et l'ONG Greenpeace à la suite de l'arraisonnement du navire de cette organisation et de l'incarcération de son équipage par les autorités russes. Une sentence de la Cour Permanente d'arbitrage toute récente, en date du 24 août 2015, a condamné la Russie à indemniser les Pays-Bas et indirectement Greenpeace.

Il n'y a rien à l'heure actuelle, sur un plan juridique général, qui fixe une profondeur maximale de forage et d'exploitation, quand bien même serait-elle évolutive pour prendre en compte les progrès des techniques. Si des limites sont spécifiées, ce n'est que dans les licences délivrées par les États aux opérateurs qui interviennent sur leur plateau continental.

2. La problématique générale de l'exploitation minière des fonds marins

L'exploitation minière des fonds marins ne concerne pour l'instant que les fonds relevant des plateaux continentaux d'États côtiers. Mais à plus long terme, elle pourra concerner aussi ceux des grands fonds relevant de la Zone, placés sous le contrôle de l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM). De plus, même à l'heure actuelle, les plateaux continentaux juridiques peuvent inclure des grands fonds.

Si l'on exclut le cas particulier de l'hydrogène naturel qui pourrait un jour être capté sur les fonds marins, il existe trois types de sites d'exploitation possible qui diffèrent par leur nature et leurs richesses minérales, mais qui présentent aussi des différences en termes d'accessibilité et de perspectives d'exploitation :

1) les sites de nodules polymétalliques. Ils sont désormais bien identifiés. Ils se situent en dessous de 4 200 m - 4 400 m de profondeur, le processus de sédimentation se ralentit considérablement : c'est ce qui permet aux nodules de rester en surface ; positionnés dans les grandes plaines abyssales, ils seront certainement exploités en dernier, d'autant que les minéraux qui les composent ne sont pas encore à l'état de pénurie proche sur les continents.

---

of Strategic Security, vol. 5, III, 14. Réserves ainsi estimées à 90 milliards de barils de pétrole.

Cap X.pmd 211 16/09/2016, 12:31

2) Les encroûtements cobaltifères. Ce sont des concrétions rocheuses massives qui se sont formées par une lente accumulation au cours de millions d'années. Elles ont une épaisseur moyenne de 25 cm avec une haute teneur en cobalt, beaucoup plus importante que celle que l'on trouve sur les sites terrestres, soit 1,7 % en moyenne contre 0,1 %, outre deux principaux minéraux associés : le platine et le manganèse. Ces gisements se situent en bordure des plateaux continentaux géographiques, entre - 800 m et - 1 500 m de profondeur. Leur mode d'exploitation, tel qu'il est actuellement envisagé, sera le broyage, ce qui provoquera la dispersion de très grandes quantités de particules alors même que ce type de site est très riche en biodiversité. Le site le plus important pour l'ensemble de l'océan mondial se trouve dans l'archipel des Tuamotu (Polynésie française).

3) Les sources hydrothermales de sulfures. Ces sites se situent au voisinage des dorsales, sur des points de fragilité et de moindre épaisseur de la croûte terrestre, à des profondeurs qui varient entre - 500 et - 4 000 m. La température de l'eau en sortie est de 350º. Quelques mètres plus loin, elle descend à une température de 2º, ce qui provoque un phénomène chimique de précipitation qui recristallise les minéraux qu'elle a transportés… et ce sont là toutes les richesses minérales présentes sur la planète qui jaillissent ainsi : or, argent, fer, nickel, etc.

Au demeurant, l'exploitation de ces différents sites ne serait pas sans dommages substantiels pour le milieu marin et sur des échelles de distance assez considérables : on estime en effet que l'exploitation d'un site de « fumeurs » éteints aurait un impact sur 3 millions de km^2 de fonds. Car il y a des courants dans les grands fonds, très lents (1 km/h), mais ils existent. Ils participent de ce que les géographes et océanologues appellent le tapis roulant océanique.

En outre, la plus grande biomasse présente sur la planète serait précisément située dans les grands fonds marins sédimentaires. Là, sur des centaines de mètres d'épaisseur, se trouveraient à foison des micro-organismes vivants constituant une biomasse considérable. Il convient en outre de rappeler que le taux de sédimentation sous-marine est extrêmement faible : 10 cm en 1 000 ans ! C'est là que se trouve un patrimoine génétique formidable, dans les bactéries, avec la perspective d'utilisations multiples au profit de l'humanité.

3. La production sous-marine d'électricité nucléaire

Le groupe DCNS développe depuis 2011 un projet de mini-centrale nucléaire sous-marine et transportable, appelée *Flexblue*. Elle peut être installée à une profondeur maximale de 100 m et serait plus spécialement conçue pour des territoires isolés comme certaines îles d'États archipels. En 2015, DCNS a ainsi conclu un accord avec l'Indonésie en vue de lancer une étude de faisabilité pour cet État archipel qui comprend 17 508 îles réparties sur des milliers de km d'océan[6].

Cap X.pmd 212 16/09/2016, 12:31

La technologie en elle-même est donc assez avancée. D'ailleurs, quand on sait placer un réacteur nucléaire dans la coque d'un porte-avion, une prouesse technique en termes de refroidissement, on peut supposer qu'il n'y a pas un saut qualitatif trop considérable à opérer pour en placer, avec une câblerie adaptée, sur des fonds marins peu profonds.

Mais, sans manquer de respect au groupe DCNS, un fleuron de la recherche et de l'industrie navale française, on en perçoit également les dangers pour le milieu marin et la sécurité du littoral en cas de fuite d'un de ces réacteurs, avec aussi un risque terroriste, nécessitant des zones d'interdiction à la navigation et à la pêche en surface de la colonne d'eau.

4. Les sous-marins d'attaque et les drones sous-marins

Dans la mesure où les sous-marins d'attaque ont une mission fondamentale de renseignement, cela les conduit à se positionner clandestinement - c'est-à-dire en immersion continue - dans les eaux territoriales de certains États côtiers. Un tel positionnement est alors en contradiction avec la règle du droit international de la mer selon laquelle un sous-marin étranger qui entend transiter par une mer territoriale - et il ne s'agit que d'un transit, non d'un positionnement statique - doit s'identifier en faisant surface et effectuer ainsi, l'intégralité de son transit.

L'activité d'acquisition de renseignement n'est pas interdite en soi par le droit international public. Elle l'est uniquement dans certaines de ses modalités et tout spécialement celle qui consisterait pour un sous-marin à venir séjourner durablement en immersion dans une mer territoriale étrangère ou sur le fond de celle-ci pour s'y livrer à une activité d'écoute.

Cela étant, la technologie des balises immersibles et des câbles sous-marins destinés à l'identification d'une présence de sous-marins près des côtes fait de son côté des progrès et commence à être opérationnelle. Très efficace pour identifier la signature d'un sous-marin, ce type de balise est déjà à l'heure actuelle utilisé par les États-Unis et la Chine.

5. Les îles artificielles

En ce domaine, les projets les plus fous ont surgi au cours des dernières années. Mais il y a île artificielle et… île artificielle.

Il ne s'agit pas ici de traiter des îles artificielles qui sont connues et reconnues de

---

6) Nicolas Mazzucchi, « Les enjeux de l'énergie à l'horizon 2030 », *Diplomatie*, n° 28, août-septembre 2015, p. 36. 6 000 îles sont habitées.

Cap X.pmd 213 16/09/2016, 12:31

longue date par le droit international de la mer et dont la fonction est de servir à des forages et à une exploitation du plateau continental, voire à servir de port d'appoint à proximité d'un port littoral engorgé. On sait qu'elles ne peuvent servir de point de base à une ligne de base droite en vue d'étendre vers le large les limites de la mer territoriale de l'État côtier, contrairement aux îles côtières naturelles visées par l'article 121 de la convention de Montego Bay lorsqu'elles sont incluses dans la limite des 12 milles marins de la mer territoriale continentale. Il s'agit des structures que vise la convention de Montego Bay en son article 11 « Les installations situées au large des côtes et les îles artificielles ne sont pas considérées comme des installations portuaires permanentes ».

Pour les autres îles artificielles, quelle qu'en soit l'affectation, susceptibles d'être positionnées au-delà de la mer territoriale d'un État côtier, comme en haute mer par exemple, l'article 147 de la convention prescrit que « ces installations n'ont pas le statut d'îles. Elles n'ont pas de mer territoriale qui leur soit propre et leur présence n'a pas d'incidence sur la délimitation de la mer territoriale, de la zone économique exclusive et du plateau continental ». Il en est de même des îles artificielles situées dans une zone économique exclusive (article 60 § 8). Certes, ces dispositions font explicitement référence aux îles artificielles vouées à l'exploitation de la zone économique exclusive, du plateau continental juridique ou, en haute mer, de la Zone (les fonds marins internationaux extérieurs à ceux des plateaux continentaux des États côtiers). Mais elles peuvent aisément et logiquement être étendues à toute île artificielle qui n'est pas directement en contact avec des installations portuaires existantes dont elles permettent le prolongement.

Au-delà de ces considérations, toute île artificielle installée au large doit avoir un caractère non permanent au sens de l'article 11, ce que confirme l'article 147 § 2 a) qui traite de la façon dont de telles installations doivent être « montées, mises en place et enlevées ». Une installation qui serait permanente deviendrait une occupation et une prise de possession d'une partie de la haute mer, ce qu'interdit le statut d'espace international de cette dernière, échappant par définition à toute appropriation par un État et a fortiori des personnes privées, dans la logique de l'article 89 de la convention.

Dès lors, on doit considérer a priori toute intention d'implanter, dans la permanence, une île artificielle en haute mer à des fins autres qu'une exploitation (sous licence) des fonds marins, comme étant illicite au sens du droit international.

De même, et dans une vision prospective du droit international, pourrait-on se poser la question de savoir si une artificialisation substantielle d'un minuscule îlot situé dans un archipel inhabité, et en dehors des limites de la mer territoriale continentale, ne pourrait pas permettre de le requalifier juridiquement en île artificielle, dépourvue de ce fait de toute zone maritime propre. C'est le cas que soulève à l'heure actuelle la transformation par la Chine de sept îlots de l'archipel des Spratleys en bases aéronavales et tout spécialement l'îlot *Subi Reef*, sur lequel la Chine se livre à des opérations massives de remblai afin de le rendre artificiellement opérationnel à des

Cap X.pmd 214 16/09/2016, 12:31

fins militaires, sans plus d'égard aux atteintes portées au milieu marin. Ce faisant, la Chine a plus que centuplé la surface utile de l'îlot naturel originel. N'est-il pas de ce fait devenu une île artificielle à caractère permanent ? Si oui, et indépendamment du litige existant entre plusieurs États de la région quant à la souveraineté sur l'archipel, la Chine devrait voir rejeter toute prétention à une mer territoriale autour de ce qui est désormais un ancien îlot devenu installation artificielle.

II. Quelles parades pour le droit de la mer ?

Par rapport à ces technologies, aux activités et aux risques qu'elles génèrent, il faut se demander en premier lieu quels sont, dans le droit international de la mer actuel, les règles et principes qui font obstacle à une régulation mieux adaptée (1). Mais il faut aussi dépasser ce stade d'analyse et envisager une gouvernance des océans qui serait au niveau des défis à relever dans un contexte global de mondialisation, d'interdépendance des États, de changement climatique et de mise en danger du milieu marin et de sa biodiversité (2).

1. Les obstacles à une bonne gouvernance des mers au regard des technologies exposées et des activités qu'elles génèrent

a- L'autonomie totale de l'État côtier sur l'octroi des licences d'exploitation sur son plateau continental

En réalité, il n'y a dans la convention de Montego Bay, aucun frein à la capacité juridique qu'a l'État d'exploiter comme il l'entend le sol et le sous-sol de son plateau continental. L'article 81 de la convention nous le confirme : « *L'État côtier a le droit exclusif d'autoriser et de réglementer les forages sur le plateau continental, quelles qu'en soient les fins* ».

Au-delà de sa mer territoriale jusqu'à 370 km au large (200 milles marins), l'État peut donc délivrer des licences d'exploitation minière en appréciant souverainement les contraintes et conditions environnementales qu'il doit inscrire au cahier des charges de la concession.

Et dans ce contexte, la possibilité qu'ont les États côtiers de demander des extensions de leur plateau continental projette encore plus vers le grand large sous-marin ces droits souverains. Il est regrettable que la convention de Montego Bay ait permis cette dissociation de statut entre les fonds marins du plateau continental étendu qui relèveront ainsi de la juridiction d'un État côtier et les eaux surjacentes qui relèvent d'un espace international, celui de la haute mer.

Cap X.pmd 215 16/09/2016, 12:31

b- Une conception trop générale et trop étroitement économique des droits souverains de l'État côtier

À l'inverse d'un fort dispositif normatif prévu en ce qui concerne la gestion et l'exploitation des ressources biologiques, pour ce qui est des activités d'exploitation de ressources naturelles non biologiques, tout est laissé, si l'on peut dire, à l'entière discrétion de l'État côtier. Il a une seule contrainte véritable en la matière : l'obligation de laisser passer les câbles téléphoniques et les conduites sous-marines, puisqu'il s'agit là d'une des libertés de la haute mer, et que ces dispositifs puissent atteindre leurs littoraux de destination.

La partie XII de la convention relative à la protection et la préservation du milieu marin, en l'article 194-3, instaure cependant une fonction générale de prévention et même de précaution à la charge de l'État côtier. Elle prescrit en effet que celui-ci doit prendre toute mesure « *tendant à limiter autant que possible […] c) la pollution provenant des installations ou engins utilisés pour l'exploration ou l'exploitation des ressources naturelles des fonds marins et de leur sous-sol* », notamment en réglementant tous les aspects de ces activités : conception, construction, équipement, exploitation des installations ou engins et composition du personnel qui y est affecté. De même, l'article 196 indique que les États côtiers doivent, au regard de cette obligation, accorder une attention particulière aux techniques nouvelles. C'est très bien, mais cette seule définition d'une fonction universelle que les États ont l'obligation d'assumer devrait désormais, à l'heure des forages profonds et très profonds, être assortie d'un dispositif plus précis.

c- Une haute mer largement dépourvue de toute gouvernance

En surface, pour préserver la liberté qui en est la caractéristique majeure, mais aussi pour adapter le droit de la mer à la multiplication des acteurs maritimes, il nous faudra probablement accepter une liberté mieux régulée, moins anarchique qu'elle ne l'est actuellement.

Une gouvernance de l'espace océanique majeur qu'est la haute mer (60 % de la superficie des océans), répondant aux défis auxquels déjà l'humanité doit faire face, ne saurait se limiter à y gérer la concurrence des souverainetés et à la mise en place de coopérations thématiques cloisonnées. Un nouveau cap institutionnel devra à coup sûr être franchi.

2. Le champ d'évolution du droit de la mer

En ce domaine, on peut envisager deux catégories de propositions. Tout d'abord celles qui ne nécessiteraient pas des modifications de la convention de Montego Bay. Ce sont en même temps les plus facilement accessibles et applicables dans un futur proche. Ensuite, pour un temps plus incertain, celles qui impliqueraient une refonte partielle et des ajouts à la Convention, sachant toutefois que les modifications

Cap X.pmd 216 16/09/2016, 12:31

en question pourraient ne pas emprunter la voie de la procédure d'amendement prévue par la partie XVII de la convention, mais celle d'accords additionnels annexés à l'instar de l'accord du 28 juillet 1994 « relatif à la mise en œuvre de la partie XI » de la Convention, ayant trait à la Zone et qui fut annexé à celle-ci[7].

- **Sans modification de la convention de Montego Bay**

Développer les aires marines protégées dans toutes les zones maritimes, y compris en haute mer

À l'heure actuelle, les plus vastes projets d'aires marines protégées dans le monde sont ceux portés par la CCAMLR[8] dans l'espace maritime antarctique, mais aussi par plusieurs États dans des zones placées sous leur juridiction, par exemple : l'Australie, la France en Nouvelle-Calédonie (AMP de la mer de Corail, 1,3 million de km^2) et en Polynésie (AMP des Marquises prévue pour 2016), les États-Unis (1,3 million de km^2 dans le Pacifique), le Chili autour de l'île de Pâques.

En 2014, à Sydney, le Congrès international des parcs marins, placé sous l'égide de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), s'est fixé un objectif très ambitieux : celui de parvenir à 30 % des habitats marins placés en zones protégées à l'échéance de 2020. Résolution programmatoire, certes, mais qui souligne une urgence au regard de l'état actuel des espaces marins.

Dans la réalité, les choses ne vont peut-être pas vite mais elles avancent et s'accélèrent, notamment pour ce qui est de la haute mer. Un registre mondial des zones de haute mer à protéger en priorité a été créé dans le cadre de la Conférence des États parties à la convention sur la biodiversité : 47 zones ont ainsi été identifiées, réparties entre 8 grandes régions dans le monde.

Inciter les États à s'inspirer des standards énoncés par l'Autorité Internationale des fonds marins (AIFM) pour réglementer les projets d'exploitation sur leur plateau continental

L'AIFM fait un travail remarquable dans son œuvre normative en vue de l'exploration et de l'exploitation des grands fonds marins internationaux. C'est un véritable cadre d'ensemble qu'elle s'est proposé de mettre sur pied sur la base des standards qu'elle a progressivement permis de dégager au fil de presque 20 ans d'activité opérationnelle et qui tendent à une protection effective du milieu marin et de sa biodiversité.

---

7) Il a pris la forme d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, sous le n° 48/263.

8) Prononcer « camelar », Commission pour la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique.

Cap X.pmd 217 16/09/2016, 12:31

Les futures licences d'exploration et d'exploitation devraient ainsi comprendre de substantiels paquets d'informations sur les sites visés, sur le financement du concessionnaire, sur la nature du rôle, des garanties et du contrôle à exercer par l'État certificateur, sur les sanctions éventuelles à infliger au concessionnaire en cas de manquement, etc.

S'agissant des plateaux continentaux des États côtiers, cela devient un impératif assez urgent puisque les premières exploitations minières sous-marines s'apprêtent à être lancées. Ce n'est pas seulement le cas en Papouasie-Nouvelle-Guinée où les perspectives en ce domaine sont très avancées, mais également sur les plateaux continentaux de la Chine : celle-ci vient de lancer en octobre 2015 un navire d'extraction minière en eau profonde, capable d'opérer jusqu'à 1 600 mètres de profondeur et d'embarquer des bulldozers de 400 tonnes[9]. Il n'y a pas plus claire manifestation d'intention d'une volonté de commencer à exploiter - et à détruire - des fonds marins.

La possibilité d'un moratoire sur l'exploitation minière des plateaux continentaux

Compte tenu de ce qui a été évoqué en première partie et du fait que beaucoup de sites potentiels d'extraction minière se trouvent sur les plateaux continentaux ordinaires ou étendus des États côtiers, il serait d'un esprit de précaution bien compris de surseoir au plan universel à toute campagne d'extraction.

Pour cela, il est possible d'envisager un protocole additionnel à la convention de Montego Bay, à l'instar de ce qui a été fait avec le protocole de Madrid du 4 octobre 1991 portant moratoire de la convention de Wellington du 2 juin 1988 sur les ressources naturelles minérales de l'Antarctique[10]. Encore faudra-t-il trouver une volonté politique universelle de le faire.

A- Avec un amendement de la CNUDM

L'extension et l'adaptation de la notion de patrimoine commun de l'humanité à la haute mer

Ce serait nous semble-t-il une bonne chose d'unifier le statut des fonds de la haute mer compris comme patrimoine commun de l'humanité, celui de la colonne d'eau et

9) Lancement effectué aux chantiers navals de Fujian Mawei.

10) Article 4 du protocole « Relations avec les autres composantes du système du Traité sur l'Antarctique : 1. Le présent Protocole complète le Traité sur l'Antarctique ; il ne modifie ni n'amende ce Traité. 2. Aucune des dispositions du présent Protocole ne porte atteinte aux droits et obligations qui résultent pour les Parties audit Protocole d'autres instruments internationaux en vigueur dans le cadre du système du Traité sur l'Antarctique ».

Cap X.pmd 218 16/09/2016, 12:31

de sa surface. Il ne s'agit pas de lancer de façon incantatoire une énième déclaration selon laquelle la mer est un « bien commun »[11]. Cette formule, vide de sens sur le plan juridique, n'a jamais été productive en ce domaine. Il serait probablement plus positif et efficace de travailler sur la notion de patrimoine commun de l'humanité, déjà reconnue et pratiquée par le droit international. Elle paraît suffisamment souple pour pouvoir être adaptée à un espace marin comme la haute mer, qui serait ainsi placé dans son intégralité sous un même statut juridique. Cela n'empêcherait pas que dans ce cadre, des régimes juridiques nuancés soient pratiqués pour la surface, la colonne d'eau et les fonds, ne serait-ce que pour garantir la pérennité des libertés de la haute mer.

En sa qualité d'espace international et au regard des défis que pose désormais sa gouvernance, la haute mer, et non plus seulement la zone, doit être gérée dans une optique d'intérêt commun de l'humanité et celui des générations futures. Rien en effet n'interdit de penser que la notion de patrimoine commun de l'humanité ne soit pas modulable et adaptable à la haute mer[12]. L'application actuelle du statut des grands fonds marins par l'AIFM montre qu'il est possible de faire une application dynamique de ce statut, notamment dans une optique environnementale.

Une institutionnalisation de la gouvernance de la haute mer et de l'océan mondial

Il existe déjà en ce domaine des institutions de gouvernance internationale comme l'AIFM et la Commission des limites du plateau continental (CLPC), toutes deux émanations de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Certaines organisations non gouvernementales se sont inscrites délibérément dans le système onusien. Elles ont proposé en ce domaine que l'on crée un vice-secrétariat général de l'ONU pour les océans et que l'on procède dans le même temps à un dédoublement fonctionnel de l'Assemblée générale en instituant une Assemblée générale bis dédiée à la Mer. Mais de telles propositions laissent entière la question du pouvoir normatif indispensable qu'il conviendrait d'exercer envers les États et elles supposent que soit engagée une procédure de révision de la Charte des Nations Unies, objectif très improbable tant la procédure en est lourde. Enfin, comme cela impacterait nécessairement la convention de Montego Bay, il conviendrait que la Conférence des États parties en soit d'accord et y soit associée, avec éventuellement la perspective d'une mise en œuvre de la procédure d'amendement prévue par la partie XVII de la Convention (art. 312 à 316) puisque cette dernière ne se révise pas mais s'amende.

---

11) Voir par exemple l'« Appel de Paris pour la haute mer », avril 2013, pétition d'experts proposant « une gouvernance internationale partagée, transparente, démocratique » de la haute mer. Site *lahautemer.org*

12) Partie XI de la convention de Montego Bay, modifiée par l'accord du 28 juillet 1994. Article 136 : « la Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité ».

Cap X.pmd 219 16/09/2016, 12:31

On pourra nous dire cependant qu'existe l'Organisation maritime internationale (OMI). Mais elle traite essentiellement des questions relatives au transport maritime, le *shipping,* même si le champ des questions que cela l'amène à traiter, y compris d'un point de vue environnemental, est assez large. De même qu'il existe une Division des affaires maritimes et du droit de la mer au sein du Secrétariat général des Nations Unies ainsi que des commissions régionales des pêches (ORD)[13].

Il n'est pas de notre propos de négliger l'intérêt de ce qui est en place. Il n'en reste pas moins que la gouvernance internationale des océans est actuellement caractérisée par sa faiblesse, ses cloisonnements thématiques et une place essentielle faite aux coopérations volontaires. Et cela ne suffit plus.

Mais quel pourrait être le modèle d'institution à créer ? Un exemple peut servir de référence utile : celui de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), tant par sa structure interne que par les puissants moyens normatifs qu'elle détient. L'Organisation à créer pourrait ainsi disposer d'une compétence globale pour s'intéresser à tout sujet touchant à la gouvernance des océans, mais n'aurait de compétences normatives et opérationnelles directes, sur tous sujets, qu'en haute mer et sur les fonds marins internationaux. Elle aurait la capacité d'émettre également des « pratiques recommandées » dans les domaines insuffisamment stabilisés sur le plan normatif pour générer des standards, recommandation qu'elle pourrait étendre aux zones maritimes sous emprise des États ainsi qu'aux littoraux.

Ces processus normatifs ne seraient cependant pas sans garanties pour les États comme cela existe au sein de l'OACI où un standard ne devient obligatoire pour tous les États membres qu'après avoir été adopté à la majorité des 2/3 du conseil puis validé par une délibération de l'assemblée plénière, à la majorité. En outre, ces standards ne produisent pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne des États. Ils doivent donc être repris par la législation interne de ces derniers. Enfin, pour ne pas créer de doublons, l'organisation pourrait intégrer en son sein, en garantissant leur pérennité, les deux institutions que sont l'AIFM et la CLPC

Conclusion

En toute hypothèse, il paraît de bonne probabilité que les États aient dans un avenir assez proche à accepter, concevoir et mettre en œuvre des adaptations assez substantielles du droit de la mer tel qu'il se présente aujourd'hui. Il n'y aura là rien de facile, mais viendra un jour où nécessité fera loi.

---

13) En Méditerranée par exemple, la Commission générale des pêches a pris deux décisions importantes : 1) la protection de plusieurs monts sous-marins ; 2) l'interdiction du chalutage à plus de 1 000 m de profondeur.

Cap X.pmd 220 16/09/2016, 12:31

CHAPTER 11
Combating piracy - Legal and technical solutions

Caroline REUKER
Research Associate, Assessor iuris 5

Résumé *: Environ 71 % de la surface de la Terre est recouverte d'eau. C'est la raison pour laquelle nous l'appelons la « Planète Bleue ». Compte tenu de cela, il n'est pas surprenant que les océans jouent un rôle important pour la vie sur Terre, non seulement comme source de nourriture, mais aussi en raison de leur grande importance concernant le commerce mondial. En période de globalisation, le transport maritime est devenu de plus en plus essentiel, en particulier en ce qui concerne l'approvisionnement de la population en produits vitaux. Ceci est confirmé par le fait que 90 % du commerce mondial sont transportés par mer. Cependant, le transport sans friction est menacé par un certain nombre de risques qui trouvent leur origine dans l'espace maritime, comme par exemple les évènements de mer, le terrorisme maritime ou la piraterie sur laquelle cette contribution se focalise. Elle considère ainsi les dommages potentiellement graves résultant des actes de piraterie, phénomène menaçant les enjeux économiques et écologiques en présence et pouvant porter atteinte à la vie et à l'intégrité physique des individus en mer. Bien que la piraterie soit aussi vieille que les marins eux-mêmes, ce phénomène se transforme continuellement. La piraterie moderne ne peut plus être assimilée à la piraterie romantique du passé. Les attaques sont plus brutales et leurs effets sur la sécurité maritime semblent plus importants.*

Cap XI.pmd 221 16/09/2016, 12:33

Abstract: *About 71% of the Earth's surface is covered by water.[1] That is why we call it the «Blue Planet». Taking this into account, it is not surprising that the oceans play a significant role for life on Earth, not only as a major source of food, but also because of its great importance for global trade.[2] In times of globalization, sea transport has become more and more essential, especially with respect to the supply of vital goods. This is further confirmed by the fact that 90% of the world's trade is carried by sea.[3] However, this mode of transport is threatened by a number of risks which have their origin in the maritime context, e.g. ship accidents, maritime terrorism and piracy.[4] Since it has the potential for causing serious damage, not only in economical and ecological terms, but also referring to people's lives and physical safety, this contribution will focus on the latter of the aforementioned illegal activities at sea. Although piracy is as old as seafaring itself,[5] it is subject to continuous change. Modern piracy can no longer be equated with the romantic piracy of the past. The attacks are more brutal and its effects on the maritime security even greater.*

1) European Commission, Blue Growth: opportunities for marine an maritime sustainable growth, COM(2012) 494 final, at 2.

2) Apart from this, there are many other aspects which lead to the conclusion that life without oceans would be impossible.

3) Parameswaran B. (2004), The Liberalization of Maritime Transport Services With Special Reference to the WTO/GATS Framework, at 29.

4) According to Art. 101 of the United Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) piracy consists of any illegal acts of violence or detention or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship, any act of voluntary participation in the operation of a ship with knowledge of facts making it a pirate ship and any act of inciting or of intentionally facilitating such an act.

5) Schiedermair S. (2010), Piratenjagd im Golf von Aden, Archiv des öffentlichen Rechts, 135, 185-220, at 185.

Cap XI.pmd 222 16/09/2016, 12:33

I. Development of piracy

1. History of piracy

Maritime piracy has a long history. Evidenced by the Greek origin of the term "pirate" ("peira") piracy can be traced to antiquity.[6] In the 17th century, when piracy reached its climax and the interest of the great powers in a safe sea trade gradually became greater, governments took first measures to combat this problem.[7] From then on, pirates were outlawed and had to avoid state persecution.[8] This development and new technologies in the sea transport sector, especially the invention of steamships, led to a decrease of piracy.[9]

2. Current situation

After the temporary decline in maritime piracy, the Strait of Malacca became a feared piracy area in the 20th century, but close monitoring turned out to be a suitable solution to the problem, and so, the illegal actions of pirates were contained again. However, it is still a serious matter in other waters such as the Gulf of Ades,[10] which is one of the main routes for the transport of raw materials with approximately 16,000 ship movements per year.[11] This fact and several other circumstances – in particular weaknesses in the legal and governmental structures - promote piracy in this area. But it is also worht noting that no piracy attacks were reported in the first quarter of 2015, which can be attributed to the actions of the international naval forces[12] and the

6) Neuhold, H. (2012) "The Return of Piracy: Problems, Parallels, Paradoxes" in Hestermeyer H. P. et alii (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 1, 1239-1258, at 1240.

7) Schiedermair S. (2010), Piratenjagd im Golf von Aden, Archiv des öffentlichen Rechts, 135, 185-220, at 191.

8) Schmahl S. (2011), Die Bekämpfung der Seepiraterie im Spiegel des Völkerrechts, des Europarechts und der deutschen Rechtsordnung, Archiv des öffentlichen Rechts, 136, 44-94, at 48.

9) Kolb A. S./Neumann T./Salomon T. R. (2011), Die Entführung deutscher Seeschiffe: Flaggenrecht, Strafanwendungsrecht und diplomatischer Schutz, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 71, 191-246, at 193.

10) Although a sharp decline in piracy activities off the Horn of Africa was recorded in the first half of 2012, it is still regarded as a High Risk Area. Despite the current lack of success of the Somali pirates, it can be assumed that, due to the already achieved high ransom sums in the former years the pressure regarding piracy attacks will remain. Bundespolizei See (ed.) (2012), Pirateriebericht der Bundespolizei See: 2. Quartal 2012, at 7, 49.

11) Schmahl S. (2011), Die Bekämpfung der Seepiraterie im Spiegel des Völkerrechts, des Europarechts und der deutschen Rechtsordnung, Archiv des öffentlichen Rechts, 136, 44-94, at 50 et seq.

12) The Atalanta operation was decided in December 2008 as the first maritime military operation in the history of the EU, cf. Fischer-Lescano A./Tohidipur T. (2009), Rechtsrahmen der Maßnahmen gegen die Seepiraterie, Neue Juristische Wochenschrift, 1243-1246, at 1243. The naval mission is based on a mandate from the UN Security Council. The mandate authorizes the naval forces to combat piracy in

Cap XI.pmd 223 16/09/2016, 12:33

use of armed guards on merchant ships.[13]

Other areas which should be mentioned in relation to maritime piracy are the Gulf of Guinea and Southeast Asia.[14] The evidence in these areas shows that, even if effective actions are undertaken to combat piracy in one area, the issue will occur in other territories. In other words, the problem is simply shifted rather than resolved. Therefore, piracy is still a major challenge in the field of maritime security.

II. Piracy and its modified structures

Given the fact, that piracy causes immense economic damage,[15] there is a need to find a solution to this problem. In this context it is important to first understand the differences between modern and former pirates, because it can be assumed that the formerly-used methods of combating piracy will not have the same effects today. The reason is that the pirates have changed their practices fundamentally, not just in terms of better weapons and more brutal attacks, but also towards a more strategic approach. Traditionally, pirates have operated from small skiffs near the coast, waiting there for vessels to attack. Now they use big trawlers as motherships which are able to carry small and manoeuvrable speed boats. This allows them to attack ships far away from the coast. Furthermore, pirates rapidly adapt to current conditions and it even seems that they avail themselves of the technologies used against them. This leads us to the next topic.

III. Technologies to combat piracy, especially the automatic identification system (AIS)

In the fight against piracy, it is primarily important to know where the pirates are located. To achieve this, there are special tracking systems which can be used to identify their position. One of these systems is the automatic identification system, which was originally developed for navigation purposes.[16] The technology ensures a constant exchange of nautical vessel information (e.g. position, course, speed and

---

Somali territorial waters and on the high seas.

13) Bundespolizei See (ed.) (2015), Pirateriebericht der Bundespolizei See: 1. Quartal 2015, at 10.

14) Bundespolizei See (ed.) (2015), Pirateriebericht der Bundespolizei See: 1. Quartal 2015, at 9.

15) According to estimates of the International Chamber of Commerce, the worldwide ecological damage caused by maritime piracy amounts to more than 13 billion euros per year. Fischer-Lescano A./Tohidipur T. (2009), Rechtsrahmen der Maßnahmen gegen die Seepiraterie, Neue Juristische Wochenschrift, 1243-1246, at 1243.

16) Kinkartz W. (2005), AIS – Automatisches Schiffsidentifizierungssystem, Zwischen Weser und Ems, Issue 39, at 138 [http://www.wsd-nordwest.de/service/pdf/Zwischen__Weser_und_Ems_2005.pdf].

Cap XI.pmd 224 16/09/2016, 12:33

port of destination) between suitably equipped vessels as well as between vessels and shore stations.[17] Because AIS ensures the determination and presentation of vessel positions, it serves not only the on-board navigation, but also the land-based traffic monitoring so that the competent authorities of the coastal states are in a position to detect anomalies in maritime traffic and give appropriate warnings to the threatened ships.

1. Disadvantages of the automatic identification system

However, the transmitted vessel position data are essentially derived from GNSS-Data (Global Navigation Satellite System) and herein lies the problem, because the aforementioned technology is not insusceptible to interference.[18] If there is a loss of GNSS, it could cause dysfunctions in other systems such as the automatic identification system, or in the worst case, AIS could totally collapse.[19] In this event it would be difficult to locate the pirates, so they inevitably have a certain interest in jamming the GNSS. Another scenario could be that pirates feed the automatic identification system with false information which could lead to the same effect as jamming.[20] Thus, the vulnerability of tracking systems is a major problem in the field of maritime piracy. In the area of technologies to combat piracy, a further issue lies in the unreliability of exchanged data. In particular, the limited range of AIS-devices (20 to 30 nautical miles)[21] has negative impacts on reception of the information needed by the land-stations.[22] Outside of this range, vessel traffic surveillance requires a reliance on satellite-based monitoring systems. However, the data collected in this form are also found to be inaccurate, because too many signals are received at the same time. As a consequence they overlay and disturb each other.[23] With respect to a safe shipping, it is therefore crucial to remedy these problems, so the main question is how this aim can be achieved.

---

17) BT Drs. 16/7415, at 23 et seq.

18) Cf. Wright R.G./Baldauf M. (2015) Physical Characteristics of Virtual Aids to Navigation, in Weintrit A. (ed.), *Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, 61-68, at 63 et seq.

19) International Maritime Organization (ed.) (2006), Automatic Identification Systems, at 25.

20) Cf. Wright R.G./Baldauf M. (2015) Physical Characteristics of Virtual Aids to Navigation, in Weintrit A. (ed.), *Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, 61-68, at 63 et seq.

21) Paragraph 8 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS): IMO Resolution A.917(22) adopted on 29 November 2001.

22) BT-Drs. 16/7415, S. 23 f.

23) Cf. Marine Scotland (ed.) (2014), Mapping Vessel Movements from Satellite AIS, at 8.

Cap XI.pmd 225 16/09/2016, 12:33

2. Possible solutions

One solution could be the use of a long-range airborne AIS capturing system that would allow the comparison of the information recorded by AIS-satellites with air- and land-based collected data. The satellite data could thus be critically reviewed and verified. Such an approach would have the added value that, with the aid of satellite technology, it would be possible to observe a large area.[24] Furthermore, the comparison of the different data would in the end lead to more exact information about maritime traffic. Depending on whether the ship is located inside or outside the VHF range of shore stations, the satellite data would be compared with the land-based or airborne collected AIS-data. This could create an optimized situational awareness, which would be very important for increasing maritime safety and security. Nevertheless the problem of jamming would still persist, so it is also necessary to eliminate the susceptibility of satellite systems. These challenges have been accepted by the research Consortium of the BMBF-funded project on real-time services for the maritime security ("EMSec"). The EMSec team has set itself the task of exploring how to enable a complex real-time situational awareness by fusing various marine-related information from the different data collection technologies. Another research focus is to protect these technologies from external interferences like jamming. But first, the Consortium itself must collect the data to find out how best to merge them. This, however, could be accompanied by data protection concerns.

IV. AIS from a data protection perspective

To determine whether these concerns are justified, one must first take a look at the data protection framework surrounding the automatic identification system. In this respect, the relevant legal bases of international and supranational law have to be cosidered.

1. International Law

With regard to international law, the standards of the International Maritime Organization (IMO) should be emphasized. On 5 December 2000, the automatic identification system was inserted in the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS) by adoption of resolutions MSC.99 (73) and MSC.100 (73). The concomitant amendments to the SOLAS Convention came into force at 1 July 2002. According to Regulation V/19 (2.4) of the Convention, all ships of 300 gross tonnage and upwards engaged on international voyages, cargo ships of 500 gross tonnage and upwards not engaged on international voyages, and passenger ships irrespective of size should be fitted with an automatic identification system from 1 July 2002, provided that they have

24) Cf. Marine Scotland (ed.) (2014), Mapping Vessel Movements from Satellite AIS, at 13.

Cap XI.pmd 226 16/09/2016, 12:33

been built on or after that date. Due to further amendments in 2002, these ships are additionally obliged to keep the system continually in operation.[25] This means that, apart from exceptional situations in which they are allowed to turn off the system, ship data are constantly transmitted.

According to SOLAS Regulation V/19 (2.5), the automatic identification system shall

- "provide automatically to appropriately equipped shore stations, other ships and aircraft information, including the ship's identity, type, position, course, speed, navigational status and other safety-related information";
- "receive automatically such information from similarly fitted ships";
- "monitor and track ships" and
- exchange data with shore-based facilities.

However, this list is not exhaustive, so further information can be transmitted by the automatic identification system. From the resolution adopted by the IMO, "Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS),"[26] it follows, what information is transferred in detail. These are static, dynamic and voyage-related data as well as security-related short messages. This will be discussed later.[27]

2. European Law

In terms of the supranational law, the European Directive 2002/59 EC of 27 June 2002 (Ship Reporting Directive)[28] should also be taken into account, since Article 3 refers explicitly to the SOLAS Convention and the relevant resolutions of the IMO. According to Article 1, the purpose of the Directive is to promote the enhancement of safety and efficiency of maritime traffic in the Community through the establishment of a joint vessel traffic monitoring and information system. In this context the automatic identification system is of major importance. Article 6 (1) of the Directive regulates so far that any ship calling at a port of a Member State must be fitted with an automatic identification system which meets the performance standards drawn up by the IMO. In addition, Article 6 (2) decrees that ships fitted with such a sytem, shall maintain it in operation at all times except where international agreements, rules or standards provide for the protection of navigational information.

---

25) Cf. SOLAS Regulation V/19 (2.4.7) in conjunction with Paragraph 21 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS): IMO Resolution A.917(22) adopted on 29 November 2001.

26) See footnote 21.

27) Paragraph 11 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS).

28) Directive 2002/59/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2002 establishing a Community vessel traffic monitoring and information system and repealing Council Directive 93/75/EEC (Official Journal L 208/10).

Cap XI.pmd 227 16/09/2016, 12:33

3. Data protection framework

Following on from the explanations above, the European data protection standards are to be discussed.

a) The right to the protection of personal data

It is reasonable to first ask the question of whether the EU Charter of Fundamental Rights[29] a priori precludes the AIS-data-collection, since in accordance with Art. 8 (1) everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. Taking this into account, it is questionable whether the information transmitted by the automatic identification system is personal data in this sense. Article 2 letter b) of the European Data Protection Directive,[30] which refers to the fundamental rights of natural persons and especially to their right to privacy with respect to the processing of personal data (see Article 1 (1)), defines the term "personal data" as any information relating to an identified or identifiable natural person.

aa) Are AIS-data personal data?

In this regard the question of whether the collected AIS-data allow any conclusions concerning these persons needs to be assessed. As the members of the ship's crew are natural persons and solely information about the vessel is transmitted via the automatic identification system, only the criterion "identifiable" has to be considered. An identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity (see last clause of Art. 2 letter a) Data Protection Directive). To determine identifiability, all means that might be used to identify the persons must be taken into account.[31] Therefore, the main questions are which type of data is received and whether there are any means available, allowing the identification of the ship crew's members. As previously mentioned, AIS-data are static,[32] dynamic[33] and voyage-related information[34]. Static

29) Charter of Fundamental Rights of the European Union (C 303/1).

30) Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (Official Journal L 281/31).

31) See recital 26 of the Data Protection Directive.

32) Static information is entered into the AIS on installation and need only be changed if the ship changes its name or undergoes a major conversion from one ship type to another, see first indent of Paragraph 11 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS).

33) Dynamic information is, apart from 'Navigational status' information, automatically updated from the ship sensors connected to AIS, see second indent of Paragraph 11 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS).

34) Voyage-related information might need to be manually entered and updated during the voyage, see third indent of Paragraph 11 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS).

Cap XI.pmd 228 16/09/2016, 12:33

data include, inter alia, call sign and name of the ship, IMO Number, length and beam as well as the type of the ship. Dynamic data is, for instance, the ship's position, course, speed and navigation status. Finally, the voyage-related data comprise the draught of the ship, the hazardous cargo, the port of destination, the estimated time of arrival and the route plan of the ship.[35] In this regard, primarily information about the ship as an object is collected, with the result that, at first glance, an identification of persons seems not to be possible. However, for the presence of the criterion "personal data" it suffices that a reference to the identity of persons can be made by a synopsis of the factual information.[36] By inspection of the ship's registry or through private sources such as the Internet,[37] it is smoothly possible to determine the command leading master of a ship, so that his location can be ascertained via a targeted querying of AIS-data. In addition, certain authorities may draw conclusions as to the persons on board because they have access to the passenger lists. Against this background, AIS-data are information relating to an identifiable natural person and, consequently, personal data within the meaning of the Data Protection Directive. This result does not change even if there is only a small number of persons or close acquaintances who are able to determine the location of the affected persons since the identifiability of a person must not be made dependent on the number of persons that are capable of such conclusions.[38] When processing the AIS-information, e.g. during the collection of data, the requirements of the aforementioned Directive must hence be complied with.

b) Criteria for making data processing legitimate

The criteria for making data processing legitimate are described in Article 7 of the Data Protection Directive. According to Article 7 lit. f), personal data may be gathered only if the processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the data controller, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject. It can be assumed that a legitimate

---

35) Paragraph 12 of the Guidelines for the onboard operation of automatic identification systems (AIS).

36) Schild H.-H. (2015) in Wolf H. A./Brink S. (eds.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, volume 1, § 3, Rn. 19.

37) E.g. «vesseltracker» [http://www.vesseltracker.com/app]. In this context it needs to be clarified whether the publication of AIS-data is legitimate because Art. 24 of the Ship Reporting Directive provides that the Member States adopt the necessary measures to ensure the confidentiality of the data, which are collected on the basis of this Directive. Furthermore, it follows from recital 6 Directive 2009/17/EC of the European Parliament and the Council of 23 April 2009 amending Directive 2002/59/EC establishing a Community vessel traffic monitoring and information system that the IMO «has recognised that the publication for commercial purposes on the internet or elsewhere of AIS data transmitted by ships could be detrimental to the safety and security of ships and port facilities and has urged its member governments, subject to the provisions of their national laws, to discourage those who make AIS data available to others for publication on the internet or elsewhere from doing so. The publication of AIS-data on sites like «vesseltracker.com» is contrary to the foregoing considerations and thus takes place in an inadmissible way».

38) Nehab T. (2013), Veröffentlichung von Schiffspositionen im Internet: Rechtliche Bewertung und Analyse der Erhebung von AIS-Daten, Zeitschrift für Datenschutz, 382-388, at 383.

Cap XI.pmd 229 16/09/2016, 12:33

interest exists because the data collection is necessary to further develop the technologies to combat piracy. In addition it has to be determined whether the interest for fundamental rights of the data subject overweigh the interest of the data controller. On the part of the data subject, particular attention should be placed on the right to the protection of personal data. But it also must be respected that the AIS-data are not peculiar sensitive data like ones revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade-union membership, health or sex life.[39] Moreover, information is collected mainly about the ship, so that a reference to individuals is possible only in an indirect way. Then the fact should be considered, that the data subjects are likely to have their own interest in the collection of AIS-data because they also benefit from the development of technologies which improve the maritime security. Finally the Charter of Fundamental Rights not only protects the data subject but also scientists because, according to Art. 13, scientific research shall be free of constraint.[40] This indicates that the interest of the data controller outweighs the interest in data protection of the data subject. Thus, the processing of AIS-information is lawful.

c) The data subjects‘ right

Even though the processing is legitimate in principle, the Data Protection Directive nevertheless contains certain rights for the affected persons. According to Art. 10 and 11, the data controller must give specific information to the data subject. In this context Art. 10 is not relevant because it refers to data which are collected from the data subject, which means with his/her participation. In legal terms ships are obliged to keep the automatic identification system continually in operation. Only in certain exceptional cases is the captain entitled to disable the AIS. Although it would actually be possible to stop the data-transmission, this would entail a violation of the law of the sea. Therefore the captain is de facto bound to keep the automatic identification system in operation. Because of this duty, the crew cannot influence the transmission of information. In addition, it should be noted that the user will utilize the automatic identification system primarily for navigation purposes. Against this background, he/she is aware that he/she transmits the information of his/her ship to other ships and shore stations, but he/she does not expect that with the data collection purposes other than navigation are pursued. Therefore it cannot be assumed that participation is taking place in the way that the crew itself determines to whom they reveal data and for which purpose. In this respect, AIS-data are information in the sense of Art. 11 of the Data Protection Directive which have not been obtained from the data subject, so that the data controller has to provide the affected persons with information as set out in Art. 11 (1) of the Data Protection Directive. Given the amount of data which is

39) Art. 8 (1) Data Protection Directive.

40) Art. 13 first sentence of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Cap XI.pmd 230 16/09/2016, 12:33

transmitted, however, this may be difficult. Hence, the data controller is exempted from the information obligation where, in particular for processing for the purposes of scientific research, the provision of such information would involve a disproportionate effort.[41] Due to the circumstance that the AIS-data are not individualized sensitive information about the persons and, according to the aforementioned, it can be assumed that the information of the data subject would involve a disproportionate effort. Consequently, there is an exception from the basic obligation to provide information. But for the subsequent handling of the collected data, the Directive includes some further rights and obligations like the data subject's right to object[42] or the guarantee of confidentiality[43] and security[44] of the processing. If these requirements are met, the processing of AIS-data for research purposes does not violate the right to protection of personal data.

V. Summary

Piracy is a worldwide problem which threatens maritime security, and in particular the life and physical safety of seafarers. But it is also accompanied by crucial economical damages. For combating piracy, certain technologies are used, e.g. the automatic identification system. AIS enables the seafarers and the competent authorities of the coastal states to observe the maritime traffic. In this regard, it is problematic that the pirates adapt to this technology: by jamming the GNSS or feeding the automatic identification system with false information, they can smoothly identify their targets. At the same time the pirates themselves are not visible through the automatic identification system. Another problem is that outside of the limited range of the AIS a reliance on satellite-based monitoring systems is required. However, one of the major disadvantages of satellite systems is the amount of collected data since the signals overlap and disturb each other. Thus, scientists and industry have to search for legitimate solutions to solve the aforementioned problems. However, the development of new or optimized systems also means collecting data for research purposes, and as such the relevant regulations of the Data Protection Directive are to be met, because AIS-data are personal data in the meaning of Art. 1. The processing of these information satisfies the requirements of Art. 7 lit. f) Data Protection Directive, as the data controller has a legitimate interest in collecting the AIS-data. Furthermore, the weighing of the mutual interests of the data controller and the data subject shows that the right of the affected persons to the protection of their personal data is not overridden through the processing. Nevertheless, the data controller has a duty to give the data subject certain information about this processing, see Art. 11 Data Protection Directive. In the

41) See Art. 11 (2) of the Data Protection Directive.

42) Art. 14 of the Data Protection Directive.

43) Art. 16 of the Data Protection Directive.

44) Art. 17 of the Data Protection Directive.

Cap XI.pmd 231 16/09/2016, 12:33

event that the data are collected for research purposes, there is an exemption to this rule, because the provision of such information would involve a disproportionate effort in the sense of Art. 11 (2) of the Data Protection Directive. Therefore the processing is legitimate even if the data controller does not inform the affected persons. But in a case like this it also has to be considered that there are several rights which protect the data subject, e.g. the right to object or the guarantee of confidentiality and security of the processing.

As a result, this article shows that there is a need to develop technologies for combating piracy, without losing sight of the legal preconditions. The solving of the issue of maritime piracy hence requires close interdisciplinary cooperation between industry and scientists.

Cap XI.pmd 232 16/09/2016, 12:33

CHAPTER 12
Surveillance maritime : Nouvelles technologies et coopérations en vue du développement de la connaissance du domaine maritime

Roland LE GOFF
Doctorant au Centre de Droit Maritime et Océanique,
Université de Nantes

***Abstract**: Beyond territorial waters, the oceans are only frequented by 50,000 merchant ships over 500 tons. These ships are manned by 1.2 million seafarers, i.e. 0.015% of the world population and operate on an area that covers 70% of the globe. Warships, responsible for maintaining order on the high seas, constitute a very limited capacity for surveillance and response considering the maritime areas. Hence, the sea has long been a space of freedom and anonymity for sailors, but also a space of risk for seafarers and a vector of threat for the land. Thus, maritime surveillance has always been an ambition hampered by technical limitations, which did not allow it to cope with the huge size of that space. Today, technical limitations are being overcome, thus making new strategies possible.*

New technologies are enabling thecollection, storage and processing of information to achieve increasingly global surveillance. Ships behind the horizon are no longer hidden. By automating the information report by ship, AIS and LRIT were revolutions in the field of maritime surveillance. The many satellites used for maritime surveillance even have a detection, and sometimes even identification, capability. Closer to the sea, UAVs offer excellent performance in terms of identification, although their autonomy is less than that of satellites.

Cap XII.pmd 233 16/09/2016, 12:38

These new technologies support the deployment of innovative strategies, allowing states, often backed by international organizations, to weave webs aimied at collecting useful information for their situation assessment. Maritime surveillance reaches the heart of interstate cooperation. The US concept of a "Thousand-Ship Navy", supported by many navies, demonstrates a willingness to cooperate and represents a milestone in a trend which is developing along many axes. Since 2008, the fight against piracy off the Somali coasts has created a new dynamic. The "Djibouti Code of Conduct" provides for the construction of centres dedicated to the exchange of information in Sanaa, Mombasa and Dar es Salaam. It echoes the Singapore ISC (Information Sharing Centre) deployed in 2006 under ReCAAP agreement, which coordinates the fight against piracy in the Malacca Strait and Southeast Asia. These episodes have radically changed the organization of maritime surveillance and stimulated the interconnection of actors. The concept of Maritime Domain Awareness (MDA), born in the US, spread to the NATO nations and partners through the Alliance's Maritime strategy. The Integrated Maritime Policy of the European Union refers to the Container Security Initiative (CSI) in 2002, and to the project of a European «coast guard». The Maritime Security Strategy adopted by the European Council in June 2014 stresses the importance of the global maritime area for European safety and security, and encourages cooperation with all involved stakeholders. In 2005, the International Maritime Organisation (IMO) adopted a Protocol to the SUA Rome Convention of 1988 dealing with threats such as weapons of mass destruction (WMD) and radioactive materials. It helped with the World Customs Organization action to enact measures on container security.

In most cases, collecting and sharing information does not guarantee the detection, and even less the prevention, of unlawful behaviours. For instance, the contribution of maritime surveillance to the fight against human trafficking is very limited. In some cases, a modernization of the law of the sea seems necessary. While it is futile to be opposed to the digitalization of the maritime space, it creates a cyberspace for which it may be necessary to rewrite a kind of Law of the Sea Convention.

***Résumé** : Au-delà des eaux territoriales, les océans ne sont fréquentés que par 50 000 navires de commerce de plus de 500 tonneaux. Ces navires sont armés par 1,2 million de marins, soit 0,015 % de la population mondiale, et opèrent sur un espace qui couvre 70 % de la surface du globe. La flotte des navires de guerre, plus spécialement chargée du maintien de l'ordre en haute mer, constitue une capacité de surveillance et d'action très limitée au regard des surfaces marines. De ce fait, la mer est longtemps restée un espace d'anonymat et de liberté, mais aussi un espace porteur de risques pour ceux qui s'y aventuraient et porteur de menaces envers la terre pour les populations. Les invasions vikings et les trafics de stupéfiants ont ceci de commun, à quelques siècles d'écart, qu'ils utilisent la mer pour menacer les sociétés humaines. De ce fait, la surveillance de l'espace maritime a toujours constitué une ambition, mais elle s'est heurtée à la fois aux limitations des techniques disponibles et à l'immensité de cet espace. Aujourd'hui, les barrières techniques tombent, ce qui autorise le déploiement de nouvelles stratégies.*

Cap XII.pmd 234 16/09/2016, 12:38

Les nouvelles technologies permettent d'accroître les volumes d'informations recueillies, stockées et traitées au profit d'une surveillance qui devient mondiale. Le navire n'est plus caché au-delà de la ligne d'horizon. En automatisant le report d'information, les systèmes AIS et LRIT ont constitué une révolution dans le domaine de la surveillance maritime. Les nombreux satellites qui couvrent les océans disposent d'une réelle capacité de détection et parfois même d'identification. Plus proches de la mer, les drones offrent d'excellentes performances en matière d'identification, mais une autonomie moindre que les satellites.

Ces nouvelles technologies soutiennent le déploiement de stratégies innovantes, qui permettent à certains États, s'appuyant parfois sur les organisations internationales, de tisser une toile destinée au recueil des informations utiles à leur appréciation de situation. La surveillance maritime est propulsée au cœur de la coopération interétatique. Le concept états-unien de Thousand-Ship Navy, auquel adhéreront de nombreuses marines, constitue l'un des premiers jalons de ce mouvement qui se déploie selon plusieurs axes. La lutte contre la piraterie au large de la Somalie, à partir de 2008, entretient également cette dynamique. Le code de conduite de Djibouti prévoit la construction de centres dédiés à l'échange d'informations à Sanaa, Mombasa et Dar es Salam. Il fait écho à l'ISC (Information Sharing Center) singapourien déployé en 2006 en application de l'accord ReCAAP qui coordonne la lutte contre la piraterie dans le détroit de Malacca et en Asie du Sud-Est. Ces épisodes ont radicalement modifié l'organisation de la surveillance maritime en motivant l'interconnexion des acteurs. Le concept de Maritime Domain Awareness (MDA), né aux USA, s'est rapidement diffusé, via la stratégie maritime de l'OTAN, vers les pays membres et les partenaires de l'alliance. La stratégie de sûreté maritime adoptée par le Conseil européen en juin 2014 souligne l'importance du domaine maritime mondial pour la sûreté et la sécurité de l'Europe et insiste sur la coopération avec tous les acteurs. L'Organisation maritime internationale (OMI) a adopté en 2005 un protocole à la convention SUA de Rome de 1988 pour la prise en compte de menaces telles que les armes de destruction massive (ADM) et les matières radioactives. Elle a contribué avec l'Organisation mondiale des douanes (ODM) à la promulgation de mesures relatives à la sécurité des conteneurs.

Mais la collecte et le partage d'informations ne sont pas suffisants pour identifier les comportements illicites et encore moins pour les prévenir. La lutte contre les trafics d'êtres humains par voie de mer constitue un problème pour lequel l'apport de la surveillance maritime est très limité. Une modernisation du droit de la mer semble indispensable. S'il est vain de vouloir s'opposer à la numérisation de l'espace maritime, cette numérisation crée un cyberespace pour lequel il est peut-être nécessaire d'écrire l'équivalent d'une convention sur le droit de la mer.

Cap XII.pmd 235 16/09/2016, 12:38

Introduction

« Quiconque contrôle la mer contrôle le commerce ; quiconque contrôle le commerce mondial contrôle les richesses du monde, et conséquemment le monde en soi ». La maxime de sir Walter Raleigh, aussi avisée soit-elle, ne saurait résumer la complexité d'un milieu dont l'immensité fut un rempart contre les velléités hégémoniques des États[1]: l'histoire montre que nul ne possède durablement que ce qu'il est en mesure de défendre, seul ou collectivement, et aucun État n'a jamais été en mesure de défendre, seul, un espace couvrant environ 360 millions de kilomètres carrés[2], ni même de savoir ce qui s'y passe. Cet espace appartient donc à ceux qui l'utilisent. La mer présente cette particularité d'être immense et assez peu peuplée. Au-delà des eaux territoriales, les océans ne sont fréquentés que par 50 000 navires de commerce[3] de plus de 500 tonneaux. Si ces navires étaient répartis équitablement, cela représenterait une densité équivalente à 1 navire par département français, mais ils se concentrent sur les routes qui relient les nœuds économiques, sur les zones de pêche ou dans la bande côtière, avec comme corollaire que de vastes étendues, grandes comme des pays, sont libres de toute présence humaine. Les navires sont armés par 1,2 million de marins, soit 0,015 % de la population mondiale et opèrent sur un espace qui couvre 70 pourcents de la surface du globe[4]. Peu peuplée, la mer est pourtant essentielle à l'humanité, pour ses ressources, pour le lien qu'elle crée entre les groupes de personnes et pour son action régulatrice sur le climat. Vitale et fragile, elle doit donc être protégée et l'homme doit aussi se protéger contre certaines des activités qui s'y déroulent. Ces protections relèvent pour une bonne part du domaine régalien des États, même si les acteurs privés y prennent une part croissante. La flotte des navires de guerre, plus spécialement chargée du maintien de l'ordre[5] en haute mer[6], constitue une capacité de surveillance et d'action très limitée au regard des surfaces, elle est donc renforcée par de nouveaux moyens qui redessinent les contours de la surveillance maritime.

---

1) "The old Maritime Strategy [of the cold war] focused on sea control," Admiral Mullen suggested, while the new one recognizes that the "economic tide of all nations rises not when the seas are controlled by one [nation], but rather when they are made safe and free for all," remarks by Admiral Mike G. Mullen, chief of naval operations, at the Argentine naval Staff Headquarters, Apr. 7, 2005.

2) Source IFREMER, Les océans en chiffres, sur http://wwz.ifremer.fr/Decouvrir-les-oceans consulté le 18/07/2015.

3) Voir Kraska J. and Pedrozo R. (2013), *International maritime security law,* Martinus Nijhoff Publishers, p.16.

4) Voir http://www.marine-marchande.net/Monde/flotte-mondiale.htm et rapport législatif n° 178 (2003-2004) de M. André BOYER, déposé le 28 janvier 2004 sur http://www.senat.fr/rap/l03-178/l03-1782.html.

5) Pour Thierry Duchesne, l'ordre public « c'est toujours la paix interne garantie par l'État au travers de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité publiques… ». Voir Cudennec Annie, *Ordre public & mer*, Pedone, Paris, 2012. p. 21.

6) Voir Cudennec A. (2011), *Ordre public & mer*, Pedone.

Cap XII.pmd 237 16/09/2016, 12:38

« La connaissance de la situation maritime consiste en la prise en compte effective des activités associées au domaine maritime susceptibles d'avoir une incidence sur la sécurité, la sûreté, l'économie ou l'environnement de l'Union européenne et de ses États membres »[7]. La surveillance maritime dont il sera ici question est celle qui s'intéresse aux activités liées à la sûreté et à la sécurité. Cette surveillance a récemment connu d'importantes évolutions (I), encouragée le développement et le déploiement de nouvelles technologies (II), avec l'ambition parfois déçue d'améliorer sûreté et sécurité en mer (III).

La volonté d'une surveillance globale du milieu maritime

La chute du bloc de l'Est à la fin des années 80, concomitante avec le renforcement de la lutte contre les trafics de drogue dans les Caraïbes, modifie significativement la manière de conduire la surveillance maritime. Les marines de guerre partagent traditionnellement leur activité entre le domaine militaire, la diplomatie navale et le maintien de l'ordre public en mer. L'implosion du bloc de l'Est prive d'importants moyens navals occidentaux de leurs principales missions et autorise une répartition différente de leurs efforts. La « Navy »[8] peut alors engager ses moyens les plus modernes[9] dans la lutte contre les narcotrafics dans les Caraïbes, au côté de ceux d'autres administrations[10]. Cette mission se poursuit encore aujourd'hui. L'ensemble des informations collectées par les armées américaines, 9 administrations et 11 nations partenaires convergent vers un poste de commandement unique situé à Key West. Cette coopération inter administrative, interarmées et internationale dans la lutte contre les narcotrafics constitue un indéniable succès de terrain[11] et inaugure une nouvelle façon de conduire des opérations de surveillance maritime.

La surveillance maritime connaîtra une autre évolution notable en réaction aux attentats terroristes de la fin du XXe siècle et plus particulièrement ceux du 11 septembre 2001. Le terrorisme maritime n'est pas une menace nouvelle et la convention SUA de 1988[12], émise en réaction à la prise d'otage à bord de l'Achille Lauro, est là pour

7) Voir Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Sur la voie de l'intégration de la surveillance maritime : un environnement commun de partage de l'information pour le domaine maritime de l'UE » (2009) sur http://eur-lex.europa.eu/ consulté le 21 novembre 2015.

8) Marine des États-Unis, ne doit pas être confondue avec la Royal Navy qui est la marine du Royaume-Uni.

9) Navires, P-3 Orion, E-2C Hawkeye et même des ballons captifs ou dirigeables.

10) Douanes, Drug Enforcement Administration, US Navy, Coast Guard, FBI

11) Voir Munsing E. and Lamb C. (2011), *Joint Interagency Task Force-South: The Best Known, Least Understood Interagency Success*, p. 16.

12) Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime. Conclu à Rome le 10 mars 1988.

Cap XII.pmd 238 16/09/2016, 12:38

en témoigner. Mais la prise de conscience qui suit les attentats du 11 septembre est d'une autre ampleur ; la fragilité des États face à la menace d'un terrorisme qui se joue des frontières, y compris naturelle, suscite une réponse qui ne peut être qu'interétatique. La résilience du domaine maritime, espace de liberté et principal support des échanges, est en jeu. Le terrorisme maritime vise aussi bien la terre[13] que les activités en mer[14]. Cette époque verra l'émergence du concept états-unien de *Thousand-Ship Navy*[15], auquel adhéreront de nombreuses marines, témoignant d'une volonté de coopération[16]. L'Alliance atlantique, dont l'avenir dans le contexte post-guerre froide avait pu sembler incertain, retrouve une pleine légitimité. Pour la première fois de son histoire, l'organisation réagit en application de l'article 5 du traité de l'Atlantique Nord[17]. La surveillance maritime se trouve alors propulsée au cœur d'un vaste mouvement qui promeut la coopération interétatique comme remède au terrorisme.

Enfin, l'épisode de piraterie Somalien de 2008 marquera fortement la surveillance maritime. Son ampleur et son impact sur les équipages, peut-être encore davantage que son coût pourtant élevé, fédèrent la communauté maritime mondiale dans un élan commun destiné à l'éradiquer. En 2008, l'UE lance l'opération ATALANTA et déploie la TF465 en océan Indien, elle y coopère avec la TF508 de l'opération *Ocean Shield* de l'OTAN, la TF151 de la Coalition Maritime Force (CMF) ainsi que les flottes chinoise, russe, japonaise, etc. Cet épisode renforce les mécanismes de coopération initiés par la lutte contre le terrorisme. Mais l'effort va bien au-delà de la coopération entre les forces existantes. Il s'accompagne de la création de nouvelles structures dédiées à la surveillance du domaine maritime, au partage de l'information et au développement des capacités nécessaires lorsqu'elles n'existent pas (*capacity building*). Le code de conduite de Djibouti[18] prévoit la construction de centres dédiés à l'échange d'informations à Sanaa, Mombasa et Dar es Salam. Il fait écho à l'ISC (Information Sharing Center) singapourien déployé en 2006 en application de l'accord ReCAAP[19] qui coordonne la lutte contre la piraterie dans le détroit de Malacca et en Asie du Sud-Est. La mission EUCAP NESTOR de l'UE lancée en 2012 vise à développer les capacités de garde-côte des pays de l'océan Indien. En 2005, le forum du SHADE (Shared Awareness and Deconfliction) qui coordonne l'action des acteurs de la lutte contre la piraterie en océan Indien, rassemble 27 nations. Les

13) Attentat de Bombay de 2008.

14) Attentat contre l'USS Cole à Aden en 2000 et contre le pétrolier Limburg au large du Yémen en 2002.

15) Concept introduit par le chef d'état-major de la marine américaine, l'Amiral Michael Mullen.

16) Voir Fein G. (2006), "Global Maritime Partnership Gaining Steam at Home and with International Navies", Defense Daily 2006. Ce concept sera rebaptisé par la suite «Global Maritime Partnership».

17) Lancée en octobre 2001, l'opération *Active Endeavour* (OAE) évoluera progressivement vers une opération de surveillance maritime.

18) Adopté le 29 janvier 2009 à Djibouti par 20 États de l'océan Indien et de la mer Rouge.

19) Regional Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia de 2004.

Cap XII.pmd 239 16/09/2016, 12:38

compagnies maritimes participent également à l'effort global de surveillance de l'espace maritime en signalant les événements suspects aux centres chargés de collecter l'information (UKMTO Dubai, MARLO, MSCHOA) ou, pour les navires français, vers l'autorité chargée de la mise en œuvre du contrôle naval volontaire dans les zones à risque. La surveillance maritime intègre alors tous les acteurs du domaine maritime dans un effort global.

Ces épisodes ont radicalement modifié l'organisation de la surveillance maritime en motivant l'interconnexion des acteurs. Les problèmes liés à l'échange des informations se sont progressivement estompés avec la définition d'une base commune de partage essentiellement fondée sur des accords de type *soft law* qui tissent une toile dans laquelle tombent les informations. Mais cette mutation ne se serait pas produite sans la détermination des États-Unis[20] et son concept de MDA (Maritime Domain Awareness) qui a servi de fil directeur pour ces évolutions. Inclus dans la « cooperative strategy for 21st century seapower »[21], ce document compte 63 fois la racine « partner » sur un total de 48 pages. Les États-Unis y partent du constat qu'aucun État, aussi puissant fût-il, n'est en mesure de surveiller seul l'ensemble du domaine maritime. Mais ce concept de MDA doit susciter l'adhésion du plus grand nombre pour fonctionner. Les Américains vont donc user de toute leur influence pour susciter son adoption, non seulement par leurs alliés mais aussi par les organisations internationales et les partenaires dont la contribution présente un intérêt, quitte à assurer leur formation voire leur équipement. L'OTAN y répond favorablement avec ses 28 pays membres. Elle publie une stratégie maritime de l'Alliance atlantique[22] en 2011. Ce document définit une « comprehensive approach »[23] destinée à fédérer un maximum de contributeurs afin de développer une connaissance du domaine maritime, qualifiée de « maritime situational awareness » (MSA) et qui correspond à la MDA, mais avec une ambition géographique moindre[24]. L'organisation met au service des nations l'outil MSSIS (Maritime Security and Safety Information System) qui soutient la circulation des informations. Des accords tel que l'« Istanbul cooperative initiative »[25] ou le PfP « partnership for peace » lui permettent d'y connecter des partenaires. Le concept de MDA fait boule de neige.

Initialement poussée par des considérations régionales, l'Europe rejoint le mouvement, en prenant soin d'éviter la duplication des efforts avec l'OTAN. Son ambition s'affiche

---

20) Voir "2004 Presidential Directive for Maritime Security Policy".

21) Voir US Navy, US Marine Corps and US Coast Guard. "A Cooperative Strategy for 21st Century Seapower", Washington, DC: Government Printing Office. Retrieved January 3 (2007): 2010.

22) Voir Organisation, North Atlantic Treaty. "Alliance Maritime Strategy", Brussels: CM (2011) 23 (2011).

23) Voir Organisation, North Atlantic Treaty. "Alliance Maritime Strategy", Brussels: CM (2011) 23 (2011), § 16.

24) Voir Article 6 du traité de l'Atlantique Nord pour les limites géographiques de l'Alliance.

25) Bahreïn, Koweït, Qatar et Émirats Arabes Unis.

Cap XII.pmd 240 16/09/2016, 12:38

dans le « Livre vert » de 2006[26] qui définit une politique maritime intégrée pour l'UE[27]. Le document émet l'idée de la création d'une « coast guard » européenne[28], appelle à l'implémentation du code ISPS (voir *infra*) par les États membres et de l'ISC (Initiative de sécurité des conteneurs). Il plaide également pour le développement de la coopération entre États membres, en particulier au sein des agences de l'UE (AESM[29] et FRONTEX[30])[31], mais le partenariat n'y est envisagé qu'avec les pays voisins[32]. Le Livre bleu de l'UE publié en octobre 2007 est quant à lui moins restrictif puisqu'il encourage le dialogue bien au-delà du voisinage immédiat[33]. La surveillance maritime y est affichée comme une composante essentielle de la politique maritime intégrée de l'UE[34]. Enfin, la stratégie de sûreté maritime adoptée par le Conseil européen en juin 2014 souligne l'importance du domaine maritime mondial pour la sûreté et la sécurité de l'Europe et insiste sur la coopération avec tous les acteurs.

Les organisations internationales, et plus particulièrement l'OMI, ont également joué un rôle important dans la création du corpus réglementaire accompagnant le déploiement du concept de MDA. Après le 9 septembre 2001, l'organisation est devenue le principal forum pour la promulgation de règles relatives à la sûreté maritime[35]. L'organisation est intervenue dans la création du code ISPS (International Ship and Port Facility Security Code)[36] désormais intégré dans la convention SOLAS afin de mieux protéger les ports contre les attaques terroristes. Elle a émis en 2005 un protocole à la convention SUA[37] pour la prise en compte de menaces tellles que les ADM (armes de destruction massive) et les matières radioactives. Elle a contribué avec l'OIT[38] à la rénovation de la pièce d'identité des gens de mer et à la promulgation de mesures relatives à la sécurité des conteneurs (coopération OMI/OMD[39]). Le

26) Voir Commission des Communautés européennes, Livre vert, Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers, 2006.

27) Ibidem, p. 30.

28) Ibidem, p. 45.

29) Agence européenne pour la sécurité maritime.

30) European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union.

31) Ibidem, p. 44.

32) Ibidem, p. 37 et p. 50.

33) Voir Commission des Communautés européennes, Une politique maritime intégrée pour l'Union européenne, 2007. Sont cités : l'Australie, le Canada, le Japon, la Norvège, les États-Unis, le Brésil, la Chine, l'Inde et la Russie.

34) Ibidem, p. 5.

35) Voir Attard Felicity, "IMO's Contribution to International Law Regulating Maritime Security", *J. Mar. L. & Com.* 45 (2014): 479-565. p. 479.

36) inséré au chapitre XI-2 de la convention SOLAS.

37) Voir Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation.

38) OIT : Organisation internationale du travail.

39) OMD : Organisation mondiale des douanes.

Cap XII.pmd 241 16/09/2016, 12:38

déploiement de la MDA n'aurait certainement pas été possible sans son action en faveur de l'adoption des outils soutenant la collecte et le traitement de l'information (AIS[40], LRIT[41], SMDSM[42], SSN[43], etc.). Enfin, elle a joué un rôle important pour la préparation d'un certain nombre d'accords entre États, dont le Code de conduite de Djibouti.

Une surveillance soutenue par des technologies nouvelles

Mais ces évolutions, fussent-elles dictées par les événements, n'auraient pas été possibles 20 ans plus tôt. Avant le XXIe siècle, la technologie ne permettait pas de recueillir, stocker et traiter les masses d'informations nécessaires au soutien de projets globaux et la surveillance ne pouvait donc être que géographiquement limitée ou sectorielle. Le franchissement de la ligne d'horizon garantissait aux navires à la fois discrétion et anonymat. Une rupture est intervenue dans ce domaine avec le développement des moyens de positionnement par satellite, de transmission et de gestion de volumes importants de données. Si le droit international affirme la liberté de la haute mer, cette liberté est toujours plus surveillée. La surveillance de l'ensemble des océans exigerait 232 000 navires équipés d'un radar[44], 37 000 navires équipés de balises AIS, une centaine de drones BAMS[45] équipés de radar et de capteur AIS[46] et le nombre de satellites nécessaires pour obtenir le même résultat se compte probablement sur les doigts des deux mains. La puissance de calcul et de stockage désormais disponible à un coût abordable permet la création de bases de données de la totalité des navires, des équipages et des cargaisons.

Qu'ils s'appellent SafeSeaNet (SSN)[47], CleanSeaNet (CSN), THETIS[48], EQUASIS[49],

40) Voir règle 19 du chapitre V de la convention SOLAS.

41) Voir chapitre cinq de la convention SOLAS.

42) Système mondial de détresse et de sécurité en mer.

43) Système de surveillance des navires.

44) Calcul rudimentaire fondé sur une portée radar de 12 Nq.

45) Broad Area Maritime Surveillance.

46) Les océans couvrent 129 millions de milles carrés et le projet Triton de drone de surveillance maritime ambitionne de couvrir 2,7 millions de milles carrés en un vol (source : http://www.navaldrones.com/BAMS.html).

47) Voir Directive n° 2002/59/CE du 27 juin 2002 relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, et abrogeant la directive 93/75/CEE du Conseil.

48) The Hybrid European Targeting and Inspection System (THETIS) : base de données qui remplace SIRENAC et qui enregistre les résultats des contrôles des navires par l'État du port (application du Mémorandum de Paris de 1982).

49) European Quality Shipping Information System (EQUASIS) : système d'informations accessible sur internet qui collecte des données sur la flotte des navires de commerce de plus de 100 tonneaux. Voir Mémorandum d'entente sur le système d'information Equasis du 17 mai 2000.

Cap XII.pmd 242 16/09/2016, 12:38

SPATIONAV[50], TRAFIC 2000[51] ou STCW[52], les systèmes dédiés à la surveillance maritime s'appuient toujours sur des bases de données structurées. Une base de données de l'ensemble des navires, hormis les navires de plaisance, comprendrait moins de 200 000 lignes et pourrait être supportée par un ordinateur personnel. Malgré leur vulnérabilité face aux attaques de pirates informatiques[53] et la difficulté d'y détecter les erreurs[54], ces systèmes sont désormais incontournables pour le traitement et l'échange d'importants volumes d'informations. Les données nécessaires à leur alimentation sont aspirées dans les bases de données de partenaires ou collectées par des capteurs.

En automatisant le report d'information par les navires, les systèmes AIS[55] et LRIT[56] ont constitué une révolution dans le domaine de la surveillance maritime. Certes, la fiabilité de leurs informations est toujours sujette à caution[57], mais elle peut être consolidée par la confrontation de plusieurs sources. De nouveaux systèmes continuent d'être développés, le dernier en date, encore en phase de test, est l'AIS par satellite. Les capteurs (radar, caméra, AIS, etc.) peuvent être embarqués sur différents porteurs (satellites, drones, navire, etc.) qui multiplient leurs performances. Certains capteurs tel que l'AIS ou le LRIT n'exigent qu'une coopération passive du navire, ce qui permet de capter plus d'informations, mais au prix d'une moindre fiabilité, tandis que d'autres tels que les radars ou les systèmes optroniques captent l'information à l'insu du navire, avec une fiabilité supérieure, mais une capacité moindre. Les limites géographiques du contact direct ont été repoussées avec la généralisation des moyens de communication satellitaires. Par ailleurs, les communications utilisant les principaux systèmes satellitaires (Thuraya, Iridium, Inmarsat, etc.)[58] généreraient des indiscrétions

---

50) Système de surveillance en temps réel des approches maritimes françaises (métropole et zone Antilles-Guyane) mis en œuvre par la marine nationale et les administrations impliquées dans l'action de l'État en mer.

51) Voir Arrêté du 19 mars 2012 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif au suivi du trafic maritime dénommé « TRAFIC 2000 ».

52) La Convention STCW exige aux pays signataires d'enregistrer tous les brevets qu'ils délivrent dans une base de données accessible aux armateurs et aux autres États. Ces bases de données sont accessibles sur Internet.

53) Durcir l'accès aux bases de données en restreignant l'accès, ce qui va à l'encontre de l'objectif final.

54) À titre d'exemple, les contrôles effectués par la CNIL sur le fichier STIC (Système de traitement des infractions constatées) ont permis de rectifier un nombre important d'erreurs (voir 26ème Rapport d'activité de la CNIL, 2005, p. 22).

55) Outre l'identité du navire, les données transmises par l'AIS comprennent des données dynamiques (position, temps UTC, cinématique et taux de giration) et des données relatives au voyage saisies manuellement (tirant d'eau, destination, heure prévue d'arrivée, type de navire, type de cargaison, nombre de personnes à bord).

56) Le LRIT couvre potentiellement l'ensemble des océans.

57) Certaines informations telles que le port de destination sont saisies manuellement dans l'AIS et il est techniquement possible de choisir les informations transmises, au prix d'un détournement du système.

58) Voir http://www.shoghicom.com/ISR.php

Cap XII.pmd 243 16/09/2016, 12:38

exploitables par les moyens ISR (Identification, Surveillance, Reconnaissance) de sociétés privées, ce qui semble cohérent avec les révélations récentes du monde du renseignement[59]. À l'instar de ce qui est observé à terre, discrétion et anonymat en mer semblent de moins en moins compatibles avec les moyens de transmission modernes.

Dans le domaine des porteurs, la principale rupture provient du développement des drones et de la capacité d'emport des satellites. Le satellite peut porter tous les senseurs (AIS, LRIT, radar, visuel, etc.) dans toutes les zones, mais avec une capacité d'identification visuelle affaiblie par les perturbations environnementales. Les nombreux satellites utilisés dans le cadre de la surveillance maritime[60] disposent d'une réelle capacité de détection, sans réelle limitation sur la taille des navires[61], mais leur capacité d'identification reste incertaine[62]. Plus proche de la mer, les drones, offrent d'excellentes performances en terme d'identification, une autonomie moindre que les satellites mais plus importante que celle des aéronefs. Le drone ScanEagle de Boeing, qui peut voler pendant 20 heures, est très employé dans les opérations de surveillance maritime. Lançable et récupérable directement depuis tous les navires, il peut embarquer un radar, un capteur AIS, un capteur optronique ou une liaison radio. À mi-chemin entre le satellite et le drone, le Global Observer développé par la société américaine AeroVironment a pour ambition de voler entre 5 à 7 jours à une altitude comprise entre 17 000 et 20 000 mètres. Les compagnies Facebook et Titan Aerospace de Google testent actuellement des drones fonctionnant à l'énergie solaire. Ces technologies pourraient introduire une nouvelle rupture en baissant encore le coût de la surveillance maritime.

Une surveillance incapable de surmonter certaines limitations

« Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux »[63]. Il existe une tension irréductible entre la liberté immanente au milieu maritime et la surveillance de ce domaine. La constitution de vastes bases de données, le recours à l'identification biométrique des marins, les échanges interétatiques de données, l'emploi de capteurs toujours plus indiscrets interrogent sur la proportionnalité entre les moyens et la finalité. Cette finalité reste la détection des menaces en mer envers les activités maritimes, envers l'environnement

59) Voir Fleurot Grégoire, « Syrie : les journalistes tués ont-ils été repérés à cause de leur téléphone satellite ? », Slate, 2012.

60) Voir Fournier Mélanie, « L'apport de l'imagerie satellitale à la surveillance maritime. Contribution géographique et géopolitique ». Histoire. Université Paul Valéry - Montpellier III, 2012. pp. 90, 170 et 284.

61) Ibidem, p. 300.

62) Ibidem.

63) Benjamin Franklin.

Cap XII.pmd 244 16/09/2016, 12:38

et envers la terre[64]. Elle s'inscrit dans le contexte plus large de la sûreté[65] et de la sécurité maritimes[66], qui sont intrinsèquement liées[67]. Le rapport émis en 2008 par le secrétaire général de l'ONU, Mr Ban Ki-moon,[68] définit 7 menaces que prend en compte la sécurité maritime[69]. Elles correspondent à celles retenues par les États et les organisations internationales préoccupées par ces questions. Il s'agit de :

a. La piraterie et les vols à main armé contre des navires ;
b. Les actes de terrorisme dirigés contre la navigation maritime, les installations au large et d'autres intérêts maritimes ;
c. Le trafic illicite d'armes légères et d'armes de destruction massive ;
d. Le trafic de stupéfiants et de psychotropes ;
e. Le trafic des migrants et la traite des personnes par mer ;
f. La pêche illégale, non déclarée et non réglementée (INN) ;
g. Les dommages causés au milieu marin de manière intentionnelle et illicite.

Dans la majorité des cas, la collecte et le partage d'informations ne sont pas suffisant pour identifier ces comportements et encore moins pour les prévenir. Leur identification exige une capacité à centraliser et à analyser d'énormes quantités de données relatives aux équipages, aux manifestes, aux navires, à leur environnement, etc. Peu d'États et peu d'organisations internationales maîtrisent cette capacité. De plus, le droit international ne permet pas toujours d'agir lorsqu'une des situations citées *supra* est identifiée.

Dans le cas emblématique des trafics d'armes par exemple, il n'existe ni traité international de portée générale, ni droit coutumier, qui interdise totalement le transport d'armes de destruction massive. En décembre 2002, la marine espagnole avait constaté la présence de missiles de type Scud à bord du cargo sans pavillon[70] So San et avait dû le relâcher, faute de base juridique pour une quelconque action[71]. En

---

64) Elle permet également de collecter du renseignement qui peut avoir une vocation autre que sécuritaire (diplomatique, économique….) mais il ne sera pas question ici de ce type de surveillance.

65) Sûreté maritime se traduit en anglais par « maritime security » et traite de la lutte contre les menaces volontaires et illicites en mer. Voir Attard Felicity, "IMO's Contribution to International Law Regulating Maritime Security", *J. Mar. L. & Com.* 45 (2014): 479-565. p. 561.

66) Sécurité maritime se traduit en anglais par « maritime safety » et traite des accidents en mer. *Ibidem.*

67) Ibidem.

68) Voir Secretary-General of the United Nations, "Report of the Secretary General on Oceans and the Law of the Sea", 10 March 2008, UN Doc. A/63/63, chap. V.

69) "Maritime security is required to ensure freedom of the seas; facilitate freedom of navigation and commerce; advance prosperity and freedom; and protect the resources of the ocean". The white House, National Strategy for Maritime Security 2005, Sept. 2005.

70) Le navire battait pavillon nord-coréen, mais ne figurait sur aucun registre de la Corée du Nord.

71) Voir Safire William, "Bush's Stumble: the So San Affair", New York Time, 2002.

Cap XII.pmd 245 16/09/2016, 12:38

l'état actuel du droit, à moins d'une décision du Conseil de sécurité établissant par exemple un embargo sur les armes, l'information collectée dans le cadre de la surveillance maritime ne permet aucune action en haute mer, ni dans les eaux territoriales, si le navire n'y fait qu'exercer son droit de passage inoffensif et que son État du pavillon n'est partie à aucun traité limitant les transports d'armement.

La jugulation des trafics d'êtres humains par voie de mer constitue également un problème pour lequel l'apport de la surveillance maritime est très limité. Si l'autorisation de visite peut être le plus souvent obtenue rapidement en application de l'article 110 de la CMB ou avec l'accord ponctuel ou permanent[72] de l'État du pavillon, le transport de migrants constitue rarement une infraction[73] et la traite est d'autant plus difficile à caractériser que le droit international relatif à l'esclavage ne s'est pas aligné sur les pratiques récentes[74]. De plus, la précarité des embarcations utilisées transforme souvent les opérations de contrôle en opérations d'assistance[75] qui se concluent par l'obligation de déposer les migrants dans un lieu sûr[76]. La surveillance ne permet pas de répondre totalement aux préoccupations des États.

Mais au-delà des problématiques juridiques qui pourraient être identifiées dans chacun des 7 domaines sus énumérés et qui plaident pour une modernisation du droit de la mer, la principale difficulté de la surveillance maritime reste la protection et l'exploitation d'énormes quantités de données afin d'en comprendre le sens[77]. S'il est vain de vouloir s'opposer à la numérisation de l'espace maritime, cette numérisation crée un cyberespace pour lequel il est peut-être nécessaire d'écrire l'équivalent d'une convention de Montego Bay.

---

72) L'Espagne a conclu ce type de traités avec la Mauritanie et le Sénégal.

73) En maintes affaires, les USA ont invoqué le principe de protection *(protective principle)* et *the objective territorial principle* pour entamer des poursuites. Voir Coppens Jasmine, "Migrants in the Mediterranean: Do's and Don'ts in Maritime Interdiction", *Ocean Development & International Law* 43(4) (2012): 342-370. p. 351.

74) Voir Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, Genève, 7 septembre 1956.

75) Voir CMB, article 98 sur l'obligation de prêter assistance en mer et la Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS) du 1er novembre 1974, Chapitre V, règle 33.

76) D'après l'amendement à la Convention SAR de 2006, l'État responsable de la zone SAR où les personnes ont été secourues choisit l'endroit sûr ou seront déposés les naufragés, mais aucune règle ne désigne cet endroit.

77) Les progrès de l'intelligence artificielle en ce domaine sont très prometteurs.

Cap XII.pmd 246 16/09/2016, 12:38

CHAPTER 13
La lutte contre la piraterie en mer par les entreprises privées de protection des navires

Sandrine DRAPIER
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
(H.D.R.)
Université du Maine - Thémis UM (EA 4333)

Abstract: *As the romantic fiction gives way to contemporary realities, international organizations attempt to eradicate maritime piracy because of the additional costs to global trade. While the ocean is in principle a peaceful space, the proliferation of floating arsenals raises international law issues and concerns about regionalization of the sea and risk assessment. The privatization of sovereign missions to protect ships at sea is becoming a lucrative trade, which France did not want but has not been able to resist. An Act of 1 July 2014 enshrines «private enterprises for protecting vessels» as commercial companies whose object is to protect vessels flying the French flag against external threats, as well as the crew and goods on board. No international regulations regulate the activities of private security companies at sea. Of all the questions raised by the national system, such as the role of the captain in hazardous areas, the agreement of the countries peacefully crossed or the risks related to the presence of a stock of weapons on board, only the internationalist approach will be adopted here. Indeed, the presence of armed private guards on vessels requires an analysis of their activities in relation to two main issues: first, the control operated in risky areas in view of the threats incurred or the presence of weapons on board; and second, the conditions of arrest and detention of pirates on board in light of fundamental rights or the local law applicable close to the area of intervention.*

Cap XIII.pmd 247 16/09/2016, 12:41

Résumé : *La fiction romanesque cédant le pas aux réalités contemporaines, les organisations internationales tentent – en raison des surcoûts occasionnés dans le commerce mondial – d'éradiquer la piraterie maritime. Si l'Océan constitue en principe un espace pacifique, la multiplication d'arsenaux flottants pose tout à la fois des questions de droit international, de territorialisation de la mer et d'évaluation des risques. La privatisation de missions régaliennes de protection des navires en mer devient un commerce lucratif auquel la France n'a pas voulu ou su résister. Une loi du 1er juillet 2014 consacre les « entreprises privées de protection des navires » en tant que sociétés commerciales dont l'objet est de protéger en mer les navires battant pavillon français contre les menaces extérieures, ainsi que l'équipage et les biens à bord. Aucune réglementation internationale ne vient pourtant encadrer les activités des sociétés privées de sécurité en mer. Parmi l'ensemble des interrogations que soulève le dispositif national, comme par exemple le rôle du capitaine dans les zones à risques, l'accord des pays traversés à titre pacifique ou les risques liés à la présence d'un stock d'armes à bord, seule l'approche internationaliste sera retenue ici. En effet, la présence de gardes privés armés sur les navires suppose d'analyser leurs activités au regard de deux questions essentiellement : d'une part, le contrôle opéré dans les zones à risques en considération des menaces encourues ou de la présence d'armes à bord et, d'autre part, les conditions d'appréhension et de retenue des pirates à bord au regard des droits fondamentaux ou du droit local proche de la zone d'intervention.*

Cap XIII.pmd 248 16/09/2016, 12:41

La piraterie en mer a connu son apogée au dix-septième siècle pour inspirer de nombreux récits[1] exaltant voyages extraordinaires, chasses aux trésors et exotisme. Sa résurgence, depuis quelques années, constitue une entrave à la libre circulation en mer[2]. Si l'Océan doit rester pacifique et partagé, les actes de piraterie menacent cet équilibre et pèsent économiquement sur le commerce mondial et la sécurité des approvisionnements[3].

La piraterie représente un risque majeur sur certaines mers du globe avec un mode d'action très violent et des zones d'activité très étendues. Pour faire face à ce risque, la France, soucieuse de maintenir l'attractivité de ses pavillons, a instauré primitivement un dispositif permettant d'embarquer à bord des navires vulnérables - thoniers au large des Seychelles ou câbliers notamment - des équipes de protection embarquées[4]. Ces équipes de la marine nationale, composées généralement d'une dizaine de militaires, protègent les navires arborant pavillon français sur certaines mers du globe[5] sous trois conditions. Il est nécessaire que des ressortissants français soient présents à bord, que le propriétaire du navire soit de nationalité française et que la cargaison ou l'activité exercée ait un caractère stratégique pour la France[6].

D'autres États européens, comme le Royaume-Uni, l'Allemagne ou l'Italie, ont préféré d'emblée autoriser la présence de gardes armés, « dits privés », pour les activités de sécurisation à bord des navires battant leur pavillon[7] au moyen, si nécessaire, d'escortes armées[8]. Une série de contraintes[9] a obligé les pouvoirs publics français à

---

1) V. notamment les romans d'aventures de R.L. Stevenson ou H. de Monfreid.

2) Parmi les ouvrages consacrés à la piraterie, v. spéc. O. D'AUZON, *Piraterie maritime : l'Afrique à l'abordage !,* Lavauzelle, Panazol, 2014. – Entretiens de Royan, recherches et études sociétales appliquées à la justice et à l'économie, *La piraterie maritime*, Larcier, 2011. – Ch. HOURY et J. LUTHAUD, *La piraterie maritime au regard du droit international : incertitudes et évolutions contemporaines,* L'Harmattan, 2014. – P. ROYER, *Géopolitique des mers et des océans. Qui tient la mer tient le monde*, PUF, 2012.

3) En ce sens, v. le rapport de la Banque mondiale sur *Les pirates de Somalie*, 11 avril 2013 : la piraterie coûte à l'économie mondiale, en raison des surcoûts occasionnés, 18 milliards de dollars par an (www.banquemondiale.org). - Rapport du Sénat n° 499 par J.-Cl. PEYRONNET et F. TRUCY *sur l'application de la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer*, le 11 avril 2012, spéc. p. 8 et 47.

4) Ces navires sont encore aujourd'hui protégés par des forces de la marine nationale.

5) Objectif du projet de loi n° 1674 de F. CUVILLIER *relatif aux activités privées de protection des navires*, déposé le 3 janvier 2014.

6) V. le rapport du Sénat n° 499, préc., spéc. p. 50.

7) La palette de services offerte par les « entreprises militaires et de sécurité privée » couvre tout le spectre des activités autrefois réservées aux armées, y compris le domaine du combat : les sociétés proposant ces services offrent des prestations variées, allant du conseil aux escortes armées, en passant par la négociation pour la libération d'otages retenus à bord. Sur le théâtre de guerre afghan, près de soixante pour cent des personnels envoyés par les États-Unis faisaient partie d'entreprises privées de sécurité ou défense. - V. à propos du Royaume-Uni, depuis 2011, le rapport du Sénat no 499, préc., spéc. p. 51.

8) Rapport du 30 juin 2010 de l'Institut des Hautes Études de Défense Nationale sur *« Les « Entreprises*

Cap XIII.pmd 249 16/09/2016, 12:41

réviser leur modèle primitif pour le faire converger vers ces pratiques retenues par d'autres pays européens.

Outre le règlement préalable de questions primordiales[10] de souveraineté et de privatisation de missions régaliennes[11], admettre ainsi la présence de gardes armés privés, à bord de navires, suppose que soit garantie la maîtrise absolue de la chose confiée par l'État français. Les hésitations sur l'appellation des sociétés privées de sécurité, parmi la floraison d'acronymes, démontrent au départ l'absence d'une définition organique ou matérielle de ces entreprises[12]. Loin d'être subsidiaire, ce débat sémantique sur la dénomination des sociétés privées, auxquelles sont déléguées des prérogatives de puissance publique, doit marquer la différence entre entreprenariat de défense maritime et mercenariat[13].

Si le mercenariat fait l'objet d'un traitement pénal, c'est en tant qu'activité menée par un « soldat privé », étranger aux parties en conflit, spécialement recruté dans le pays théâtre des opérations de guerre ou à l'étranger, en prenant directement part aux hostilités et en en retirant un avantage personnel[14]. Les activités menées par des gardes privés armés doivent s'en distinguer. À bord des navires en circulation dans les zones à risques, les gardes ne doivent nullement être recrutés à l'étranger, ni prendre part à un acte concerté de violence visant à renverser les institutions ou porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État.

Militaires et de Sécurité Privée » : outil indispensable ou abandon par l'État de ses prérogatives de souveraineté ? », spéc. p. 5.

9) Comme le redéploiement des militaires sur d'autres priorités stratégiques, les réductions budgétaires, la concurrence sur les activités de protection : v. le rapport du Sénat n° 499, préc., spéc. p. 50 et 51.

10) Sur cette vision, v. la position initiale des Armateurs de France expliquée par A.-S. AVÉ, extrait de *Pirates en Somalie*, J. GUISNEL et V. MAHLER (2012), Grasset, p. 256.

11) La détermination des principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale relève de la seule compétence de la loi et, selon l'art. 12 de la Déclaration des droits de l'homme, la nature de la force chargée de défendre les droits de l'homme et du citoyen est publique.

12) Par ex. SPIM (sociétés privées d'intérêt militaire) ou SPIDS (sociétés privées d'intérêt de défense et de sécurité) ou EMSP (entreprises militaires et de sécurité privées). C'est cette dernière acception qu'a retenu le document de Montreux, élaboré par le CICR et la Suisse, *sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés.* – Rappr. le rapport de la « Commission de Venise » sur les EMSP et l'érosion du monopole étatique du recours à la force, adopté par le Conseil de l'Europe en juin 2009.

13) En ce sens, le rapport du 30 juin 2010 de l'Institut des Hautes Études de Défense Nationale sur *« Les « Entreprises Militaires et de Sécurité Privée » : outil indispensable ou abandon par l'État de ses prérogatives de souveraineté ? »*, spéc. p. 8. – Ces entreprises, appelées SMP, sont des « organismes civils privés impliqués dans le cadre d'opérations militaires dans la fourniture d'aide, de conseil et d'appui militaire et offrant des prestations traditionnellement assurées par des forces armées » : le Livre blanc sur *la défense et la sécurité nationale* (2008), tome I, Glossaire, p. 329.

14) V. l'art. L. 436-1, L. 436-2 et L. 436-3 C. pén. – Cela n'est pas sans rappeler aussi l'époque des corsaires et la guerre de course abolie en 1856.

Cap XIII.pmd 250 16/09/2016, 12:41

Aucune réglementation internationale ne venant directement encadrer l'activité de ces sociétés privées[15], on se contentera des textes référents sur la lutte contre les attaques violentes en mer, essentiellement la Convention de Montego Bay sur la piraterie. D'après l'article 107, « seuls les navires de guerre ou aéronefs militaires, ou les autres navires ou aéronefs qui portent des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet, peuvent effectuer une saisie pour cause de piraterie ».

Faudrait-il en déduire que la lutte contre la piraterie au moyen de sociétés privées se limite exclusivement à des activités de protection qui ne doivent jamais aboutir à l'appréhension de présumés pirates, ni à la saisie d'embarcations pirates ? L'essor actuel des activités d'embarquement de gardes armés privés, développées dans d'autres États, pose des questions de délimitation de leur mandat civil, d'évaluation des risques et de responsabilité.

La position française a elle-même évolué depuis 2011[16], essayant de concilier les règles directrices du droit maritime, humanitaire et européen sur la délégation de services publics. L'originalité française consiste à mettre en place un système d'encadrement et de contrôle par l'État des entreprises de services de sécurité et de défense en mer, là où le modèle anglo-saxon privilégie essentiellement l'autorégulation. L'appellation officielle des sociétés de sécurité privée, dénommées « entreprises privées de protection des navires »[17], tend à se démarquer de toute référence « militaire ». Ce sont des sociétés commerciales qui proposent des prestations d'aide, de conseil et de soutien aux navires battant pavillon français dans des zones à risques. Ce choix des mots a eu finalement raison d'un certain nombre de questions ou d'objections. Il s'inscrit dans un effort de clarification et d'encadrement des activités autorisées ; leur périmètre d'action devant rester à la périphérie de ce qui constitue le cœur du pouvoir régalien.

---

15) V. sur cette question le rapport d'information du 14 février 2012, n° 4350, *sur les sociétés militaires privées*, de Ch. MÉNARD et J.-Cl. VIOLLET.

16) V. la recommandation du 11 mars 2010 de la Commission européenne, relative aux mesures d'autoprotection et de prévention des actes de piraterie, selon laquelle « la compagnie est libre de faire appel à des agents de sécurité privés supplémentaires, mais le recours à des gardes armés n'est pas recommandé ».

17) V. la différenciation opérée dans le rapport d'information n° 4350 *sur les sociétés militaires privées*, de Ch. MÉNARD et J.-Cl. VIOLLET, du 14 février 2012. Par comparaison, le langage courant réserve le terme de « sociétés de sécurité privée » aux entreprises qui assurent sur le territoire national des prestations de gardiennage, de convoyage de fonds ou encore d'escorte de personnalités. Le terme de « sociétés militaires privées » est la traduction de la notion anglo-saxonne de « *private military companies* ». Ces entreprises assurent en France des activités variées comme le conseil en sécurité internationale, la sécurisation d'investissements à l'étranger, le soutien de bases militaires ou des services de logistique. Ces missions sont néanmoins moins étendues que celles proposées par les sociétés anglo-saxonnes, lesquelles sont autorisées à intervenir en appoint des forces armées, empiétant au besoin sur le domaine régalien de l'État.

Cap XIII.pmd 251 16/09/2016, 12:41

La notion d'activités privées de protection des navires méritait par suite d'être strictement délimitée dans le cadre de la loi. C'est chose faite avec la loi du 1er juillet 2014 relative aux activités privées de protection des navires[18]. Malheureusement, beaucoup d'interrogations demeurent sur la nature des menaces, le degré de contrôle et de maîtrise de ces arsenaux flottants ; ce qui laisse l'impression d'un cadre juridique inachevé (I). Il est aussi nécessaire de vérifier la régularité des actions autorisées au regard du droit local des zones d'intervention et, surtout, des règles internationales ratifiées par la France (II).

I. Un cadre juridique inachevé

Pour fixer les conditions d'exercice des activités de protection à bord des navires arborant pavillon français, s'appuyer sur le *corpus* réglementaire existant en matière de sécurité privée était une solution envisageable[19]. Le choix d'une législation spéciale a paru cependant indispensable pour répondre à cette forme particulière de violence armée que constitue la piraterie. D'emblée, une des spécificités de ces équipes embarquées à bord des navires, dont il faut tenir compte, c'est d'intervenir à l'étranger dans des zones conflictuelles à risques imminents.

Après avoir précisé la définition organique et matérielle des activités couvertes par la loi française (A), l'enjeu reste essentiellement pour l'État la maîtrise de ces activités de défense privée, surtout à l'étranger… sans sous-estimer les retombées commerciales attendues (B).

A. Limites et interrogations quant à la définition des activités de protection

Aux termes de l'article L. 5441-1 du Code des transports[20], l'activité des sociétés privées de protection consiste, à la demande d'un armateur, à « protéger, contre les menaces extérieures, des navires battant pavillon français », ainsi que l'équipage[21],

18) Loi n° 2014-742 du 1er juillet 2014 relative aux activités privées de protection des navires : JO n° 0151 du 2 juillet 2014, p. 10890.

19) Sur le plan réglementaire, la détention et la conservation d'armes sur un navire auraient pu être aménagées dans le cadre du décret encadrant l'activité des convoyeurs de fonds, complété peut-être par une liste précise d'armes autorisées lors de ces transports en mer.

20) La nature des activités autorisées, précisée dans l'article 1er de la loi du 1er juillet 2014 est intégrée dans un nouveau titre (IV) du livre IV de la cinquième partie du Code des transports.

21) Le marin, comme tout salarié, dispose d'un droit de retrait en cas d'exposition à un danger imminent. Ce droit de retrait s'exerce en tenant compte des impératifs de sécurité à bord et il peut être suspendu par le capitaine si nécessaire pour garantir la sécurité immédiate du navire et des personnes à bord ou pour porter secours à des personnes ou navires en détresse : v. art. 3 du décret n° 2016-303 du 17 mars 2016, JORF n° 0065.

Cap XIII.pmd 252 16/09/2016, 12:41

les passagers ou les biens qui se trouvent à leur bord[22].

À partir de cette définition, deux précisions sont apportées.

La première porte sur la manière dont les sociétés de protection entendent exercer leurs activités. Deux hypothèses sont exclues de leur champ d'intervention. Ces sociétés ne peuvent être rattachées d'une façon ou d'une autre à l'État, soit parce que leurs activités sont exercées par des agents de l'État[23], soit parce que des agents privés agissent pour le compte de l'État. Elles ne peuvent non plus mettre en place des escortes armées autour des navires à protéger[24].

La seconde information donnée par le législateur vise le type de navires non éligibles à ce système de protection. La liste fixée est susceptible d'évoluer, ainsi que les conditions pour obtenir une éventuelle dérogation[25]. Les navires référencés comme étant exclus du dispositif sont les transporteurs de passagers : les navires de plaisance, y compris à utilisation commerciale, et les navires de passagers sauf ceux dont la longueur est supérieure ou égale à 24 mètres sous réserve qu'ils ne transportent aucune personne à bord, hormis l'équipage professionnel[26].

Pour résumer, seuls les navires transportant des marchandises sont autorisés à faire appel à ces sociétés privées, sans précaution ou précision en fonction des risques présentés par les marchandises à bord. Il en résulte que des gardes privés armés peuvent opérer à bord de navires transportant des matières classées dangereuses, quel que soit le risque auquel se trouveraient exposés l'environnement, l'équipage ou la population locale.

Qui plus est, la loi du 1er juillet 2014 n'a réglé aucune question de responsabilité en cas d'incidents faisant suite à l'action de ces sociétés de protection à bord.

La seule exigence posée est la souscription d'une assurance rendue obligatoire. Mais l'étendue des risques couverts reste librement négociable et variable au gré des risques réellement encourus dans les zones d'intervention ou de la dangerosité des marchandises transportées[27]. En raison de la nature périlleuse de ces activités, les

---

22) Art. L. 5441-1 C. transp.

23) Cas par exemple de détachement de forces de protection nationale ou de délégation de forces de la marine nationale.

24) V. le 2e al. de l'art. 5441-1 C. transp. indiquant que les activités de protection ne peuvent être exercées qu'à bord des navires qu'elles ont pour finalité de protéger.

25) V. art. 13 de la loi n° 2014-742 du 1er juillet 2014, *relative aux activités privées de protection des navires,* devenu art. L. 5442-1 al. 3 C. transp.

26) Annexe du décret n° 2014-1418 du 28 novembre 2014 *pris pour l'application de l'article L 5442-1 du code des transports.*

27) V. l'art. L. 612-5 C. sécurité intérieure sur l'exigence d'une assurance mise à la charge des entreprises privées de protection des navires.

Cap XIII.pmd 253 16/09/2016, 12:41

sinistres encourus sont-ils seulement assurables et réparables ? Il sera parfois difficile, voire impossible, de trouver une telle couverture proposée par une compagnie d'assurance en France.

Pour ne rien arranger, le législateur est resté assez elliptique sur la nature des menaces à même de justifier le recours à une société privée de sécurité. Si la piraterie en mer est parfaitement définie par les conventions maritimes internationales[28], les autres « menaces extérieures », auxquelles pourraient faire face les gardes armés à bord, laissent planer une impression de flou extrême. Jaillissent plusieurs interrogations, et non des moindres : ces menaces comprennent-elles les conflits régionaux où se situent des lignes maritimes fréquentées ? Englobent-elles les risques terroristes ou insurrectionnels[29] ? Ou bien visent-elles les risques naturels ou climatiques qui traversent certaines régions du globe, entraînant sur leur passage des risques humanitaires ? Si la souplesse laissée dans la définition des menaces couvertes peut être comprise comme un signe d'adaptabilité au contexte international, elle peut aussi contribuer à ajouter des tensions politiques et diplomatiques par la présence d'arsenaux flottants dans des zones déjà en conflit.

Pour l'instant, la seule précision concernant les menaces encourues résulte indirectement de la délimitation du périmètre géographique d'intervention par arrêté du Premier ministre[30] … toujours au-delà des mers territoriales et dans des zones connues comme repères de pirates. Cela suffira-t-il à limiter les risques politiques liés à l'exercice d'activités de sécurité privée à l'étranger ?

B. Un contrôle extraterritorial peu probable

Du point de vue des symboles, il paraît indispensable d'éviter tout risque de confusion avec les missions exercées par les forces publiques et d'assurer la nécessaire transparence de l'activité de protection à titre privé. Pour ce faire, l'équipe de protection embarquée doit porter des tenues vestimentaires différentes de celles des forces publiques, telles la marine nationale, la gendarmerie, les forces spéciales ou les douanes[31].

Sur le territoire national, une autorisation administrative doit être sollicitée par les

28) La piraterie est définie comme les actes de violence contre des personnes ou des biens exercés illégitimement en haute mer ou dans une zone ne relevant d'aucune juridiction par ou sur des navires privés : v. art. 6 de la Convention sur la Haute mer de 1958 et art. 92 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer.

29) Comme envisagés au cours de la discussion dudit projet de loi.

30) Objet de l'arrêté du 28 novembre 2014 *fixant les zones dans lesquelles les entreprises privées de protection des navires peuvent exercer leur activité* : JO 30 novembre 2014, p. 19999.

31) Art. L. 5442-3 C. transp.

Cap XIII.pmd 254 16/09/2016, 12:41

sociétés de protection privée comme par leurs agents[32]. Cette précaution d'usage permet de conserver la maîtrise sur le territoire national des prérogatives de puissance publique que représente la défense des intérêts de ressortissants français en mer, y compris lors d'activités de protection externalisées. Ce régime de contrôle administratif, mis en place par l'État, repose sur trois acteurs du secteur : l'administration des douanes et celle des affaires maritimes pour les contrôles réalisés à bord des navires battant pavillon français[33], ainsi que le Conseil national des activités privées de sécurité chargé, si nécessaire, de suspendre ou retirer les agréments[34]. Parallèlement à ce contrôle dans les ports français, les sociétés commerciales doivent répondre à un référentiel de normes[35] pour obtenir leur certification après vérification par ledit conseil[36]. Ce dernier est d'ailleurs chargé de délivrer la carte professionnelle aux agents employés et envoyés à bord des navires[37], ainsi que, le cas échéant, du retrait ou du non-renouvellement à échéance de ces attributs[38].

Là où le contrôle s'avère plus périlleux à opérer, c'est sur le théâtre d'actions, *a fortiori* dans des zones à risques. Les infractions sont censées être relevées par les commandants, et leurs seconds, des navires de l'État, les commandants des aéronefs affectés à la surveillance maritime, ainsi que, dans certaines circonstances, les administrateurs des affaires maritimes, les officiers de la marine nationale ou les commissaires des armées embarqués à bord des bâtiments de la marine nationale[39].

---

32) Cette autorisation est délivrée par le préfet du département où se trouve le siège de l'entreprise par application de l'art. R. 5442-2 C. transp. issu du décret n° 2014-1416 du 28 novembre 2014 *relatif aux modalités d'exercice de l'activité privée de protection des navires* (JO 30 novembre 2014, p. 20003).

33) Art. L. 616-4-I C. sécurité intérieure.

34) V. not. l'art. L. 611-1, L. 611-2 C. sécurité intérieure.

35) Dont la liste est fixée par le décret n° 2014-1417 du 28 novembre 2014 *relatif aux normes et référentiels admis en application de l'article L. 616-1 du code de la sécurité intérieure*.

36) Issu de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983, le CNAPS est un établissement public administratif créé par le décret n° 2011-1919 du 22 décembre 2011.

37) Conditions de délivrance et de retrait de la carte professionnelle : art. R. 616-6 et s. et art. R. 612-4 et s. C. sécurité intérieure, issus du décret n° 2014-1415 du 28 novembre 2014 relat*if aux conditions d'exercice de l'activité privée de protection des navires* (JO 30 novembre 2014, p. 19999).

38) Pour l'autorisation accordée à l'EPPN, v. art. L. 611-1 et s. C. sécurité intérieure. – Pour la carte professionnelle des agents, v. les conditions posées aux art. L. 616-2 et s. C. sécurité intérieure.

39) Sur la constatation des infractions à bord des navires : art. L. 616-4 C. sécurité intérieure : I.- « outre les agents mentionnés à l'article L. 611-2, les administrateurs et officiers du corps technique et administratif des affaires maritimes, les commandants, commandants en second ou officiers de bâtiments de l'État et les commandants des aéronefs de l'État affectés à la surveillance maritime, les fonctionnaires affectés dans les services exerçant des missions de contrôle dans le domaine des affaires maritimes sous l'autorité ou à la disposition du ministre chargé de la mer et les agents des douanes assurent, à bord des navires battant pavillon français et pour le compte de l'autorité administrative, le contrôle des personnes exerçant l'activité mentionnée au 4° de l'article L. 611-1. II.-Lorsque l'accès à bord s'est trouvé matériellement impossible ou que des investigations approfondies qui ne peuvent être effectuées doivent être diligentées à bord, les commandants des bâtiments de l'État peuvent ordonner le déroutement du navire vers une position ou un port appropriés ».

Cap XIII.pmd 255 16/09/2016, 12:41

Que l'action des sociétés commerciales soit ainsi placée sous la responsabilité d'un commandement militaire, pour constater les chefs d'infractions envisagés, semble naturelle mais peut poser des difficultés sur le terrain[40]. En dépit de la multiplicité des contrôles théoriquement possibles, ils paraissent assez improbables, puisque les zones définies pour les activités d'intervention en mer ne coïncideront pas toujours avec les zones d'engagement des forces militaires françaises.

Au final, le seul garant de la régularité des actions accomplies en mer demeure le commandant de bord, responsable en toute circonstance du maintien de l'ordre, de la sûreté et de la sécurité du navire, des personnes et de la cargaison embarquées[41]. Les agents de sécurité, comme toutes les autres personnes à bord, restent placés sous sa seule autorité. Particulièrement, en cas d'incidents ayant entraîné l'usage de la force, il lui revient de rédiger un rapport de mer, auquel il annexe le rapport du chef des agents à bord ; le tout devant être remis dans les meilleurs délais au Procureur de la République[42].

Mais sur le terrain procédural, faute d'officiers de police judiciaire à bord, quelle autorité s'assurera et vérifiera que des agissements en dehors du cadre strict des lois seront toujours dénoncés, surtout dans l'hypothèse où les rapporteurs auront eux-mêmes été réellement exposés à des menaces sérieuses en mer ? La réalité du théâtre des opérations et les circonstances de mer suffiront-elles à justifier d'éventuelles violations aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ?

II. Une adaptation contrastée au droit international

L'action des gardes armés à bord doit être menée dans le respect des droits fondamentaux, largement promus par l'Europe à travers le monde. La procédure d'interpellation des présumés pirates, ainsi que la localisation des opérations de protection deviennent essentielles[43], dans et hors zones maritime d'intervention (A). Le sort du pirate contemporain dépend en grande partie des conditions de constatation de l'infraction de piraterie, rendue quasiment impossible par les seules sociétés de sécurité privée à bord (B).

40) Cons. art L. 617-12-1 et L. 617-12-2 du C. sécurité intérieure.

41) À savoir le capitaine du navire concerné selon les art. L. 5542-9 et L. 5531-1 C. transp.

42) Art. L. 616 C. sécurité intérieure.

43) Par GPS ou AIS cybersécurité notamment, même s'il existe toujours un risque de manipulation de ces données.

Cap XIII.pmd 256 16/09/2016, 12:41

A. La poursuite des pirates dans et hors zone maritime d'intervention

En vertu de la définition des actes de piraterie posée par l'article 105 de la Convention de Montego Bay[44], « tout État peut, en haute mer, saisir un navire pirate ou capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord »[45]. Les zones à l'intérieur desquelles les activités de protection pourront être menées sont nécessairement au-delà de la mer territoriale d'un État. Cet article 105 autorise tout navire de guerre ou aéronef militaire à arraisonner un navire suspect et à lutter contre les actes de piraterie en haute mer, sans autorisation de l'État du pavillon arboré par le navire suspect.

Ce dispositif prévoit aussi pour les États qui ne disposeraient pas de marine militaire la possibilité de confier aux navires d'État affectés à un service public une autorisation de réaliser des saisies pour cause de piraterie. Mais, dans cette hypothèse d'absence de marine nationale, la délégation des compétences à des sociétés privées de sécurité laisse les États responsables des éventuels actes illicites commis. En conséquence, partant du constat simple que la France compte parmi les principales puissances maritimes armées, il est peu de dire que cette loi française du 1er juillet 2014, *relative aux activités privées de protection des navires*[46], s'éloigne des exigences posées par *Montego Bay*.

Plus généralement se pose la question du rôle des entreprises de protection dans les poursuites et arrestations éventuellement opérées. Une chose est claire selon *Montego Bay* : si les pirates traqués quittent la haute mer pour gagner des eaux territoriales, leur poursuite doit s'arrêter là. Leur capture n'est possible que par l'État riverain. En effet, seul l'État maître des eaux territoriales peut décider, ou non, de donner son consentement à l'intervention d'une puissance étrangère dans sa zone de souveraineté et, dans les meilleurs des cas, procéder au jugement des personnes ainsi interpellées. L'État côtier, qui exerce sa pleine souveraineté, est donc fondé à interdire que des hommes armés transitent dans ses eaux territoriales[47]. Confronté à cette réalité contemporaine que constitue le délitement complet, voire la disparition de l'appareil d'État dans certaines zones maritimes, ce principe tiré de la souveraineté des États dans l'ordre international crée un effet d'aubaine pour les pirates.

Dans cette situation, seuls des accords bilatéraux ou multilatéraux peuvent autoriser les agents privés de sécurité à traverser des mers territoriales armés. Si certains de

---

44) Article 105 de la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer.

45) Repris par l'art. 224-6-1 C. pén.

46) Loi n° 2014-742 du 1er juillet 2014, *relative aux activités privées de protection des navires* : JO n° 0151 du 2 juillet 2014, p. 10890.

47) Par ex., 5 ans de prison pour l'équipage d'un navire américain anti-pirate entré dans les eaux territoriales indiennes : v. The Hindu, 11/01/2016, http://www.thehindu.com/

Cap XIII.pmd 257 16/09/2016, 12:41

ces accords existent déjà[48] - conclus sous l'égide de l'ONU[49] ou de l'Union européenne[50] - tous les États dont les eaux territoriales se trouvent proches de zones d'actions des pirates n'en ont pas nécessairement conclus. Dans ces conditions, les autorités judiciaires françaises ne manqueront pas d'exiger la preuve de l'autorisation de l'État riverain[51] pour toute arrestation de personnes soupçonnées de piraterie et ramenées sur le sol français[52].

En effet, pour être effectivement jugés, si nécessaire[53] en France, les pirates présumés - tout d'abord retenus et privés de liberté à bord du navire capteur - doivent encore être transférés sur le territoire français. Autrement dit, en l'absence des auteurs présumés de piraterie sur le sol français[54], la compétence des juridictions françaises n'est pas universelle ; de sorte que l'accord de l'État du pavillon[55] arboré par le navire suspect - quand il en a un[56] - reste indispensable pour assurer la régularité de l'action pénale.

---

48) En dehors du consentement de l'État riverain, les résolutions du Conseil de sécurité en matière de lutte contre la piraterie (2008), impulsées notamment par les attaques contre les convois maritimes du Programme alimentaire mondial à destination de la Somalie, constituaient déjà une base juridique justifiant l'intervention des États capteurs dans les eaux territoriales d'États n'ayant pas la capacité de mettre en œuvre leurs compétences de police et de répression des actes de piraterie. V. le 5e objectif proclamé par le secr. gén. de l'OMI : assister les États côtiers à développer leur système judiciaire de manière à ce que des sanctions pénales puissent être prononcées localement (discours du 3 février 2011 d'EFTHIMIOS. E. MITROPOULOS, *Piracy: orchestrating the response. Launch of World maritime Day theme for 2011).*

49) Par ex. la Résolution 1846 accordant aux États coopérant avec les autorités somaliennes la capacité d'agir dans les eaux territoriales somaliennes pour réprimer les actes de piraterie et les vols à main armée en mer ; la Résolution 1851 étendant les autorisations accordées par la résolution 1846 ; la Résolution 2077 prolongeant les précédentes.

50) Par ex., l'opération EUNAVFOR Atalante (www.eunavfor.eu), EUCAP Nestor (mission civile de renforcement des capacités maritimes et judiciaires des États de la Corne de l'Afrique) par Council decision 2013/660/CFSP of 15 November 2013, ou le programme MASE (Maritime Security).

51) V. not. les résolutions onusiennes et européennes qui autorisent des opérations militaires dans certaines zones avec l'accord des États côtiers.

52) La répression se fait sur la base de l'infraction de détournement d'aéronef ou de navire selon l'art. 224-6 à 7 C. pén. ; sur les infractions d'enlèvement et de séquestration visées aux art. 224-1 et s. et celle de participation à une association de malfaiteurs définie aux art. 450-1 et s. du Code pénal. V. Cass. crim., 17 février 2010 (Carré d'As) : DMF 2011, p. 569, obs. P. BONASSIES.

53) V. la décision attendue après l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2011, v. Cass. crim. 11 mai 2011 : p. n° 09-87.606. – V. Cour d'assises des mineurs de Paris *(Carré d'As),* 30 novembre 2011 (inédit) : un des présumés pirates somaliens a été acquitté et les cinq autres personnes jugées ont été condamnées de quatre à huit années de prison.

54) Volontairement ou avec l'autorisation de l'État où ils sont arrêtés. Art. L. 113-12 C. pén.

55) CEDH 26 juin 1992 § 91 : *Drodz et Janouzek c/ France et Espagne*.

56) Rappr. concernant la lutte contre le trafic de stupéfiants : Cass. crim. 8 août 2007 : Bull. crim. 2007 n° 190 (arraisonnement en haute mer par les autorités françaises d'un voilier immatriculé à Gibraltar, avec autorisation des autorités britanniques). – Cass. crim. 29 avril 2009 : D. 2010, ét. 187, note G. POISSONNIER.

Cap XIII.pmd 258 16/09/2016, 12:41

C'est bien là toute la faiblesse du dispositif de lutte contre la piraterie en mer. Certes, les zones d'opérations concernées par les activités de protection privées à bord sont nécessairement en dehors des mers territoriales ; mais les pirates le savent aussi, agissant à proximité de zones territoriales où ils pourront se réfugier. Fin 2014, les zones maritimes d'intervention des sociétés privées de sécurité sont au nombre de deux : d'un côté, en Afrique de l'Ouest[57] et de l'autre, dans l'océan Indien et la mer Rouge[58]. Néanmoins, si le spectre de couverture des menaces encourues à bord des navires s'élargit au point d'englober les actes à mains armées à des fins non lucratives mais terroristes, la détermination, par arrêté, des zones à risques relèvera soit de l'impossible, soit de l'art divinatoire. En effet, ce type d'actions a vocation, par principe même, à frapper là où elles ne sont pas attendues…

B. L'impossible constatation de l'infraction de piraterie en mer

Il est communément admis que « protéger » consiste à prendre la défense de quelqu'un, ou de quelque chose, et à prêter son secours[59]. C'est implicitement admettre que cette action ne peut se concevoir, dans bien des cas, sans usage de la force. Par principe, cette violence reste l'apanage exclusif de l'État souverain, détenteur du monopole du pouvoir de coercition.

La présence d'armes à bord crée naturellement une situation de tension entre les différentes autorités à bord, sans même évoquer les conditions de stockage des armes et munitions embarquées[60]. Ces modalités sont arrêtées par le capitaine du navire sur proposition du chef de l'équipe de protection à bord[61] une fois le navire

---

57) En 2014, 104 attaques ont été recensées dans le Golf de Guinée ; les côtes du Nigéria concentrant 60 % des attaques mais les menaces se dispersent d'est en ouest en s'éloignant des côtes. Les zones portuaires comme Lagos, Abidjan ou Lomé sont très vulnérables. En 2014, 245 attaques se sont produites en Asie du Sud-Est et sous-continent indien, not. dans le détroit de Singapour et en mer de Chine du Sud. Les ports indonésiens sont les plus risqués de nuit : v. pour des informations actualisées, www.diplomatie.gouv.fr

58) Autour du Golfe d'Aden particulièrement. Pour plus de précisions, cons. l'arrêté du 28 novembre 2014 *fixant les zones dans lesquelles les entreprises privées de protection des navires peuvent exercer leur activité* : JO 30 novembre 2014, p. 19999.

59) Le Nouveau petit LITTRÉ, V. « *Protéger* ».

60) Les modalités d'acquisition, de transfert, d'embarquement, de détention, d'usage, de stockage à bord, ainsi que leur nombre et leur genre, doivent être précisément définis. C'est l'objet de deux décrets pris fin 2014 : l'un porte sur les conditions d'armement des agents, ainsi que de transport et stockage des armes et munitions (décret n° 2014-1416 du 28 novembre 2014 *relatif aux modalités d'exercice de l'activité privée de protection des navires)* ; l'autre fixe le nombre d'armes autorisées à bord, ainsi que les conditions d'information des autorités étatiques lors de l'embarquement et débarquement d'équipe de protection (spéc. art. D. 5442-1-1 et D. 5442-1-2 du décret n° 2014-1419 du 28 novembre 2014 *pris pour l'application des dispositions du titre IV du livre IV de la cinquième partie du code des transports et relatif aux modalités d'exercice de l'activité privée de protection des navires*).

61) Art. R. 5442-1 C. transp. et art. R 315-13 à R 315-18 C. sécurité intérieure.

Cap XIII.pmd 259 16/09/2016, 12:41

arrivé sur zone. En cas d'analyse divergente, et plus encore en cas de désaccord sur l'appréciation de la dangerosité de la situation, il revient théoriquement au capitaine du navire d'avoir le dernier mot...

L'usage des armes à bord dépend étroitement de l'intensité et de l'imminence des menaces encourues. Il suppose une situation de légitime défense[62], à laquelle sont exposés les agents de protection au sens des articles L. 122-5 et 122-6 du Code pénal. Cette circonstance, telle qu'elle est définie dans le Code pénal français, correspond à un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi et les moyens employés proportionnés à la gravité de l'infraction. Au soutien de ce mode exonératoire de la responsabilité pénale, il existe deux présomptions légitimant ce moyen de défense : l'une pour « repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité » ; l'autre « pour se défendre contre les auteurs de vols ou pillages exécutés avec violence ».

La mise en œuvre des conditions de légitime défense par les agents privés de sécurité pose néanmoins deux séries de problèmes, l'un théorique, l'autre pratique. Théoriquement, l'existence même de la légitime défense peut être discutée en tant que cause exonératoire de responsabilité, surtout lorsque l'agent est attrait devant un tribunal étranger, car les conditions de légitime défense ne sont pas universellement reconnues. Pratiquement, l'état de légitime défense suppose que les agents de protection soient sous l'assaut des assaillants, montés à bord et exerçant physiquement une menace contre eux, les biens ou personnes à bord, ou contre le navire, avant de pouvoir agir. Qu'en est-il alors de tirs de sommation effectués par un garde privé bien avant l'assaut, lesquels peuvent malencontreusement avoir blessé un potentiel futur assaillant ?

Globalement, c'est la question de l'appréhension même des auteurs de violence en mer qui suscite le plus de circonspection. Les entreprises privées de protection des navires sont normalement exclues du processus. En se référant à la loi du 5 janvier 2011 qui réintègre le chef de piraterie dans le Code pénal, les pouvoirs de police sont exclusivement confiés aux « commandants des bâtiments de l'État, officiers de la marine nationale embarqués sur ces bâtiments et commandants des aéronefs de l'État, chargés de la surveillance en mer ». Seuls ces militaires procèdent en mer à la constatation des infractions de piraterie, à la recherche et à la capture de leurs auteurs

62) Les conditions de légitime défense édictées par l'art. L. 4123-12 du Code de la Défense semblent réservées aux seuls militaires dans les zones de défense hautement sensibles.

63) V. la liste des agents mentionnés à l'art. 4 de la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 *relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer, devenu art. L. 1521-2 C.* défense. – Décret n° 2011-1213 du 29 septembre 2011 pris pour l'application de la loi du 5 janvier 2011 : JO du 1er octobre 2011, lequel fixe les conditions d'habilitation desdits agents.

Cap XIII.pmd 260 16/09/2016, 12:41

ou complices. Autrement dit, tout individu interpellé et amené à bord du navire de guerre, ou assimilé, ne peut l'être que par les commandants des bâtiments de l'État[63].

Aucune rétention de pirate à bord ne paraît envisageable si des officiers publics, mentionnés à l'article L.1521-2 du Code de la défense, n'y procèdent pas. En conséquence, nulle interpellation, retenue ou mesure de contrainte n'étant autorisée, peu d'options s'offrent aux gardes armés privés : soit laisser s'enfuir les assaillants, ce qui apparaîtra, dans bien des cas, contraire à la raison ; soit invoquer la légitime défense, imposant alors une démonstration bien souvent périlleuse.

En l'état actuel, la seule véritable alternative - bien que très contestable - serait de suivre l'interprétation *lato sensu* que font les États-Unis d'Amérique de la Convention *pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*[64], dont l'objet est, en principe, de couvrir les détournements de navires n'entrant pas dans le champ de la Convention de Montego Bay[65].

Cette lecture extensive – *qui se joue des qualifications pénales du droit interne* – présente l'avantage de ne pas limiter la zone couverte à la haute mer[66] et d'obliger les États, soit à juger les auteurs des faits illicites, soit à les extrader. Y inclure les actions de lutte contre la piraterie permettrait au capitaine d'un navire d'un État partie de remettre aux autorités de tout autre État partie, à proximité de sa zone de navigation, toute personne dont il a de sérieuses raisons de croire qu'elle a commis l'une des infractions visées par ladite convention[67]. Suivant cette logique, l'État du pavillon arboré par le navire capteur doit uniquement veiller à ce que le capitaine notifie aux autorités de cet État les raisons qui motivent sa décision, ainsi que les éléments de preuve en sa possession sur l'infraction présumée[68]. Cette notification est elle-même accomplie, si possible, avant d'entrer en mer territoriale de l'État destinataire avec à son bord la personne qu'il se propose de lui remettre.

Empiétant sur la Convention de Montego Bay, l'interprétation *lato sensu* de la Convention *pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime* risque bien de prospérer, surtout si les menaces auxquelles doivent répondre les sociétés de protection privée recouvrent également les actes terroristes…

---

64) Convention de 1988 (SUA) *pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime,* et son Protocole de 2005.

65) En particulier celles commises pour des raisons terroristes.

66) Cela englobe l'action en mer territoriale mais aussi l'action au sol.

67) Art. 8 § 1 de la Convention de 1988 (SUA) *pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, et son Protocole de 2005. L'art. 3 précise que commet une infraction pénale toute personne qui, « illicitement et intentionnellement s'empare d'un navire ou en exerce le contrôle par violence ou menace de violence ».

68) Art. 8 § 2 de la Convention de 1988 (SUA) *pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime.*

Cap XIII.pmd 261 16/09/2016, 12:41

Une fois scellé le droit de détenir à bord les présumés pirates, comme pour n'importe quel auteur présumé d'infraction, la conduite de la procédure pénale dépend du respect de garanties fondamentales posées par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi est-il impossible qu'ils puissent être transférés vers des lieux où ils risquent de subir des traitements inhumains et dégradants ou vers des pays pratiquant la peine de mort. Dans le même ordre d'idées, sauf adoption éventuelle d'une disposition[69] dérogatoire propre aux personnes privées de liberté à bord d'un navire[70], les droits de la défense de tout gardé à vue, comme celui d'être immédiatement[71] assisté par un avocat[72], ou de pouvoir faire appel aux autorités consulaires de son pays, devraient être observés.

La prise de contact avec des personnes extérieures au navire, parfois naviguant dans des zones en conflit, s'avère pourtant difficilement réaliste et praticable en mer. Aussi bien la recherche de la nationalité des pirates que leur rattachement effectif à un État, parfois déliquescent, constituent d'authentiques obstacles à la formulation et au respect des règles procédurales. Même constat à propos des droits des familles des pirates présumés pour le temps que va durer la privation de liberté, y compris durant leur détention. Il apparaît bien peu probable, dans les faits, que l'État français organise les conditions nécessaires de leur visite ou de leur soutien tout au long de la procédure.

En d'autres termes, face à un péril réel et imminent, les gardes armés semblent juridiquement fort démunis pour procéder à l'arrestation des auteurs de violence[73]. Étant donnée l'urgence caractérisant ces interventions, les garanties fondamentales offertes en matière d'interpellations et d'arrestations risquent – pour le plus grand profit des pirates et plus encore de leurs futurs conseils – d'être bien souvent occultées.

---

69) Il est à noter que la loi du 5 janvier 2011 relative à la piraterie maritime est issue des travaux de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale, tandis que la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue est issue, elle, de la Commission des lois. Ce « télescopage » n'a pas permis de sceller le sort des personnes privées de liberté à bord d'un navire…même si la retenue à bord n'est pas la garde à vue en principe… V. CEDH 27 juin 2013 (*Vassis et autres c/ France*) n° 62736/09 : la garde à vue est jugée inutile en raison de la durée de dix-huit jours de la traversée ramenant les trafiquants sur le territoire français. *Adde* sur les « circonstances exceptionnelles de mer », CEDH 29 mars 2010 (*Medvedyev et autres c/ France*) n° 33941/03.

70) Art. 1 de la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, qui exclut désormais en droit français toute condamnation d'une personne « sur le seul fondement de déclarations (…) faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ».

71) V. CEDH, 4 décembre 2012 (Ali Samatar et Hassan) n° 17110/10 et 46695/10. – J.-F. RENUCCI, *L'obligation de présenter « aussitôt » le gardé à vue à l'autorité judiciaire : présentation « à court délai » ou présentation « sans délai » ?,* D. 2015, p. 303 et s.

72) Le recours, par exemple, à la visioconférence, à la supposer possible, mettant en présence le mis en cause, son avocat et les enquêteurs, sera-t-il suffisant pour respecter le cadre procédural imposé par la CEDH ?

73) Malgré d'indéniables efforts de clarification des conditions de transfèrement des personnes soupçonnées de piraterie : art. L. 1521-11 et suivants du Code de la défense.

Cap XIII.pmd 262 16/09/2016, 12:41

Il paraît tout aussi improbable que le droit local, théâtre des opérations, soit lui-même systématiquement respecté, en cas de dérive vers une mer territoriale notamment.

Pour conclure, il est regrettable que la réparation des risques encourus en cas d'incidents graves provoqués par les entreprises privées de protection n'ait pas même été évoquée, ni la question du partage de responsabilités entre les sociétés privées et l'État.

En droit international, rappelons que l'ensemble des actions de l'État menées à l'étranger, y compris celles externalisées ou déléguées, l'engage. La question de la responsabilité diplomatique et financière de l'État risque immanquablement de se poser à propos d'actions commises par les sociétés de sécurité privée, dans un coin ou l'autre du globe, surtout face aux formes multiples des menaces actuelles… sans que l'État français soit préservé de sinistres annoncés.

Cap XIII.pmd 263 16/09/2016, 12:41

CHAPTER 14
Privately Contracted Armed Security Personnel in Indian Ocean Region

Srilatha VALLABU
Assistant Professor of Political Science, Centre for Indian Ocean Studies, Osmania University, India

Résumé *: L'océan Indien est vulnérable aux crimes transnationaux en raison de sa position géostratégique. Les questions de gouvernance et de « l'ordre en mer » ont émergé comme un concept important de la politique maritime. L'intervention des personnels de sécurité armés sous contrats privés (PCASP) peut jouer un rôle important dans le commerce maritime. Mais la régulation et la surveillance deviennent le cœur de son bon fonctionnement. L'Inde a présenté des revendications afin que la zone à haut risque dans l'océan Indien revienne à son origine, car il n'y a pas eu de cas récent de la piraterie dans la mer d'Oman. L'Inde est d'avis qu'il faut, dans un consensus international, réglementer et surveiller les sociétés privées de personnels de sécurité armés (PCASP) dans la région de l'océan Indien.*

Abstract*: The Indian Ocean is vulnerable to transnational crimes due to its geostrategic position. Issues of governance and «order at sea» have emerged as an important concept of maritime policy and operations. PCASP have the potential to play an important role in maritime trade but regulation and monitoring becomes the crux of its proper functioning. India initiated the claims that the High Risk Area in the Indian Ocean should be reverted to its original status, as there have been no recent incidents of piracy in the Arabian Sea and they opine that regulating and monitoring PCASP in the Indian Ocean region requires international consensus.*

Cap XIV.pmd 265 16/09/2016, 12:44

The Indian Ocean, covering 20% of the world's oceans, is an important transit route for international maritime cargo for the Persian Gulf, Africa, Asia Pacific and Europe. The Indian Ocean region contains one third of the world's population, a quarter of its landmass and 40% of the world's oil and gas reserves. It is the location of important international sea lines of communication (SLOCs) as more than 80% of the world's seaborne trade in oil transits through Indian Ocean choke points, with 40% passing through the Strait of Hormuz, 35% through the Strait of Malacca and 8% through the Bab el-Mandab Strait.[1] UN data forecasts that, assuming no major upheaval in the world economy, global seaborne trade is expected to increase by 36% in 2020 and to double by 2033.[2] With eight choke points and a number of regional hotspots, stability and safety in the Indian Ocean region are crucial for the global economy. The region faces a multitude of security problems that range from terrorism, piracy, WMD proliferation, to human trafficking and organized crime.

From the geostrategic perspective, Robert Kaplan, in his book *Monsoon,* theorizes that the Indian Ocean is where the rivalry between the United States and China in the Pacific interlocks with the regional rivalry between China and India, and is central to America's fight against Islamic terrorism in the Middle East.[3] As China seeks to expand its influence through the "String of Pearls", the Indians and the Chinese will enter into a dynamic great-power rivalry in these waters.[4] As both regional and extra-regional players' interests in secure maritime trade and good order at sea interlock in the Indian Ocean, policymakers are required to consider a range of issues from naval power capabilities, private shipping practices, international legal regimes and secure shipping for the Law of Sea to function seamlessly.

The Need For Private Security: Origins

Maritime Security has existed in the private sector for a number of years for the protection of luxury super yachts, oil platforms and cable laying vessel projects. Post-Cold War shipping shipping in the Indian Ocean has become vulnerable to various forms of transnational threats. Somali piracy that emerged in the late 1990s developed into a serious global threat to maritime shipping, with violent attacks on ships and hefty ransom payment for release of the crew, ship and cargo. Somali pirates collected an estimated ransom of $58 million in 2009, $238 million in 2010 and $160 million in

1) A Pandya et al [2011], "Maritime Commerce and Security: The Indian Ocean", The Henry L Stimpson Centre, February 2011.

2) International Trade – The United Nations [2011], Chapter II Box II.1, p. 44. www.un.org

3) Kaplan, Robert D. [2011], "Monsoon – The Indian Ocean and the Future of American Power" Random House, p. 9.

4) Kaplan, Robert D. (2009), "Center Stage for the Twenty-first Century: Power Plays in the Indian Ocean", Foreign Affairs, March-April vol.88 No.2, pp.16-32.

Cap XIV.pmd 267 16/09/2016, 12:44

2011.[5] Ransoms made up for only one of the calculable direct and indirect economic costs of piracy. Others included bypassing the Gulf of Aden, adding three thousand miles and increasing the voyage from two to three weeks, additional fuel costs of $3.5 million per year for tankers and $74.4 million per year for the liner trades.[6] Payment of higher insurance premiums that increased from $500 in 2007 to approximately 20,000 per ship per voyage, excluding injury, liability, and ransom coverage.[7]

Indian Ocean High Risk Area

In 2008, the global shipping industry as a part of its counter-piracy measures, represented at international confederation levels by bodies such as BIMCO, ICS, INTER-CARGO, INTER-TANKO, OCIMF etc., brought out a document known as Best Management Practices (BMP) by, of and for the shipping industry. This was in the form of advisories and guidances for self-protection of merchant ships and their crew from piracy attacks and hijack situations while transiting in those intensely piracy-prone waters. These vulnerable areas were defined as a High Risk Area (HRA), characterized by piracy attacks and/or hijackings. At the same time, round-the-clock naval patrolling of the Internationally Recognized Transit Corridor (IRTC) was conducted by Operation Atlanta (European Union), Task Force 150 (NATO) and individually operated naval deployments by Russia, China and India etc. The pirate attacks in the high-risk area thus have fallen precipitously and the last reported hijacking and ransom of a merchant vessel by Somali pirates was in 2012.[8] But pirates limited to the waters off the coast of Somalia and the Gulf of Aden expanded their reach farther into the Indian Ocean and the levels of piracy, frequency, severity, and locations of these attacks varied over the decades. Subsequently, in 2011, the industry body known as the Round Table (headquartered in London, UK), extended the HRA geographical coordinate in the Indian Ocean to East of 78 degrees East longitude, which came up to the west coast of India. It forced ship owners and charterers to find alternative ways to mitigate risk. Many governments were reluctant to provide forces for the anti-piracy operations indefinitely, as an annual budget for the collective cost of naval anti-piracy operations stretched to two billion dollars. They were ready to

5) Mineau, Michael L. (2010) "Pirates, Blackwater and Maritime Security: The Rise of Private Navies in Response to Modern Piracy" Journal of International Business and Law: Vol. 9: Iss.1; http://scholarlycommons.law.hofstra.edu; Advisory Council on International Affairs. [2010]. 'Combating Piracy at Sea: A Reassessment of Public and Private Responsibilities', Advisory Report No. 72.

6) William Marmon, [2011] "Merchant Ships Start to Carry Armed Guards Against Somali Pirates", European Affairs, http://www.europeaninstitute.org ; see also UNOSAT Global Report on Maritime Piracy - a Geospatial Analysis 1995-2013.

7) David Isenberg [2012] 'The Rise of Private Maritime Security Companies',Somalia Post 29 May http://www.huffingtonpost.com

8) Christopher Spearin [2012] "Private Military and Security Companies, v. International Naval Endeavours, v. Somali Pirates A Security Studies Perspective" Journal of International Criminal Justice10(4): pp. 823-837.

Cap XIV.pmd 268 16/09/2016, 12:44

embrace sea-going guards as a way to shift some of the expense of defence to the shipping industry, following the realization that naval forces cannot provide sufficient protection, and that hull insurance underwriters and Protection and Indemnity (P&I) clubs refused to offer acceptable Additional War Risk Premiums (AWRP) unless armed security teams were embarked. A lucrative market of 'On-board' private security forces emerged as the best cost-effective mitigation strategy. As a number of countries reversed long standing legal bans and serious restrictions on the direct arming of merchant ships, an explosion of the Private Maritime Security Companies (PMSCs) resulted that contracted Private Contract Armed Security Personnel (PCASP) to individual vessels.[9]

Privately Contracted Armed Security Personnel

As 90% of the world trade travels by sea, today there are well over 200 PMSC's in operation, with PCASP teams embarked on an estimated 30%-60% of the ships that transit the Indian Ocean each year.[10] In 2011, the International Maritime Organization (IMO) changed its stance on Shipping Companies employing PCASP onboard Merchant Vessels. IMO's Maritime Safety Committee (MSC) has approved Employment of PCASP on board ships transiting the high-risk piracy areas in the Indian Ocean and reported that it was a matter for Flag State Approval. The Oxford University Small Arms Survey of 2012 reported that the percentage of ships employing armed guards rose from 10% to 50%.[11] Paying almost $5,000 a day for a four-man armed team, on duty for four to 20 days for the voyage through the Gulf of Aden, shipping companies around the world in 2011 alone spent over one billion dollars on security equipment and PCASP.[12] While the success rate of deterring acts of piracy is reported to be 100% for the shipping companies hiring PCASP, some bigger PCASP-supplying companies have improved their turnover by 350 %.[13]

The severe risk of piracy in the Indian Ocean region has also translated into a tenfold increase in insurance premiums for ships transiting the Gulf of Aden. Marine insurance firms have started offering to reduce premium costs by as much as 40% for any

9) Andrew Edwards [2014] "Private Contracted Armed Security Personnel (PCASP) – The Need for International Regulation" April 22 ; www.linkedin.com; Fitzsimmons, Scott. 2013. "Privatizing the Struggle against Somali." Small Wars & Insurgencies 24(1): 84–102.

10) Huggins Jon and Walje Matt [2012] "The Challenges of Maritime Private Security Oversight" Private Security Monitor, December.

11) Small Arms Survey of 2012,The Oxford University.

12) Sarah Kent and Cassie Werber [2015] "How Floating Armories Help Guard Cargo Ships From Pirates on High Seas On Board the Arsenals That Ferry Guns and Guards to Passing Vessels on the Edge of the Indian Ocean"; The Wall Street Journal; February 3; http://www.wsj.com

13) Rear Admiral Daya Dharmapriya [2012] "Countering Maritime Piracy: A South Asian Perspective" Regional Counter-Piracy Workshop, Colombo, Sri Lanka 27-28 September.

Cap XIV.pmd 269 16/09/2016, 12:44

vessels hiring private security.[14] A Lowy Institute military analyst, James Brown, stated that as many as 2700 armed guards operate aboard merchant ships plying the Indian Ocean trade routes.Some countries are also getting into the private security business, hiring out small elements of their navies to escort commercial vessels along the most dangerous sections of the trans-Indian Ocean voyage. Thus by 2013, inspite of decline in Somali piracy about 35-40% of the estimated 65,922 merchant vessels transiting across the Indian Ocean's HRA carried PCASP on board.[15] The hiring of armed private security teams became the norm rather than the exception due to the gaps in maritime security.

Maritime PMSCs provide two types of service: armed contractors and armed convoy escort vessels. ***Armed Contractors*** are typically ex-Navy personnel with shipping industry-accredited safety and training qualifications, and work in teams of 3-6.[16] Maritime PMSCs offer a full suite of counter-piracy services, including hardening of vessels in accordance with industry standards, crew counter-piracy training, and preparation of onboard citadels. Contractors embark with body armour, medical kits, satellite communications, night-vision equipment and weapons usually small arms such as AK47s and RPK light machine guns.[17]

Armed Convoy Escort Vessels: PCASP with private armed patrol boats are attractive to shipping companies as they do not require weapons-carriage on company ships, hence do not compromise their right to innocent passage through territorial waters and any consequences of firing weapons are outsourced to the captain of the private armed patrol boat. Presently, 40 private armed patrol boats operate in the Indian Ocean and the most sophisticated of these private navies is outfitted with three large boats in Singapore - each with a crew of 20, capable of carrying 40 private marines, and equipped with a helicopter and drones.[18] They operate by establishing exclusion zones around the client ship and challenging suspicious boats that approach them. The status of private armed patrol boats under international law is unclear as they could themselves even be defined as 'pirates' as they use aggressive force on the high seas without government authority.[19]

---

14) Jerry Seper, [2014] "Blackwater Joins Fight Against Sea Piracy", The Washington Times December 4, 2008; http://www.washingtontimes.com

15) The State of Maritime Piracy 2013 Report [2014], Oceans Beyond Piracy.

16) James Brown [2012] "Pirates and Privateers: Managing the Indian Ocean's Private Security Boom" September 12; www.iowyinstitute.com

17) See, "Locked and Loaded: What a Ship-owner Needs to Know When Considering the Use of Armed Security Guards": www.american-club.com.; See Aspida Maritime Security, www.aspida.org and Sea Marshals Ltd website: http://www.seamarshals.com

18) James Brown [2012] "Pirates and Privateers: Managing the Indian Ocean's Private Security Boom"September12; www.iowyinstitute.com

19) See A Schwartz [2010], "Corsairs in the Crosshairs: A Strategic Plan to Eliminate Modern Day Piracy", New York University Journal of Law and Liberty 5 (2); Andrew Palmer [2012] The Use of Armed Guards, Legal and Practical Issues, http://www.idaratmaritime.com/

Cap XIV.pmd 270 16/09/2016, 12:44

Vessel Protection Detachments or VPDs: A VPD is a team of military personnel, usually from the Marine force of the flag state. With shrinking defense budgets, governments are privately hiring out their soldiers to provide security onboard commercial ships. VPD's are hired out to individual shipping companies for protective duties in high risk transit areas or aboard World Food Program vessels. The list of countries offering VPDs has increased in the past five years in spite of blurring the lines between 'sovereign services' and 'mercenaries'. VPD teams are commonly offered by African nations to assist companies operating in their territorial waters. European naval forces have offered VPDs to cruise liners and World Food Program ships in the piracy high-risk area. There are a number of problems associated with the use of vessel protection detachments, which are often more expensive than private alternatives and often in short supply.[20] Short supply of VPDs has further increased usage of maritime private security as a way to reduce state liability and avoid the domestic political costs and diplomatic externalities arising from the use of state military personnel.[21]

Floating Armouries: Due to the tightening of state regulation over the use of land-based armouries, restrictions on weapons in some territorial waters, as well as the high cost of permits and storage in government-owned, land-based armouries, maritime PSCs have increasingly turned towards floating armouries for convenience, economy, and safety. These are vessels used to store weapons, ammunition, and related equipment such as body armour and night vision goggles, and which provide other logistics support including accommodation, food and medical supplies storage for PCASP engaged in vessel protection. They are typically commercially-owned vessels, often anchored in international waters. These vessels are not purpose-built, but ships that have been converted and retrofitted, such as ships that were previously offshore tugs, anchor handlers, research vessels, patrol boats and a roll on-roll off ferry.[22] Presently located in the Gulf of Oman, in the Red Sea and off the coast of Sri Lanka, floating armouries allow quick turn-around time of personnel, allowing them to service more clients and making those services more cost-effective. One company may own and/or run several floating armouries, and weapons and other equipment may be embarked or disembarked at any of the armouries. They even serve as rental platforms to lease firearms to under-equipped PMSCs. Critics opine that the armouries themselves could be targets for attack by pirates or terrorists. An industry newsletter in 2012 stated that there were between 10 and 12 armouries operating at any one

20) John S. Burnett [2002], Dangerous Waters: Modern Piracy and Terror on the High Seas, New York, Dutton. See also "Piracy - Robbery or Illegal Violence at Sea" February 2, 2015 http://www.gard.no; Roger L. Phillips [2012], "Use of Private Guards and VPDs Remains Controversial"; http://piracy-law.com April 9.

21) Caldwell, Graham, 2012. "Private Security and Armed Military Guards: Minimising State Lability in the Fight against Maritime Piracy." RUSI Journal 157(5): 16–20.

22) See MNG Maritime, 'Logistics, Storage and Transfer Services for the Private Maritime Security Industry'; http://www.mngmaritime.com/

Cap XIV.pmd 271 16/09/2016, 12:44

time and the EU Naval Force reported that there were about 20 floating armouries in the area.[23] However, information released in September 2014 by the UK Government suggests that the number of floating armouries may be significantly higher as it confirmed that as of September 2014 it had granted licenses for 90 UK-registered PMSCs to use 31 floating armouries. As this number only represents floating armouries licensed for use by UK PMSCs, the actual number of armouries may be higher.[24]

Maritime PCASP are able to offer many potential benefits to the shipping companies, marine insurance companies and coastal governments by preventing loss of life and property, supplementing the NATO flotilla warships and reducing marine insurance premiums. With ongoing demand, classifying PMSCs is complicated as some consist of few employees, whereas others are large, publicly-traded corporations. Many PMSCs are based out of large consumer states, such as the United States and the United Kingdom, while others are indigenous to the states in which they operate. While some PMSCs hire mostly ex-military or police personnel from their home states, others draw heavily on "third-country nationals" (TCNs).[25] Initially only British and European guards were deployed as armed security guards and they were paid as much as 3000 USD per month. With growing competition amongst PMSCs and the entry of Indian, Nepalese, Filipinoand eastern European Sea Marshalls, some companies provide Sea Marshalls for as low as 700 USD a month.[26] Thus there is concern as to whether some of the armed guards deployed have sufficient competency and skill to use weapons, and apprehension that the use of weapons may escalate an already dangerous situation. Such variance in the function and character of PMSCs, makes attempts at categorization challenging.

India and Indian Ocean:

Projected to be the world's single largest importer of oil by 2050, India's mercantile trade constitutes 41% of its GDP with a value of 77%, and 90% of it is sea-borne. The volume of India's trade through the Gulf of Aden is estimated close to $110 billion annually, with 24 Indian-flagged merchant ships transiting it every month.[27] The costs of Somali piracy are getting heavier for India which has the largest coastline in the

23) Rickett,O., 'Piracy fears Over Ships Laden with Weapons in International Waters', The Guardian, 10/01/2014, http://www.theguardian.com/

24) Small Arms Survey [2015], "Floating Armouries in the Indian Ocean", Number 52 May 2015; http://www.smallarmssurvey.org/

25) Deborah Avant Mark Berlin and Karl Kruse, [2011] "Monitoring the Global Private Military and Security Industry: What Do We Know, What Do We Need to Know, and How Can We Know It?", IGCC Occasional Paper No. 4.

26) William Simon.O [2014] 'Assessing State Jurisdiction and Industry Regulation over Private Maritime Security", An International Comparative Regulator Review.

27) Rear Admiral Daya Dharmapriya [2012] "Countering Maritime Piracy: A South Asian Perspective" Regional Counter-Piracy Workshop, Colombo, Sri Lanka 27-28 September.

Cap XIV.pmd 272 16/09/2016, 12:44

region. It has borne the additional costs of strengthening its 24/7 surveillance closer to its western coast line and additional deployments in the Eastern and North Eastern Arabian Sea to check the piracy movement westward. The IMO's revised HRA for commercial ships from 65 degrees East Longitute to 78 degrees has virtually declared the entire Arabian Sea as piracy-infested and has led to re-routing of ships through Kanyakumari, thus virtually touching Indian shores.[28] Technically it is almost 35 nautical miles from the baseline and an unwarranted encroachment into India's EEZ (Exclusive Economic Zone). Further international maritime traffic density came hugging the Indian coastline to avoid the said HRA-related additional war risk premium. This, in turn, led to maritime congestion jeopardizing maritime safety as it interfered with the Indian shipping and fishing fleets. The positioning of armed security guards on board merchant vessels to deter piracy attacks has proliferated as the presence of unregulated foreign owned and operated floating armouries near India's coastline has increased, potentially jeopardizing Indian maritime security interests.[29] UNCLOS provides little clarity on the legal status or protections for PMSCs performing embarked duties or vessel-protection escorts when operating in territorial waters. India has experienced two of the noted incidents surrounding armed ship guards. These incidents highlight the complications and possible risks regarding unregulated PCASP in the Indian Ocean Region.

The *Enrica Lexie Case:*

It is absolutely clear, as far as the UNCLOS is concerned, that all vessels enjoy the right of innocent passage in the territorial waters of any country as long as it is peaceful and does not infringe the laws of the land which extend up to 12 nautical miles of territorial waters. The crime of piracy is a breach of *jus cogens* (or a peremptory international norm) but there can certainly be *no* reason or justification for sudden panic and unprovoked use of force at the first sight of an approaching boat or dinghy. On February 15th 2012, Italian military guards on an oil tanker Enrica Lexie allegedly shot and killed two Indian fishermen after mistaking them for pirates. After the incident, Indian authorities bunged the oil tanker and arrested the Italian security guards and, on investigating the shooting, charged them with murder. Italy challenged the exercise of Indian jurisdiction over the shooting claiming that Italy should have exclusive jurisdiction over the events. India, by contrast, claims to be able to exercise jurisdiction based on its internal laws.The incident has since led to a diplomatic row between India and Italy. Italy argued that its marines lawfully fired in self-defence as the fishermen manoeuvred aggressively and ignored warning shots. India argued that the marines used a disproportionate degree of force and should stand trial for manslaughter in

28) See Michele Vespe, Harm Greidanus, Marlene Alvare [2015] "The Declining Impact of Piracy on Maritime Transport in the Indian Ocean: Statistical Analysis of 5-year Vessel Tracking Data Marine Policy" Volume 59, September, pp. 9–15.

29) Eboli, V. and Pierini, J.P. [2012]. 'Coastal State Jurisdiction over Vessel Protection Detachments and Immunity Issues: The EnricaLexie Case' Military Law and the Law of War Review 51, pp 117-148.

Cap XIV.pmd 273 16/09/2016, 12:44

India. The marines were awaiting word from India's Supreme Court 'on the issue of jurisdiction' as it has now been agreed upon that the incident took place in contiguous waters, not international waters as initially believed.[30]

ISSUES

First is the fact that the vessel did not report a firing incident as required by mandatory regulations. Guidelines issued by the Indian Ministry of Shipping, SR-13020/6/2009-MG (pt.) dated August 29th 2011 make it mandatory for all Indian and foreign commercial merchant vessels with armed guards and military weapons to obtain a Pre-Arrival Notification for Security (PANS) clearance prior to entrance and transit through the Indian Exclusive Economic Zone (EEZ) and/or the Indian Search and Rescue Region (ISRR).[31] Secondly Military personnel are usually granted immunity by their government but VPDs are an explicit alignment of national military power with private commercial interests. Military personnel embarking as a VPD provide protection to that particular ship and do not contribute to the wider counter-piracy fight. Movements of VPDs are dictated by shipping companies rather than governments, and are under the command of the civilian ship captain. Thus VPDs create substantial ambiguity about their identity. Port officials may be unclear as to whether military detachments are fulfilling other functions, such as intelligence collection, when they enter port on a civilian ship. States may choose to treat civilian vessels carrying VPDs as warships instead, with wider implications for legal and diplomatic status. The state may suffer the consequences of private decisions and might be perceived as an instrument of state policy.[32]

Initially, the incident highlights issues such has piracy on the high seas, innocent victims, multimillion dollar business ventures, allegedly false evidence, mistaken identities and high diplomacy. At its base, the dispute is a legal one dealing with the right to criminalize behaviour, the authority to seize a vessel on the high seas and the jurisdiction to try those accused of murder and the status of immunity. Both India and Italy are likely to raise several valid points as they try to settle the dispute.[33] The

---

30) M. Nalapat, [2012] 'The Italian Navy Strikes Again', SundayGuardian, 21 May; and also 'Italian Naval Guards will have to Undergo Trial in India', The Times of India, 27 June. Guilfoyle [2012], 'Shooting Fisherman Mistaken for Pirates: Jurisprudence, Immunity and State Responsibility', EJIL Analysis blogpost, March 2; http://www.ejiltalk.org/

31) Badani Ports, [2012] "Trade Notice–Pre Arrival Notification of Security (PANS)", 12 May, www.adaniports.com; Commander Gurudeep Bala "Private Maritime Security Contractors and Legal Framework"; http://indiannavy.nic.in

32) David Isenberg [2012] "The PMSC Silver Lining in the Indian Ocean, September 14, "www.huffingtonpost.com; see Eugenio Cusumano& Stefano Ruzza (2015) "Contractors as a Second Best Option: The Italian Hybrid Approach to Maritime Security", Ocean Development & International Law, 46:2, pp 111-122.

33) See Joseph William Davids[2013] "Jurisdiction And Diplomacy On The High Seas: India Vs. Italy" UNCLOS Blog At World Press 2 February; Sandeep Dikshit [2012] "Italy Works Back Channels, Sea

Cap XIV.pmd 274 16/09/2016, 12:44

international legal community will look to how the Indian legal system addresses the issues of jurisdiction and sovereign functional immunity in this judicial process.

MV Seaman Guard Ohio:

The Indian Navy has expressed serious concerns over unregulated armed guards deployed on private merchant ships crossing Indian waters, as intelligence inputs indicate that some of the ships have serving and former combatants from the armed forces of certain countries deployed on private ships posing as security guards. India also fears that some of these private guards can both be spies as well as agents looking for infiltration to carry out terror attacks in India. On 26th November 2008, India witnessed a terror attack on the coastal financial city of Mumbai, killing 180 people and injuring over 300.[34] The terrorist attack attracted international attention as the terrorist reached Mumbai by sea using a 'hijacked fishing trawler' and killing a ship captain. Since then, India has increased vigilance in its coastal waters.

This was how US-owned and Sierra Leone-flagged MV Seaman Guard Ohio was caught in October 2013, after a tip-off from Indian fishermen, who reported that the vessel was trying to procure fuel without entering Tuticorin port. The ship, owned by US-based maritime security firm AdvanFort International Inc., was intercepted off the coast of Tamil Nadu and later escorted to VO Chidambaranar port (Tuticorin port) on the eastern seaboard and 10 crew and 25 security guards were detained by India's Coast Guard for carrying 35 assault rifles and around 5,680 rounds of ammunition in Indian waters without valid permits. The owner of Seaman Guard Ohio stated that the arms and ammunition on the ship were purchased legally and meant for use in counter-piracy operations to safeguard vessels in high-risk areas.[35]

ISSUES

The case has raised jurisdictional issues arguing that the ship was outside India's territorial waters when it was intercepted by the Coast Guard. In fact, the firm claims that it strayed closer to Indian waters to refuel and escape a cyclone that hit India's eastern coast around the time. According to a Coast Guard official, the ship was 15 nautical miles off the coast when it was intercepted. But the 12 nautical mile-limit for India's territorial waters does not apply in this case because the Gulf of Mannar—

Law To Get Marines Off Indian Hook", The Hindu, February 22; Nigel Bankes [2015] "ITLOS, the Enrica Lexie Incident and the Prescription of Provisional Measures", The blog of the K.G. Jebsen Centre for the Law of the Sea September 9; "Enrica Lexie Incident [Italy v India]" [2015] International Tribunal for the Law of the Sea, Case 24, August 24.

34) OldSailor [2008] "Terrorists May Have Used Sea Route to Launch Attacks in Mumbai", November 27, www.marinebuzz.com

35) Edward Lundquist, [2013] "M/V Seaman Guard Ohio Remains Detained in Indian Port", Defense Media Network, October 21; http://www.defensemedianetwork.com

Cap XIV.pmd 275 16/09/2016, 12:44

where the ship was intercepted—is an eco-sensitive zone with several small islands and would require a slightly different yardstick to measure the water limit. The crew has been booked under India's Essential Commodities Act for buying 1,500 litres of diesel illegally with the help of a local shipping agent. The Indian government has labelled the vessel operated by PMSC AdvanFort, a "floating armoury"; the company's spokesman denied the categorization, saying the ship serves as an escort vessel that was unable to dispose of its weapons prior to entering port due to the sudden nature of the detainment by the Indian Coast Guard.[36] The Indian Coast Guard countered that violation of the PANS, stating that the vessel did not have any authorization from the flag nation to carry out duties of armed escort. However, Advan Fort says that it had the requisite permits and licenses and that the weapons were properly registered and licensed to the firm. The Coast Guard asserts that the crew did not have appropriate documentation regarding the weapons carried onboard or the logs of duties performed by 25 armed guards of four different nationalities and there is no record of these personnel on ships.

After detention and investigation, the multinational crews were set free by the Madras High Court, which declared it an unintentional, accidental act and not one of criminal conspiracy. Even so, the questions persist regarding the control of arms supplies to PSCs operating in the HRA. The incident brought to light how vessels could easily violate regulations set by the coastal state and highlighted the fact as to how vessels with inadequate documentation could easily carry a large number of weapons with little or no oversight.[37] The incident has brought demonstrated that the carriage of weapons on board merchant ships is not straightforward and there are instances where some armed response teams have illegally hidden weapons on board a ship, creating a potential legal problem for the Master and the ship's owners.

India has been arguing tha, as there no central regulation, it is almost impossible to estimate the number of weapons and quantity of ammunition in circulation with the PMSCs. So far only Netherlands and the UK have provided public information regarding small arms transfers to maritime PMSC and the use of floating armouries. The total number of PMSC firearms in the HRA estimated is in the range of 7,000 to 10,000.[38] This is exacerbated by the fluid way in which arms are moved by PCASP from multiple armouries and locations, as nearly 20 ships stocked with assault rifles and other small arms, as well as ammunition, are scattered around the Red Sea, the Gulf of Aden and the Indian Ocean. Faced with a lack of any provisions and sufficient

36) Anupama Chandrasekaran, [2013] "India Charges 33 Aboard Armed US Anti-piracy Ship", Reuters, 19 October; www.reuters.com

37) Subarami [2014], "Court sets Free Crew of Armed US Ship, Says they Came for Food, Fuel", The Times of India.com, 11 July; Queen Mary [2015] "Framing of Charges in Armed Vessel Case" The Hindu, August 13.

38) Small Arms Survey [2015] "Stockpiles at Sea; Floating Armouries in the Indian Ocean" Weapons and the World, Cambridge University Press.

Cap XIV.pmd 276 16/09/2016, 12:44

intelligence inputs on some ships having combatants posing as security guards, India feels this is not only affecting its fishermen but also posing security threat to Indian shores, since it is difficult to differentiate between a terrorist and a guard.[39] The problem faced by such floating armouries is logistics and supplies as they operate outside any coastal jurisdiction. A number of PMSCs used Sri Lanka as a regional launching pad, believing its laws were easier to work through. The Sri Lankan government outlawed private arms as it found proof that British PMSCs had breached its laws – essentially smuggling arms into the country. This stringent effort to control armouries through regulation is due in part to their use by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) during the Sri Lankan civil war.[40] In a 2012 report, the UN Security Council committee on Somalia and Eritrea said that the armoury business was "uncontrolled and almost entirely unregulated", posing additional legal and security challenges for all parties involved. India, fearful that armouries present a security risk, is pushing the IMO to develop guidelines for regulating the industry.[41]

Since 2011, India has been consistently taking up the issue of the restoration of the HRA to the 65 degrees East longitude in the IMO and the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia (CGPCS).

Due to India's efforts, international bodies such as the International Chamber of Shipping and others have now agreed to push back the HRA and the shift would come into effect from December 1st 2015.[42] The IMO views PCASP through the prism of Somalian piracy as temporary measure to be overtaken by greater deliberations in future.

The International Maritime Organization (IMO):

The IMO is recognized by UNCLOS as competent to develop or revise existing rules in connection with the adoption of international shipping rules and standards concerning maritime safety. The IMO does not endorse the PCASP but has issued guidance since 2011 to PMSC providing armed security guards on board ships in high-risk areas. Many maritime nations, including India, have established rules for deploying armed private security guards on board their ships. But oversight of private maritime

---

39) See Vineeta Pandey [2013] "Armed Guards on Private Ships Worries India, Navy Fears Security Risk" http://daily.bhaskar.com Dec 04; see also "Armed Guards Back in Spotlight after Detention of Anti-piracy Ship in India"; http://www.livemint.com/, Oct 24 2013.

40) Scott C-P [2014] "The Private Maritime Security Companies of South and Southeast Asia?" (Part 2), April 21; www/cimsec.org

41) "How Floating Armouries Help Guard Cargo Ships from Pirates on High Seas, "Hellenic Shipping News", February4 2015; www.maritimeindia.org

42) "Re-Drawal of the High Risk Area in the Indian Ocean - Major Gain for India on Global Maritime Stage"; Press Information Bureau Government of India; Ministry of Shipping; October 9 2015; http://pib.nic.in

Cap XIV.pmd 277 16/09/2016, 12:44

security operations and armed private security guards has become confusing, as state jurisdiction is unclear or blurred, and occasionally the states involved may enter into dispute to avoid responsibility and jurisdiction.[43] Inadequate and inaccurate data about piracy attacks counteracts the establishment of effective and consistent procedures, as underreporting of pirate attacks and crime at sea remains a significant and persistent problem. Currently, ship operators and owners are only requested, but not required, to report all incidents involving 'pirates' or 'suspected pirates' or 'use of force' by 'private guards' to the International Maritime Bureau. Furthermore, there are reports of unreported 'serious injuries' or 'fatalities at sea' as a result of 'counter-piracy actions' by PCASP at sea. A full independent and effective investigation by law enforcement personnel needs to be undertaken to ensure that national and international law has been followed during such incidents.[44] Though PCASP operate in a quasi-military capacity, they are civilians, working under a civilian mandate. The rights to preemptive force, boarding operations, and detention of suspects are held exclusively by military forces.[45] Hence, countries that hire out their military personnel risk being embroiled in 'disputes beyond their control'. With private security booming in the Indian Ocean, the IMO is not equipped as an international body to regulate or evaluate the security of floating armouries. There is a lack of regulation on the storage capacity of floating armouries and no published limits on the quantity of arms and ammunition that are stored on board and are in usage. There is a risk of a mini-arms race developing as floating armouries offer weapons and men for hire.

The IMO could take the initiative to establish a clear and concise model set of *Rules for Use of Force*. It could also implement standards which are applicable for floating armouries such as the International Small Arms Control Standards, which provide guidelines on stockpile management of weapons. States may take the initiative to establish firmer methods for vetting, employing, operating, and reporting PCASP, as well as the carriage of weapons, than is mandated by the IMO. At an individual level, governments can be more effective in tracking former navy and army members who have become guns for hire on the high seas. A better option is for the flag state to license sea marshals under a uniform international licensing regime that regulates and standardizes use of weapons, engagement, personnel training and qualification,

43) See Simon O. Williams [2014] 'State Jurisdiction over Privately Contracted Armed Security Personnel at Sea', December www.kcl.ac.uk; Anna Mihneva Natova [2005] "The Relation Between UNCLOS and the IMO Conventions"; http://www.un.org; Joel Christopher Coito [2013], Pirates vs. Private Security: Commercial Shipping, the Montreux Document, and the Battle for the Gulf of Aden, 101 Cal. L. Rev. 173; http://scholarship.law.berkeley.edu

44) Noah D. Lombardo [2014] "Underreporting of Crimes at Sea: Reasons, Consequences, and Potential Solutions" November; http://oceansbeyondpiracy.org/; see also Matt Walje [2013] "Private Maritime Security Companies and the Use of Force" Private Security Monitor Spring 2013.

45) See Jessica N.M. Schechinger [2015] "Flag States, Privately Contracted Armed Security Personnel and Human Rights Violations at Sea" March 24, 2015 http://piracy-studies.org; Alice Priddy and Stuart Casey-Masle [2010], "Counter-piracy Operations by Private Maritime Security Contractors, Key Legal Issues and Challenges" Journal of International Criminal Justice 10, pp. 839-856.

Cap XIV.pmd 278 16/09/2016, 12:44

and penalties. Alternatively an international non-government organization could closely monitor and regulate PCASP activities till UNCLOS adopt a comprehensive convention regulating them.

Conclusion

It is thus clear that the use of PCASP is a phenomenon that cannot be ignored at the international level, especially in the field of piracy, and that private security services have a potential worldwide market value of approximately $200 billion a year. The use of private security at sea is not only a viable option, but a necessity for secure maritime trade and maritime governance. There is an appropriate long-term role for private companies to provide security for port security, high-value transit protection, training of VPDs and security forces, and marine resource protection. PCSAP could also be used for transnational counter maritime terrorism. Modern maritime piracy and other security threats are not just confined to the Indian Ocean and Red Sea zones. PCASP are also offering services in other regions, as data from the International Maritime Bureau shows that sea attacks now are more common off oil-rich West Africa than off the Somali coast, and also that the hijacking of vessels to siphon off fuel cargo is on the rise in the waters near Indonesia. But use of PCASP is complicated in these areas, partly because the trade routes pass closer to land, giving coastal nations more territorial jurisdiction. Further the armoury business is confined to the waters off Somalia and a shift in existing policies would be required to authorize the use of floating armouries in West Africa. The boom in private security in the Indian Ocean has caught governments by surprise. UNCLOS provides little or insufficient guidance to deal with the emerging maritime challenges regarding PMSC and PCASP. India maintains that amending UNCLOS could be a feasible option to incorporate necessary changes as a response to emerging maritime issues. Furthermore, a *sui generis* regime could be negotiated to deal with piracy and terrorism.

The growing importance of ports and shipping lanes in the Indian Ocean, the rise of China and India as significant regional and global players, the engagement of the United States and other Western powers in the region, and climate risks to coastal economies and communities across the Indian Ocean ensure that the area will continue to play a strategic role in global politics in the coming decades. Thus, in the 'Asian Century', as non-state threats outpace state capacity, private security should be regulated as PMSCs and PCASP are relatively new terms in the field of maritime security. It could therefore be concluded that, as a long-term procedure, synergy is required between the navies and PCASP to safeguard the high seas for maintaining good order at sea.

Cap XIV.pmd 279 16/09/2016, 12:44

CHAPTER 15
La place des acteurs privés dans la prévention et le contrôle des atteintes à l'environnement marin

Odile DELFOUR-SAMAMA
Maître de Conférences
Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes

***Abstract**: It is currently acknowledged that Non Governmental Organizations (NGOs) play an increasing role in the implementation of environmental law. The ever-increasing presence of some organizations poses the challenge of "governance without government", specifically in marine areas, because of the lack of state jurisdiction on the high seas. The participation of NGOs can take many forms, ranging from cooperation to confrontation with the states. In the first hypothesis, the NGOs may influence the process of environmental protection thanks to their participation in the international negotiation process to a lesser extent, or in the proceedings before International Courts and Tribunals. The second hypothesis refers to the activities of some NGOs which try to prevent states from acting in a way they believe does not conform with international norms. If the right to peaceful protest is guaranteed by human rights norms, it must then remain peaceful. With regard to this, NGOs can promote a better partnership with states in order to address environmental problems on a global scale.*

***Résumé** : Il est maintenant communément admis que les organisations non gouvernementales (ONG) jouent un rôle croissant dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit international de l'environnement. L'importance prise par certaines de ces ONG qui s'autoproclament en charge de l'intérêt général conduit d'ailleurs à se poser la question d'une « gouvernance sans les gouvernements » et ceci avec d'autant plus d'acuité que sont concernés des espaces marins au-delà des juridictions nationales. La participation des ONG recouvre néanmoins une large variété de situations incluant des formes institutionnalisées de coopération avec les États jusqu'à des hypothèses de confrontation. En effet, si la plupart des ONG tentent d'influer sur*

Cap XV.pmd 281 16/09/2016, 12:48

la norme en participant à sa formulation ou en en surveillant l'application, d'autres ont adopté des mesures plus radicales et dénoncent les actes qu'elles estiment, sinon illicites, tout au moins répréhensibles de certains États. Sans remettre en cause le droit de manifester, composante de la liberté d'expression, il convient de souligner que cette contestation se doit de rester pacifique et sans danger pour la navigation. Au-delà de certaines dérives, on ne peut que souhaiter que l'action des ONG favorise un meilleur partenariat avec les États dans le but de mieux appréhender des problèmes environnementaux à l'échelle mondiale.

Cap XV.pmd 282 16/09/2016, 12:48

Piraterie, trafic d'armes ou de stupéfiants… les activités illicites imputables à des personnes privées donnent lieu à des réponses étatiques. Mais l'illicite peut revêtir plusieurs facettes et les États sont également susceptibles d'être à l'origine de ce que le droit international public qualifie de faits illicites, à savoir un comportement non conforme à leurs obligations internationales, que celles-ci soient d'origine conventionnelle ou plus rarement en droit international de l'environnement, issues de la coutume.

Or, la société internationale reste une société composée d'entités souveraines non hiérarchisées au sein de laquelle ce sont les États qui sont en charge de l'exécution de normes qu'ils ont d'ailleurs eux-mêmes élaborées. La réaction à l'illicite reste donc de leur ressort et, de ce fait, n'échappe pas à une certaine forme de contingence.

C'est encore plus particulièrement le cas en haute mer, espace international gouverné par le principe de l'exclusivité de la loi du pavillon, tel qu'énoncé par la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, dite Convention de Montego Bay (CMB)[1]. Si des mécanismes de coopération entre États ont pu voir le jour pour contrer les activités illicites qui sont le fait de personnes privées, le droit international est moins armé quand il s'agit de répondre à l'inertie de certains États, que ces derniers soient complaisants ou qu'ils interprètent systématiquement à leur profit les normes internationales. Face à cette situation susceptible d'aggraver les menaces qui pèsent sur l'environnement marin, des organisations non gouvernementales (ONG) ont pris le relai. Elles dénoncent, par des actions souvent très médiatisées, les actes qu'elles qualifient elles-mêmes sinon d'illicites, tout au moins de répréhensibles, qu'il s'agisse de la chasse à la baleine en Antarctique, du chalutage en eau profonde ou d'autorisations de forage pétrolier accordées dans une zone aussi sensible que l'Arctique.

Cette situation de fait amène deux constats et une interrogation. En premier lieu, il apparaît que les ONG, à défaut d'être des sujets de droit international, sont devenues de véritables acteurs de la scène internationale aussi bien en raison de leur nombre, qui a sensiblement augmenté depuis la seconde guerre mondiale, que de par la variété de leurs missions. À titre d'exemple, 1 400 ONG ont été accréditées à la conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement à Rio en juin 1992, tendance qui va se confirmer et se développer au fil des conférences suivantes[2]. Actuellement, plus de 4 000 ONG, nationales et internationales, sont dotées du statut

1) Article 92-1 de la Convention de Montego Bay, 10 décembre 1982 : « *Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer* ».

2) Il convient de noter que le nombre important d'ONG a conduit, dans la plupart des conférences internationales, à la mise en place de véritables conférences parallèles abritant dans certains cas plus de personnes que la conférence intergouvernementale elle-même.

Cap XV.pmd 283 16/09/2016, 12:48

consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations Unies[3].

Cette augmentation s'est naturellement accompagnée d'une diversification de leurs missions. Si les premières ONG[4], telles que la Croix-Rouge, ccréée en 1863, Amnesty International ou Human Rights Watch avaient essentiellement une mission humanitaire, elles ont été rejointes par des ONG à vocation environnementale, héritières des sociétés savantes du 19ème siècle. L'Union internationale pour la conservation de la nature (1948), World Wide Fund for Nature (1961), Greenpeace International (1971) ou ATI Amis de la Terre International (1971) figurent certainement parmi les ONG les plus connues du grand public. Il convient, en outre, de compléter cette liste en y ajoutant les ONG qui militent contre les effets de la mondialisation, comme le fait, depuis 1998, l'Association pour la taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne, plus connue sous l'acronyme d'ATTAC.

Au-delà de ces grandes thématiques, aucun secteur de la vie sociale, aucune région du monde, n'échappe à ce mouvement d'institutionnalisation[5]. Deux principales raisons sont avancées pour expliquer l'implication grandissante de ces acteurs dans la vie internationale[6].

La première tient à la démocratisation de la sphère internationale qui met en évidence une amélioration des droits de participation des acteurs non étatiques, au niveau national, bien sûr, mais également au niveau international, comme évoqué au Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992) aux fins duquel :

> « *Nous considérons que la démocratie, la bonne gouvernance et l'état de droit, au niveau national et au niveau international, ainsi qu'un environnement favorable, sont des conditions « sine qua non » du développement durable, notamment d'une croissance économique soutenue et partagée, du développement social, de la protection de l'environnement et de l'élimination de la faim et de la pauvreté. Nous réaffirmons que pour atteindre nos objectifs en matière de développement durable, nous devons nous donner, à tous les*

---

3) L'ECOSOC est l'organe des Nations Unies chargé des questions économiques et sociales. Il se compose de 54 membres dont 18 sont élus chaque année par l'Assemblée générale des Nations Unies pour un mandat de 3 ans. La liste complète des ONG bénéficiant d'un statut consultatif à l'ECOSOC est accessible sur le site du Conseil économique et social *(csonet.org/content/documents/E-2014-INF-5).*

4) L'Anti-Slavery Society, fondée en 1839, est souvent mentionnée comme le premier exemple d'ONG. Elle perdure toujours à travers l'ONG Anti Slavery International.

5) Ce mouvement n'est cependant pas totalement nouveau ; l'émergence d'une société civile transnationale est apparue avec les Lombards au XVIe siècle, puis avec les banquiers de Genève et de Londres au XVIIIe siècle, Audeoud O. (2003), « Le statut de la société civile internationale, un statut pour les ONG ? », *in L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?* (2003), Gherari H. et Szurek S. (éd.), Cahiers internationaux n° 18, Pedone, p. 24.

6) Gherari H. et Szurek S. (éd.), *op. cit.*, p. 90.

Cap XV.pmd 284 16/09/2016, 12:48

échelons, des institutions efficaces, transparentes, responsables et démocratiques ».

La seconde raison découle directement de l'accroissement rapide de la gamme de matières relevant de la sphère internationale. Or, dans une société qui se globalise, les intérêts - et les menaces - sont de plus en plus amenés à transcender les frontières.

De ce premier constat découle celui d'une distorsion entre l'amplification du rôle des ONG sur la scène internationale et l'absence d'une définition de ces entités qui, de ce fait, sont dépourvues d'une personnalité juridique internationale.

Ainsi, si au niveau universel, la Résolution 1996/31 du Conseil économique et social des Nations Unies du 25 juillet 1996 « *Relations aux fins de consultation entre l'Organisation des Nations Unies et les organisations non gouvernementales* », évoque bien les ONG, elle n'en donne pas pour autant une définition précise. La Résolution se contente en effet d'énumérer un certain nombre de principes conditionnant l'octroi d'un statut consultatif aux ONG, parmi lesquels des buts conformes à ceux des Nations Unies, une réputation établie, un acte constitutif ainsi que le droit de parler au nom de ses membres. Le Conseil de l'Europe reste donc, jusqu'à présent, l'unique cadre (régional) dans lequel ait été négociée la seule convention qui participe à la reconnaissance internationale des ONG. Il s'agit de la Convention européenne du 24 avril 1986 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales, entrée en vigueur le 1er janvier 1991 qui, aux termes de son article premier, s'applique :

« *aux associations, fondations et autres institutions privées (ci-après dénommées ONG) qui remplissent les conditions suivantes :*

a. avoir un but non lucratif d'utilité internationale ;

b. avoir été créées par un acte relevant du droit interne d'une Partie ;

c. exercer une activité effective dans au moins deux États ; et avoir leur siège statutaire sur le territoire d'une Partie et leur siège réel sur le territoire de cette Partie ou d'une autre Partie ».

Cette Convention, au demeurant assez peu ratifiée[7], ne met pas en place un statut international de l'ONG mais encadre la reconnaissance d'une capacité juridique de cette demière puisque dès lors que l'ONG remplit ces conditions, elle bénéficie du principe de reconnaissance mutuelle au sein des États parties. L'ONG a donc, par

7) La Convention ne compte, à ce jour, que 11 ratifications sur les 47 États membres du Conseil de l'Europe. La France a ratifié la Convention le 26 novembre 1999. Pour une analyse détaillée de cette Convention, voir Wiederkher M.-O. (1987), « La Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des Organisations internationales non gouvernementales du 24 avril 1986 », *AFDI*, pp. 747-716.

Cap XV.pmd 285 16/09/2016, 12:48

nature, un statut juridique hybride : c'est une organisation à statut national et à vocation internationale[8].

Nous sommes donc en présence de critères *a minima* qui ne rendent pas vraiment compte de l'hétérogénéité du concept d'ONG et de la diversité de leurs formes d'action, notamment pour les ONG à vocation environnementale qui peuvent, tout à la fois, mener des actions militantes sur le terrain (actions coup de poing) dans le but d'éveiller l'attention du public sur un sujet déterminé[9] ; des actions de lobbying auprès des États afin d'influencer les décideurs politiques par le biais de rapports d'expertise ou de propositions à insérer dans des textes ainsi que, dans une moindre mesure, des actions judiciaires.

Ces deux constats nous conduisent à la question suivante : dès lors que certaines ONG contestent la capacité des États de transcender leurs intérêts individuels et s'autoproclament, de ce fait, en charge de l'intérêt public, peut-on alors imaginer une « gouvernance sans les gouvernements »[10] ? En d'autres termes, cette émergence des ONG signe-t-elle le déclin de l'État dans la défense d'un ordre public des mers menacé par l'augmentation des pollutions marines ou la perte de biodiversité ? Cette question du rôle des ONG sur la scène internationale n'est pas nouvelle[11] mais la

8) Soumy I, (2008), *L'accès des organisations non gouvernementales aux juridictions internationales*, Bruylant, p. 11.

9) Une illustration peut en être donnée par l'affaire *Brent Spar*. Les faits, qui remontent à 1995, concernent une plate-forme destinée au stockage de pétrole, que le groupe Shell avait décidé, après 15 ans d'exploitation, de couler, une fois vidée, par 2 000 mètres de fond. Greenpeace conteste néanmoins cette décision et organise une campagne de protestation qui conduit le groupe Shell à revenir sur sa décision. Les compagnies pétrolières, par crainte d'opérations de boycotts similaires ont, par la suite, constitué un fonds de démantèlement, *Droits maritimes*, Beurier J.-P. (2015-2016), (éd.), Dalloz, 3ème éd., p. 1582.

10) Selon les termes de R. Falkner (2003) *in* «Private Environmental Governance and International Relations : Exploring the Links», *Global Environmental Politics*, 3 (2), p. 72.

11) Vedder A. (2007), *NGO Involvement in International Organizations: A Legal Analysis*, Martinus Nijhoff Publishers ; Gherari H ; Szurek S (2003) (éd.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?,* Cahiers internationaux, n° 18, Pedone ; Laroche J. (2003) (dir.) *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Puf ; Breton-Le Goff G. (2002), *L'influence des Organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruylant ; Bettati M. et Dupuy P.-M. (dir.), (1986), *Les ONG et le droit international,* Economica, col. Droit international ; Pour les articles, voir notamment Agarwal A., (2008) "Role of NGOs in the Protection of Environment", *Journal of Environmental Research And Development*, Vol. 2, No. 4, Avril-Juin, pp. 933-938 ; Frank D. J., Longhofer W., Schofer E., (2007), «World Society, NGOs and Environmental Policy Reform in Asia», *International Journal of Comparative Sociology,* Vol. 48(4–5): 275-295 ; Epiney A. (2006), «The Role of NGOs in the Process of Ensuring Compliance with MEAs» in Beyerlin, Ulrich/Stoll, Peter-Tobias/Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: Academic Analysis and Views from Practice*, Leiden/Boston, pp. 319-352 ; Dias Varella M., (2005), Le rôle des organisations non gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement, *Revue trimestrielle du JurisClasseur* - J.D.I, pp. 41-76 ; Falkner R. (2003), «Private Environmental Governance and International Relations: Exploring the Links», *Global Environmental Politics*, 3 (2), pp. 72-87 ; Maljean-Dubois S., (2003) « La mise en œuvre du droit international de l'environnement », *IDDRI,* n° 3, pp. 5-64 ; Dan Tarlock A. (1992), The Role of Non-Governmental Organizations in the Development of International Environmental

Cap XV.pmd 286 16/09/2016, 12:48

spécificité de l'environnement marin, milieu à la fois fragile, ouvert et dont un espace non négligeable, la haute mer, échappe à la juridiction des États, ainsi que l'activisme de certaines ONG. nécessitent qu'elle soit revisitée.

Quant à la réponse, elle exige de distinguer selon que les activités des ONG se situent dans une forme de coopération avec les États (I) ou, au contraire, de confrontation avec ces derniers (II).

I. Une fonction de coopération

Intervenant sur un terrain, celui de la norme internationale, par essence dévolu aux États, les ONG tentent d'influencer le contenu de celle-ci (A) avant, dans un second temps, d'en surveiller la mise en œuvre (B).

A. Participation des ONG au processus de formation de la norme internationale

La participation des ONG au processus de formation de la norme internationale est l'élément essentiel de leur condition juridique. D'ailleurs, le droit international public consacre, dans l'ensemble, une véritable liberté des ONG d'être associées au dialogue qui précède la formulation de cette dernière. Ainsi, dès 1946, l'Article 71 de la Charte des Nations Unies prévoyait que :

> « *Le Conseil économique et social peut prendre toutes dispositions utiles pour consulter les organisations non gouvernementales qui s'occupent de questions relevant de sa compétence. Ces dispositions peuvent s'appliquer à des organisations internationales et, s'il y a lieu, à des organisations nationales après consultation du Membre intéressé de l'Organisation.* »

Novatrice pour l'époque, cette disposition a ouvert la voie à l'institutionnalisation de rapports consultatifs entre les organisations internationales et les ONG, étant entendu que cette participation se concrétise soit par l'octroi à l'ONG d'un statut d'observateur, soit par la reconnaissance de son expertise, soit par le cumul des deux.

À titre d'illustration, et sans aucunement prétendre à l'exhaustivité, l'article 169 de la CMB[12] autorise, pour les questions qui sont du ressort de l'Autorité internationale des

---

Law - Chicago-Kent Dedication Symposium: Environmental Law, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 68, Issue 1.

12) « 1. *Pour les questions qui sont du ressort de l'Autorité, le Secrétaire général conclut, après approbation du Conseil, des accords aux fins de consultations et de coopération avec les organisations internationales et les organisations non gouvernementales reconnues par le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies.*
2. *Toute organisation avec laquelle le Secrétaire général a conclu un accord en vertu du paragraphe 1*

Cap XV.pmd 287 16/09/2016, 12:48

fonds marins (AIFM), le Secrétaire général à conclure des accords aux fins de consultation et de coopération avec les ONG reconnues par le Conseil économique et social de l'ONU, accords qui ouvrent le droit à ces ONG d'assister aux réunions de l'AIFM en qualité d'observateurs mais également de distribuer des rapports écrits sur les sujets qui relèvent de leur compétence. Cette disposition rend compte de l'un des éléments classiques de la justification de la place des ONG sur la scène internationale, à savoir leur capacité d'expertise.

On retrouve une disposition presque similaire dans l'Accord de 1995 sur les stocks chevauchants[13] à l'article 12 :

> *« 2. Les représentants d'autres organisations intergouvernementales et d'organisations non gouvernementales concernées par les stocks de poissons chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs doivent avoir la possibilité de participer aux réunions des organisations et arrangements de gestion des pêcheries sous-régionaux et régionaux en qualité d'observateurs ou en une autre qualité, selon ce qui convient, conformément aux procédures de l'organisation ou arrangement concerné. Ces procédures ne doivent pas être trop restrictives à cet égard. Ces organisations intergouvernementales et non gouvernementales ont accès en temps opportun aux dossiers et rapports desdites organisations et desdits arrangements, sous réserve des règles de procédure régissant l'accès à ces dossiers et rapports ».*

Cette disposition est d'ailleurs conforme à celle du Code de conduite pour une pêche responsable qui, au moment des négociations précédant la signature de l'Accord, était en cours d'élaboration… en consultation avec les ONG[14]. Il n'est donc pas interdit d'imaginer des influences réciproques.

Dans la même veine, l'article 11 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (OSPAR)[15] autorise la Commission OSPAR, par un vote

---

peut désigner des représentants qui assistent en qualité d'observateurs aux réunions des organes de l'Autorité conformément au règlement intérieur de ceux-ci. Des procédures sont instituées pour permettre à ces organisations de faire connaître leurs vues dans les cas appropriés.

3. Le Secrétaire général peut faire distribuer aux États Parties des rapports écrits présentés par les organisations non gouvernementales visées au paragraphe 1 sur des sujets qui relèvent de leur compétence particulière et se rapportent aux travaux de l'Autorité ».

13) Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des ZEE (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, adopté le 4 août 1995. L'Accord est entré en vigueur le 11 décembre 2001. Il compte, à ce jour, 82 États parties. La France l'a ratifié le 19 décembre 2003.

14) Moins de 3 mois séparent l'adoption de ces deux textes puisque le Code de conduite pour une pêche responsable a été adopté en octobre 1995.

15) Cette Convention régionale, adoptée en 1992, est entrée en vigueur le 25 mars 1998. Elle compte actuellement 16 États parties.

Cap XV.pmd 288 16/09/2016, 12:48

à l'unanimité des Parties contractantes à admettre, en qualité d'observateur, toute ONG dont les activités ont un rapport avec la Convention. Ces dernières sont également autorisées à soumettre à la Commission toute information ou tout rapport relatif aux objectifs de la Convention. Actuellement, des ONG comme Greenpeace International, le World Wide Fund for Nature (WWF), les Amis de la terre bénéficient d'un statut consultatif auprès de la Commission OSPAR. L'UICN figure quant à elle, depuis la résolution 54/195 du 17 décembre 1999, parmi les entités et les organisations ayant reçu une invitation permanente à participer en tant qu'observateurs aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Il est évident que déterminer l'influence réelle de cette participation sur la formulation de la norme internationale est extrêmement difficile. Cette dernière emprunte, le plus souvent, des voies informelles à travers des prises de contact avec les délégations gouvernementales, l'organisation de campagnes médiatiques[16] ou l'échange d'informations au sein des comités consultatifs[17]. Évaluer la mesure dans laquelle l'influence grandissante des ONG sur les mécanismes de négociations internationales modifie la répartition du pouvoir normatif en droit international dépasse largement le champ de cette étude. Il faut néanmoins garder présent à l'esprit que les traités ou les résolutions d'organisations internationales sont toujours adoptées *in fine* par les États. Ainsi, « *dans l'immense majorité des cas, l'influence des ONG est seulement diffuse : importante mais impuissante à produire, à elle seule, des instruments de droit international par la voix des États* »[18].

Toutefois, si les États sont, dans l'ensemble, assez enclins à adopter de nouvelles normes environnementales et alimentent ce qui est parfois analysé comme une « profusion normative »[19], il en va différemment lorsqu'il s'agit d'assurer l'effectivité de ces mêmes normes. Un tel hiatus n'a pas échappé aux ONG qui participent de plus en plus activement au processus de mise en œuvre des normes internationales.

B. Participation des ONG au processus de mise en œuvre des normes internationales

Dans le champ de l'environnement en général, mais peut-être plus encore, du fait de l'immensité de cet espace, en matière d'environnement marin, l'effectivité des normes est encore loin d'être assurée. Parmi les outils à même d'accompagner les États dans le respect de leurs engagements conventionnels figure une technique issue du

---

16) Leroux N. (2010), *La condition juridique des organisations non gouvernementales*, Bruylant, p. 349.

17) Les grandes ONG environnementales sont admises en qualité d'observateurs auprès de l'OMI, qui bénéficie elle-même d'un statut d'observateur auprès de certaines Commissions, par exemple la Commission OSPAR.

18) Leroux N., *op. cit.*, p. 350.

19) Maljean-Dubois S. ; Richard V. (2004), « Mécanismes internationaux de suivi et mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement », *IDDRI,* n° 9, p. 6.

Cap XV.pmd 289 16/09/2016, 12:48

droit international des droits de l'homme et désormais éprouvée en droit international de l'environnement : la technique des rapports étatiques. En effet, de nombreuses conventions internationales exigent des États qu'ils rendent compte de la manière dont ils appliquent les dispositions d'une convention qu'ils ont choisi de ratifier, obligation qui se retrouve également dans le domaine de la protection de l'environnement marin. Ainsi, en application de l'article 23 de la Convention OSPAR, les Parties contractantes doivent rendre des rapports périodiques à la Commission permettant à cette dernière d'apprécier le respect, par les États, des dispositions de la Convention[20]. Si les modalités de cet accompagnement varient en fonction des conventions, certaines ONG, fortes de la qualité de leur expertise, fournissent un appui important en contribuant à améliorer les mécanismes de contrôle. C'est notamment le cas de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) qui participe au suivi de la Convention sur le commerce international des espèces menacées d'extinction (CITES)[21], adoptée en 1973, et dont les annexes listent des espèces marines comme des otaries (*Arctocephalus spp.*), des phoques (*Monachus spp.*), des baleines (*Eubalaena spp.*), des requins (*Carchahinidae spp.*), des poissons comme l'esturgeon (*Acipenser sturio*) ou des hippocampes (*Hippocampus spp.*). Il convient toutefois de souligner le statut très spécifique de cette organisation puisque l'UICN a la particularité d'être officiellement une ONG dont font partie des États et des organismes de droit public. Au total, 160 États y sont représentés, soit par leurs organismes officiels, soit autrement. À ce titre, l'UICN a très certainement contribué au développement du droit international de l'environnement.[22]

La participation des ONG au contrôle du respect du droit contribue donc à une meilleure effectivité de celui-ci[23], mais ce contrôle peut également revêtir une forme moins consensuelle et s'opérer par le biais contentieux. En droit international, cette participation peut en principe emprunter deux modalités, qu'il s'agisse de l'introduction d'une action devant une juridiction internationale ou de la participation à une action, en qualité de tiers, à une instance internationale déjà existante.

La première hypothèse s'avère probablement la moins fréquente : même si des évolutions sont à noter[24], les prétoires internationaux restent peu ouverts aux acteurs

---

20) Voir également art. 11-1-e de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (Marpol), 1973 ; Art. 17 du Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement, Madrid, 1991 ; Art. 26 de la Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée adoptée le 16 février 1976 et modifiée le 10 juin 1995 ; Art. IX-4-b de la Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, 1979.

21) Un *Memorandum of Understanding* (MOU) a été signé le 1er novembre 1999 entre TRAFFIC International, programme conjoint WWF/UICN et le Secrétariat de la CITES afin de promouvoir la collaboration entre ces institutions. Texte disponible à l'adresse suivante : http://www.cites.org

22) Beurier J.-P., (2010), *Droit international de l'environnement*, Pedone, 4ème éd, p. 117.

23) Boisson de Chazournes L. (1995), « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *R.G.D.I.P.,* 1995/1, pp. 37-76.

24) En dehors du cas très connu de la Cour européenne des droits de l'homme, la Convention de 1965

Cap XV.pmd 290 16/09/2016, 12:48

non étatiques. Ainsi, les ONG, entités de droit interne, n'ont que très rarement la possibilité d'intenter une action devant une juridiction internationale et, en tout état de cause, certainement pas devant la Cour internationale de justice dont l'article 34 du Statut dispose que *« seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour »*.

Le for du Tribunal international pour le droit de la mer (TIDM) est, quant à lui, un peu plus ouvert puisque l'article 187 de la CMB reconnaît la compétence de la Chambre des fonds marins pour régler des différends entre parties à un contrat, qu'il s'agisse d'États parties, de l'AIFM, d'entreprises d'État ou de personnes physiques ou morales. Cette possibilité est à mettre en regard avec les exigences qui ont présidé à l'affirmation d'un nouveau droit de la mer, à savoir la consécration de nouveaux concepts comme celui de patrimoine commun de l'humanité et l'ouverture de l'exploitation des fonds des mers à des entités non étatiques. La partie XI de la CMB, dont relève d'ailleurs l'article 187, s'inscrit dans cette perspective fondée sur une quête d'universalité conduisant à ne pas exclure de la procédure contentieuse des États non contractants ou des entités non étatiques[25]. Destinée essentiellement aux entreprises ayant vocation à prospecter et à exploiter les grands fonds marins, il est peu probable que cette hypothèse puisse concerner un jour des ONG.

Très différente est la situation dans laquelle une ONG, non partie à la procédure, pourrait être amenée à prodiguer une assistance à la juridiction saisie afin de permettre à celle-ci d'avoir une vue plus complète du cas dont elle a à connaître. Ce cas de figure recouvre la notion *d'amicus curiae*, littéralement « l'ami de la Cour ». Plus précisément, *l'amicus curiae* renvoie à une « *notion de droit interne anglo-américain désignant la faculté accordée à une personne ou à un organe non partie à la procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de fait ou de droit* »[26].

La conception traditionnelle de *l'amicus curiae* en fait donc un tiers neutre, ne poursuivant d'autre objectif que la bonne information de la Cour en attirant l'attention du juge sur des points de droit ou de fait qu'il pourrait ignorer[27]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la décision d'admettre ou non un *amicus curiae* reste à la discrétion de la juridiction internationale. Plus clairement, l'ONG est autorisée à présenter son

établissant le Centre international pour le règlement des différends liés aux investissements a formalisé le droit des acteurs non étatiques à agir contre les États. Les acteurs non étatiques peuvent également avoir accès aux tribunaux administratifs internationaux.

25) Ranjeva R. (2003), « Aux origines de l'article 287.1 b) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », in *La mer et son droit*, Pedone, p. 548.

26) Dictionnaire de droit international public, Salmon J. (2001) (éd.), Bruylant.

27) Noter que l'émergence aux États-Unis, à la fin des années 40, de groupes de pression a conduit à un renversement de cette conception, *l'amicus curiae* devenant, dès lors, le porte-parole de ces lobbies. Sur cette question, voir notamment, Krislov S. (1963), "The *Amicus Curiae Brief* : from Friendship to Advocacy", *Yale Law Journal*, 694, cité *in* Leroux N., *op. cit.,* p. 459.

Cap XV.pmd 291 16/09/2016, 12:48

point de vue mais cette admission est soumise à la discrétion du juge et ne lui offre aucune qualité dans le cadre de l'instance.

En outre, toutes les juridictions ne reconnaissent pas cette possibilité[28], loin s'en faut : le statut et le règlement du TIDM prévoient une possibilité d'intervention mais réservée aux seuls États et soumise à un intérêt d'ordre juridique comme précisé à l'article 31 du Statut du TIDM : « *Lorsqu'un État Partie estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser au Tribunal une requête aux fins d'intervention* ». Les articles 99 à 104 du Règlement du TIDM, classés sous l'intitulé « Intervention », exigent également qu'un « *intérêt d'ordre juridique* » soit en cause pour l'État. Il en va de même pour la Cour internationale de justice en matière contentieuse puisque la participation de tiers est limitée aux mécanismes de l'intervention prévus aux articles 62 et 63 et réservés aux seuls États. Quant à l'article 34, paragraphe 2 du Statut qui permet à la Cour de demander ou d'accepter de recevoir des renseignements émanant d'une « *organisation internationale publique* », il a été interprété comme se limitant aux organisations internationales[29].

On pourrait souhaiter que, sur ce point, une évolution se dessine permettant à toute ONG de faire valoir son opinion sur des problématiques engageant des intérêts transnationaux en se fondant à la fois sur l'appartenance de l'ONG à une communauté dont l'intérêt général est affecté et sur sa qualité d'expertise[30]. Certaines juridictions ont fait un pas en ce sens puisque l'Organe d'appel de l'OMC a, en 1998, rendu un rapport favorable à un *amicus curiae* de la part d'ONG ayant pour vocation la protection de l'environnement marin dans une affaire très célèbre qui mettait en cause la conservation des tortues marines menacées par des techniques de pêche aux crevettes[31]. Dans cette affaire, l'Organe d'appel s'est livré à une lecture extensive de l'article 13 du Mémorandum qui confère aux groupes spéciaux le droit de « *demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts* », et a admis la recevabilité d'informations non sollicitées par les groupes spéciaux et communiquées directement par des ONG dont les argumentations avaient néanmoins été formellement incorporées à la communication des États-Unis[32]. Pour

28) L'amicus curiae paraît être davantage pratiqué devant les juridictions qui sont largement ouvertes aux personnes privées ou, du moins, à la défense de leurs droits, qu'il s'agisse des juridictions protectrices des droits de l'homme ou des juridictions pénales internationales. Voir, à cet égard, Ascensio H. (2001), « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P*, 2001-4, pp. 897-929.

29) Ascencio H., *op. cit.,* p. 906.

30) Sur ces possibilités d'évolution, voir notamment Leroux N., *op. cit.,* pp. 467 et suiv. et Ascencio H., *op. cit.*, pp. 926 et suiv.

31) États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du groupe spécial (WT/DS58/R) du 15 mai 1998 et rapport d'appel (WT/DS58/AB/R) du 12 octobre 1998.

32) Il s'agissait, en l'espèce, des ONG suivantes : *Centre for Marine Conservation* ; *Centre for International Environmental Law*, *World Wide Fund for Nature*.

Cap XV.pmd 292 16/09/2016, 12:48

l'organe d'appel, « *il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de demander des renseignements à une interdiction d'accepter des renseignements* ». Cette ouverture de principe a, par la suite été étendue à la phase d'appel en se fondant sur le pouvoir reconnu à l'organe d'appel de régler la procédure[33].

Ce point est d'autant plus intéressant qu'il révèle la marge de manœuvre que peuvent s'accorder les juridictions internationales. En effet, il n'est pas certain que la recevabilité d'un *amicus curiae* doive nécessairement se fonder sur une disposition textuelle spécifique dès lors que ce dernier est avant tout le fruit d'une pratique. La plus grande souplesse, certes très relative, dont font preuve certaines juridictions internationales dans le cadre de leurs compétences consultatives en témoigne. Le TIDM a ainsi fait savoir au WWF, dans son avis consultatif du 2 avril 2015 sur la pêche illicite non déclarée, non réglementée soumise au Tribunal par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP), que son mémoire en *amicus curiae* ne serait pas versé au dossier de l'affaire parce qu'il n'avait pas été soumis au titre de l'article 133 du Règlement, mais qu'il serait néanmoins communiqué aux États Parties, à la CSRP et aux organisations intergouvernementales ayant présenté des exposés écrits et placé sur le site Internet du Tribunal dans une section distincte comprenant des documents relatifs à l'affaire[34]. Ce faisant, le TIDM a confirmé la position qui avait déjà été la sienne dans l'avis consultatif du 1er février 2011[35] quant à la participation, en tant qu'*amici curiae*, de Greenpeace International et du World Wide Fund for Nature. En effet, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins avait refusé, là aussi, de verser le rapport de ces deux ONG au dossier de l'affaire tout en acceptant de le transmettre aux États parties, à l'Autorité internationale des fonds marins et aux organisations internationales qui avaient soumis des rapports écrits. De la même manière, ce rapport est accessible sur le site du TIDM[36].

Les rapports présentés par l'IUCN à l'occasion de ces deux affaires consultatives relèvent, quant à eux, des pièces de la procédure écrite en raison du statut d'organisation intergouvernementale reconnu à cette dernière et en application de l'article 133-3 du Règlement du TIDM[37].

---

33) États-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur les produits dérivés de l'acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* (WT/DS138/AB/R). Rapport d'appel du 10 mai 2000, § 42.

34) TIDM, *avis consultatif* sur la pêche illicite non déclarée, non réglementée, rendu le 2 avril 2015, point 15.

35) TIDM, avis consultatif, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*.

36) Van Dyke J. M., Currie D., Simons D., Mémoire déposé au nom de Greenpeace International et du Fonds Mondial pour la Nature (WWF), 13 août 2010, disponible à https://www.itlos.org

37) Ce statut mixte n'est d'ailleurs pas sans poser de difficulté dès lors que l'UICN est officiellement une ONG et non pas une organisation intergouvernementale, sur cette question, voir Gautier P., "Two Aspects of ITLOS Proceedings: Non-State Parties and Costs of Bringing Claims", in *Regions, Institutions and Law of the Sea*, Scheiber H. N., Paik J. H. (éd.), Martinus Nijhoff Publishers, p. 80.

Cap XV.pmd 293 16/09/2016, 12:48

Mais, la démarche contentieuse, parce qu'elle remet en cause les agissements d'au moins un des États parties au différend, révèle un glissement de la coopération vers une action de contestation qui peut prendre la forme d'une véritable confrontation.

II. Les hypothèses de confrontation

Certaines ONG[38] ont mis l'accent sur des opérations assez médiatiques centrées sur les grands cétacés, la pêche illégale ou l'exploitation pétrolière *off shore* afin d'attirer l'attention du public sur des activités dont elles estiment qu'elles participent à la dégradation de l'environnement marin.

Que faut-il penser de ces actions ? La réponse est à nuancer selon que l'on s'interroge sur leur fondement (A) ou sur les moyens utilisés (B).

A. Le fondement de ces manifestations

Le 18 septembre 2013, *l'Arctic Sunrise*, brise-glace exploité par l'ONG Greenpeace International et battant pavillon néerlandais, a participé à une campagne menée contre la plateforme russe « *Prirazlomnaya* », utilisée pour l'exploitation *off shore*, en ZEE russe, dans la mer de Barents. Cette action s'est d'ailleurs assez mal terminée puisque *l'Arctic Sunrise* a finalement été arraisonné dans la ZEE russe, sans accord préalable de l'État du pavillon, puis dérouté vers le port de Mourmansk. Les militants de Greenpeace ont, quant à eux, été appréhendés par les autorités russes avant de faire l'objet de poursuites judiciaires, dans un premier temps sous l'accusation de « piraterie en bande organisée » avant une requalification en « hooliganisme ». Suite à cet arraisonnement, les Pays-Bas ont, le 4 octobre 2013, engagé une procédure arbitrale contre la Russie et saisi, le 23 octobre suivant, le TIDM d'une demande en prescription de mesures conservatoires alors même que la Russie faisait connaître sa décision de ne pas se présenter devant le TIDM et de ne pas adresser de réponse écrite à la demande néerlandaise. Il n'est pas certain que ce choix, fondé sur une déclaration russe de 1997 selon laquelle la Fédération de Russie « *n'accepte pas les procédures de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention, aboutissant à des décisions obligatoires pour les différends concernant (…) les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction* »[39], ait été judicieux. En effet, le TIDM a, le 22 novembre 2013, ordonné la mainlevée de l'immobilisation de *l'Arctic Sunrise* et la mise en liberté

38) Greenpeace a mené des campagnes contre la dégradation de l'environnement marin depuis sa création. Une de ses premières campagnes fut la protestation orchestrée au large de l'Alaska pour dénoncer les essais nucléaires américains pratiqués dans cette zone. Voir, pour l'historique de ces actions, www.greenpeace.org

39) Note verbale n° 3838/H adressée au TIDM, Ambassade de la Fédération de Russie auprès de la République Fédérale d'Allemagne, 22 octobre 2013.

Cap XV.pmd 294 16/09/2016, 12:48

des personnes détenues dès le dépôt d'une caution, d'un montant de 3 600 000 euros[40]. Quant au fond, il a été tranché le 24 août 2015 par la Cour permanente d'arbitrage dont la sentence conclut à la responsabilité internationale de la Russie condamnée à indemniser les Pays-Bas pour l'arraisonnement, le déroutement, la rétention illicites de l'*Arctic Sunrise*, ainsi que la détention de son équipage[41].

Au-delà des questions du droit du contentieux international que soulève cette affaire[42], cette dernière est intéressante en ce qu'elle pose la question du droit de manifester en mer et de son champ d'application.

En application de l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le droit de manifester peut s'interpréter comme une composante de la liberté d'expression :

> « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* »[43].

De même, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 reconnaît, à l'article 10, le droit de toute personne à la liberté d'expression, étant entendu que ce droit comprend « *la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ». Dans un arrêt rendu le 3 février 2009, *Women on Waves et autres c. Portugal*[44], la Cour européenne des droits de l'homme rappelle également que :

> « *l'essence [de la liberté de réunion et de manifestation] est la possibilité pour tout citoyen d'exprimer son opinion et son opposition, voire de contester toute décision venant de tout pouvoir, quel qu'il soit* » (§ 37) et que « *le mode de*

---

40) TIDM, Affaire *Arctic Sunrise (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie)*, demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013. L'équipage a néanmoins dû attendre le mois de décembre 2013 pour être intégralement libéré ; quant au navire, il a été restitué à son propriétaire presque une année après les faits.

41) Voir le blog de Jean-Paul Pancracio : blogs.univ-poitiers.fr

42) Voir notamment Drisch J. (2013), « L'affaire *Arctic Sunrise* : le TIDM face à la non-comparution de la Fédération de Russie », *AdMer*, tome XVIII, pp. 213-234.

43) Ce principe a été repris *in extenso* à l'art. 19-2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

44) CEDH, 3 février 2009, *Women on Waves and others v. Portugal*, 2ème section, req. 31276/05. Les faits concernaient la tentative d'une association néerlandaise, *Women on Waves*, de faire entrer un navire, le *Borndiep*, dans le port portugais de Figueira da Foz afin d'y organiser des réunions d'information, notamment sur l'interruption volontaire de grossesse. Mais, alors que le navire approchait des eaux territoriales portugaises, le gouvernement portugais prit un arrêté interdisant l'entrée du navire dans ces dernières. Cette interdiction se matérialisa par l'envoi d'un navire de guerre de la marine portugaise afin de barrer la route au *Borndiep*.

Cap XV.pmd 295 16/09/2016, 12:48

diffusion des informations et idées que l'on prétend exprimer est également protégé par la Convention » (§ 38).

Dans la sentence rendue dans l'affaire de *l'Arctic Sunrise*, la Cour permanente d'arbitrage va adopter une position similaire en se fondant également sur la liberté internationale de manifestation pacifique en mer, liberté qu'elle semble d'ailleurs rattacher à la liberté de navigation : « *La protestation en mer constitue une utilisation de la mer à des fins internationalement licites liée à l'exercice de la liberté de navigation* ».

Le droit de manifester ses opinions, y compris en mer, s'appuie donc sur un solide socle de dispositions tant conventionnelles que jurisprudentielles[45] et doit d'autant plus être protégé que sont présentées « *des idées qui heurtent, choquent et contestent l'ordre établi* »[46]. Pour autant, cette contestation se doit de rester pacifique.

B. L'exigence de moyens pacifiques

L'article 88 de la CMB rappelle que la haute mer est affectée à des fins pacifiques. La Convention ne précise pas ce qu'il faut entendre par ce terme[47] mais son préambule incite les États à établir « *un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources, la conservation de leurs ressources biologiques et l'étude, la protection et la préservation du milieu marin* ». La Résolution de l'OMI 303 (87) du 17 mai 2010[48] reconnaît explicitement la liberté de contestation dès lors que celle-ci reste pacifique et sans danger pour la navigation. Si l'on peut penser que cette seconde exigence est redondante avec la première dont elle ne peut être qu'une composante, elle présente le mérite de mettre en lumière que la liberté des mers ne se conçoit pas sans le respect de certaines règles et notamment de celles qui gouvernent la sécurité de la navigation. Or, c'est justement ce qui a été reproché à l'ONG Sea Shepherd, organisation de défense de

45) Voir, pour des développements plus conséquents, Oude Elferink A. G. (2014), "The Arctic Sunrise Incident: A Multi-faceted Law of the Sea Case with a Human Rights Dimension", *The International Journal of Marine and Coastal Law* 29, pp. 244-289 ; Teulings J. (2011), "Peaceful Protests against Whaling on the High Seas – A Human Rights-Based Approach", *in Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, Symmons C.R. (éd.), Martinus Nijhoff Publishers, spécialement pp. 235-245 ; voir également le mémoire en *amicus curiae* déposé par Greenpeace International, dans un premier temps auprès du TIDM, puis devant la CPA (http://www.greenpeace.org/international/Global/internationale/briefings/climate/2014/ITLOS-amicus curiae-brief-15092014.pdf). Noter, à titre informatif que le TIDM a refusé de faire droit à la demande de Greenpeace de présenter un exposé écrit en qualité *d'amicus curiae* alors même que les Pays-Bas n'avaient pas élevé d'objections à cette demande, TIDM, ordonnance du 22 novembre 2013, point 18.

46) CEDH, *Women on Waves*, *op. cit.*, § 42.

47) À l'image de l'article 4 de la Charte des Nations Unies qui exige des États désireux d'intégrer l'ONU qu'ils soient pacifiques sans définir une telle notion.

48) IMO Resolution MSC 303(87).

Cap XV.pmd 296 16/09/2016, 12:48

l'environnement basée aux États-Unis qui a, à plusieurs reprises, organisé des campagnes visant à empêcher des navires baleiniers japonais de se livrer à la chasse à la baleine en Antarctique. Les militants ont été accusés de se livrer à des abordages volontaires accompagnés d'usage de faisceaux lasers ou de bombes fumigènes. Il leur a également été reproché des tentatives visant à endommager le système de propulsion des navires de l'institut japonais de recherche sur les cétacés en océan austral, notamment le *Nisshin Maru*[49]. Leur action a été condamnée par la justice américaine[50] non sur le fondement d'un abordage volontaire[51] mais sur celui, plus contestable, de piraterie. Pour les juges américains, « *you don't need a peg leg or an eye patch. When you ram ships; hurl glass containers of acid; drag metal-reinforced ropes in the water to damage propellers and rudders; launch smoke bombs and flares with hooks; and point high-powered lasers at other ships, you are, without a doubt, a pirate, no matter how high-minded you believe your purpose to be* »[52].

C'est donc une interprétation très large de la notion de « fins privées », énoncée à l'article 101 de la CMB et incluant des motifs d'ordre personnel, moral ou philosophique comme les buts environnementaux qui a été retenue, en contradiction avec les juges de première instance qui avaient exclu que les activités de protestation menées par Sea Shepherd puissent être définies comme des actes de piraterie, s'agissant d'activités qui n'étaient pas destinées à un enrichissement personnel de caractère économique.

L'adage selon lequel la fin ne justifie pas les moyens est donc pleinement respecté même si l'opinion individuelle du juge Smith pour lequel : « *even if one believes it is barbaric to harvest whales for any purposes at the beginning of the 21st century, it is clearly permitted under international law* » laisse perplexe. Cet extrait semble en effet indiquer que le juge américain condamne d'autant plus les moyens, il est vrai peu conventionnels, utilisés par Sea Shepherd que la chasse à la baleine à des fins de recherche scientifique menée par le Japon est jugée conforme au droit international. Or, nous savons, depuis l'arrêt de la Cour internationale de Justice qu'il n'en n'est rien[53]. En d'autres termes, la non-conformité d'un comportement au droit international serait-elle de nature à influer sur la légalité des moyens utilisés à des fins de

49) Greenpeace a également été accusée d'avoir provoqué des abordages volontaires avec le Nisshin Maru en janvier 2006, accusation d'ailleurs contestée. Voir pour un exposé des faits, Teulings J., *op. cit.*, pp. 226-228.

50) United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Institute of Cetacean Research et al. c. Sea Shepherd et al.*

51) Art. 97-1 de la CMB : « *En cas d'abordage ou de tout autre incident de navigation maritime en haute mer qui engage la responsabilité pénale ou disciplinaire du capitaine ou de tout autre membre du personnel du navire, il ne peut être intenté de poursuites pénales ou disciplinaires que devant les autorités judiciaires ou administratives soit de l'État du pavillon, soit de l'État dont l'intéressé a la nationalité* ».

52) United States Court of Appeals for the ninth Circuit, *op. cit.*

53) Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt C.I.J., Recueil 2014, p. 226.

Cap XV.pmd 297 16/09/2016, 12:48

contestation ? Le droit international connaît la pratique des contre-mesures[54] et admet qu'une contre-mesure « prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et ... dirigée contre ledit État »[55] légitime un comportement qui sinon serait illicite. Néanmoins, une contre-mesure ne peut exclure l'illicéité que dans les rapports entre un État lésé et l'État qui a perpétré le fait internationalement illicite, ce qui la rend inapplicable aux entités non étatiques que sont les ONG.

Conclusion

La principale critique formulée à l'égard des ONG se fonde sur le postulat de base qui est celui de la plénitude internationale de l'État. L'État westphalien serait donc le seul en mesure de garantir l'intérêt général, à l'inverse des ONG qui ne défendraient qu'une vision parcellaire et militante de celui-ci.

Il semble néanmoins que cette position ne rende pas compte de la dégradation de certains espaces internationaux, problèmes mondiaux auxquels les États tardent à trouver des solutions comme en témoigne la lenteur des négociations sur le climat ou sur la conservation de la biodiversité dans les zones ne relevant pas de la juridiction nationale[56]. De même, il faut garder présent à l'esprit que les perspectives changent et que ce qui était admis à une époque peut ne plus l'être plus tard : les navires à simple coque, le déversement de déchets toxiques en mer, la chasse commerciale de certaines espèces de baleines sont dorénavant, soit interdits, soit sévèrement réglementés…. généralement sous la pression de certaines ONG[57].

L'internationalisation de nos sociétés se heurte également aux différentes conceptions de l'intérêt général défendues par les États eux-mêmes. Il paraît encore difficile de penser un ordre public international autonome, libéré des contingences nationales. La société civile internationale, représentée par les ONG et fondée sur une libre

54) L'article 22 du Projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission de Droit international en 2001 dispose, sous le titre « *Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite* » que « *l'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie* ».

55) Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997, p. 55, paragr. 83.

56) Après 10 ans de discussion, les négociations visant à l'élaboration d'un Accord d'application de la CMB portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale viennent de débuter dans le cadre d'un comité préparatoire réuni pour la première fois du 28 mars au 8 avril 2016 à New-York, www.un.org

57) De même, il est patent de noter que certaines évolutions du droit international, en matière de droit international humanitaire ou de prévention de la torture, ont été directement le fait d'ONG comme Amnesty International qui a mené sa première grande campagne contre la torture en 1973, Szurek S., « La société civile internationale et l'élaboration du droit international, *in* Gherari H. et Szurek S., (éd.), *op. cit.*, p. 54.

Cap XV.pmd 298 16/09/2016, 12:48

adhésion des citoyens pourrait alors, loin de remettre en cause l'autorité de l'État, offrir les fondements d'une coopération indispensable pour appréhender des problématiques de plus en plus transnationales[58].

58) Falkner R. (2003) "Private Environmental Governance and International Relations: Exploring the Links", *Global Environmental Politics*, 3 (2), p. 79.

Cap XV.pmd 299 16/09/2016, 12:48

CHAPTER 16
Le phénomène de privatisation : un nécessaire redimensionnement des rôles et des pratiques de coopération en matière de lutte contre les trafics illicites en mer

Cédric LEBOEUF
Chercheur post-doctorant, Programme ERC HUMAN SEA,
Accord ERC nº 340770 ;
Centre de Droit Maritime et Océanique, Institut Universitaire Mer et Littoral - FR-CNRs nº 3473,
Université de Nantes
Membre associé du Corbett Centre for Maritime Policy Studies,
King's College London, Royaume-Uni.

Abstract: *Illegal trafficking gives rise to new forms of cooperation between public and private actors. The disparity and heterogeneity of the areas of risk and threats require new forms of cooperation with private stakeholders. There is indeed now a global economic and political movement questioning the very role of the state, be it the port state, coastal state or the flag state. Its role must now be assessed in view of the privatization of surveillance missions, monitoring and managing human activities. However, the state remains the guarantor of competition between companies and ensures the sustainability of the entire system. Though it is necessary for a sustainable fight against illegal trafficking at sea (trafficking in drugs, weapons, human beings, animal and plant species etc.), the privatization of maritime surveillance and control requires overall policies, guiding and framing public initiatives, terms of commissioning and performance of private actors. In fact, the phenomenon of privatization of maritime surveillance missions responds to global competitive logic that goes beyond the diplomatic framework but is far from preventing any form of mutualization of state, regional and international initiatives. In order to enhance the fight against illegal trafficking, insertion of private actors within the "intelligence community" should be considered.*

Cap XVI.pmd 301 16/09/2016, 14:17

Résumé *: Les trafics illégaux donnent naissance à de nouvelles formes de coopération entre acteurs publics et privés. La disparité et l'hétérogénéité des zones du risque et de la menace nécessitent de nouvelles formes de coopération avec des acteurs privés, l'État leur déléguant l'exercice de certaines missions de surveillance, de protection et de lutte. Il existe aujourd'hui une mouvance globale certes économique mais également politique et juridique interrogeant le rôle même de l'État, qu'il s'agisse de l'État du port, de l'État côtier ou de l'État du pavillon. Celui-ci doit désormais s'apprécier au regard d'une privatisation des missions de surveillance, de contrôle et de gestion des activités humaines. Il n'est en rien affaibli : garant de la mise en concurrence des sociétés, il assure la pérennité de l'ensemble du système. Nécessaire à un endiguement pérenne des trafics illégaux en mer (trafic de drogues, d'armes, d'êtres humains, d'espèces animales et végétales, etc.), la privatisation de la surveillance maritime et de son contrôle requiert une politique d'ensemble, orientant et encadrant les initiatives publiques, les conditions de commissionnement et d'exercice des acteurs privés. Le phénomène de privatisation des missions de surveillance des espaces maritimes répond en effet à une logique concurrentielle mondiale dépassant le seul cadre diplomatique, loin d'empêcher toute forme de mutualisation d'initiatives étatiques, régionales et internationales. Afin d'améliorer la lutte contre les trafics illicites, l'insertion des acteurs privés s'inscrit dans la « communauté du renseignement ».*

Cap XVI.pmd 302 16/09/2016, 14:17

INTRODUCTION

L'ouvrage *Privatisation = Moins d'État ?* d'Anne Drumaux[1] posait il y a bientôt 30 ans une question qui, d'un point de vue socio-juridique, reste tout à fait pertinente et entière aujourd'hui. La privatisation révèle-t-elle un désengagement de l'État - supposant alors que l'État a ou n'a plus la maîtrise du phénomène - ou une adaptation de l'exercice de ses missions - caractérisant alors la prise de conscience d'une forme d'impuissance ? Assurément, la réponse à cette question combine les deux options.

Évolutives, les activités humaines se transforment en permanence, modifiant leurs propres modalités d'existence, ce que le Droit systématise en des règles destinées à assurer une harmonie d'ensemble. Organisant les activités humaines, anticipant parfois leurs évolutions, le Droit est, pour reprendre la célèbre expression, l'objet et le résultat de forces créatrices[2]. Ainsi par exemple, n'est licite que ce que le Droit définit comme tel. Le caractère illicite d'une activité n'est donc qu'une construction intellectuelle de l'Homme. Exerçant son autorité législative, exécutive et judiciaire, détenteur du « monopole de la violence légitime »[3], l'État est à l'origine d'un système de normes visant à réduire les effets dommageables, à éradiquer les causes et à prévenir la survenance d'une activité incriminée et érigée en infraction(s) au plan national. . Pour autant, selon certains, il résulte de l'arrivée de nouveaux acteurs, tels que les organisations non gouvernementales et les entreprises multinationales, un affaiblissement du rôle central de l'État dans l'élaboration des normes internationales, notamment en matière de lutte contre les trafics illicites. La mondialisation transforme ainsi la capacité normative internationale de l'État en ce qu'elle suscite une « dissociation croissante entre le pouvoir économique mondialisé et le pouvoir politique local »[4].

L'histoire de la mondialisation, qui peut être résumée à celle de l'expansion européenne, au colonialisme et à l'impérialisme[5], contrecarre la conception classique du monopole de la violence de l'État, unique dépositaire de la force coercitive. L'avènement des marchés de la violence, la privatisation et la commercialisation de la guerre ont mis en échec cette « utopie de l'État »[6]. Depuis le début du XXIe s. s'observe un vaste

---

1) Drumaux A., (1988), *Privatisation = Moins d'État ?*, Bruxelles, Institut de sociologie, Ed. de l'Université de Bruxelles.

2) Ripert, G., (1955), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ.

3) Weber M.(1963), Le Savant et le Politique, Paris, Plon.

4) Conseil d'État (2014) « L'État peut-il survivre à la mondialisation ? », Cycle de conférences du Conseil d'État 2013-2015, Troisième conférence, 12 fév. 2014 (Participants : O. de Baynast, S. Israel, C. Revel, Modérateur : R. Abraham), [en ligne] : www.conseil-État.fr

5) Trotha (von) T. (2004), « Was war Kolonialismus ? Einige zusammenfassende Befunde zur Soziologie und Geschichte des Kolonialismus und der Kolonialherrschaft », *Saeculum. Jahrbuch für Universalgeschichte*, 55,1, 49-95.

6) Trotha (von) T. (2005), « Mondialisation violente, violence mondialisée et marché de la violence. Jalons

Cap XVI.pmd 303 16/09/2016, 14:17

phénomène de privatisation dans les États occidentaux, de portée mondiale, qui ne se réduit pas aux seules missions de l'État exercées sur son territoire ou à la nature civile de celles-ci. En effet, « ces privatisations ne reculent pas devant le noyau institutionnel militaire de la souveraineté étatique. Afin de réduire les coûts économiques, politiques et juridiques, les États […] recourent de façon accélérée et accrue à des entreprises privées et à des mercenaires employés par elles ou embauchés à brève échéance. Cette privatisation a débouché sur une montée en puissance extrêmement rapide de firmes commerciales travaillant dans les domaines de la conduite de la guerre ou de la sécurité »[7].

Si la privatisation entraîne un redimensionnement des modalités d'exercice des missions de sécurité, de sûreté ou de défense, elle en a également revisité le moment inductif. En effet, l'État n'en est plus le seul instigateur, les acteurs économiques privés sont eux-mêmes en capacité de contribuer à leur propre sécurité. Certes le commissionnement d'une entreprise par une autre entreprise aux fins de sécurité n'est pas nouveau. Il suffit pour s'en persuader de se rappeler les créations des sociétés de sécurité privée Pinkerton en 1850, Brink's en 1859 aux États-Unis ou Night Watch en 1901 au Danemark. En France, les affaires des années 1970, notamment des Camemberts d'Isigny - « longue série d'affaires de répression privée de conflits sociaux par des milices patronales »[8] - révèlent la nécessité pour l'État d'ouvrir un débat sur la question de la sécurité privée afin d'encadrer des pratiques pernicieuses voire illégales. Ces débats ont donné naissance en 1983 à une loi réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transports de fonds[9], dont le titre fut d'ailleurs modifié le jour suivant sa parution, alors intitulée loi réglementant les activités privées de sécurité. Partiellement abrogée, ses dispositions se trouvent aujourd'hui dans le Code des transports et le Code de la sécurité intérieure[10] et incluent les activités de protection des navires.

Les récents travaux et discussions parlementaires français en matière de protection des navires contre les attaques pirates ont élargi le champ d'une question originellement conscrite à l'espace terrestre. Cet exercice a démontré la nécessité pour l'État d'adapter le cadre d'exercice d'activités de sécurité et de sûreté des intérêts

---

d'une sociologie criminologique de la guerre», Déviance et Société 3/2005 (Vol. 29), p. 285-298.

7) Ibid.

8) Ocqueteau F. (1991), « Quelques réflexions sur la régulation sociale assurée par le secteur de la sécurité privée », in Dourlens C., Galland J.-P., Theys J., Vidal-Naquet P.A. (1991), *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, Paris, L'Harmattan, 180 ; se référant au pré-rapport sur les réformes de la police du député Belorgey et au rapport sur les politiques de prévention de la délinquance du député-maire G. Bonnemaison.

9) Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds, JORF 13 juil. 1983, page 2155.

10) Exceptés ses art. 11-2 et 11-4 concernant les agents des services internes de sécurité de la Société nationale des chemins de fer français et de la Régie autonome des transports parisiens.

Cap XVI.pmd 304 16/09/2016, 14:17

français, indépendamment du lieu où ils se trouvent. Mais il rappelle surtout la nature protéiforme, transnationale et internationale des activités illicites, à laquelle il faut associer une adaptation des pratiques illicites au droit, comme l'illustre le phénomène de « sauts de juridictions »[11]. Les diverses ramifications de la piraterie maritime incitent à prendre en considération les liens qu'entretient ce phénomène avec d'autres activités illicites et notamment avec le terrorisme et le trafic d'armes. Si leur lutte procède d'encadrements juridiques internationaux sectoriels, les modalités pratiques révèlent elles un cumul et une augmentation des missions des autorités publiques compétentes en mer. Elles emportent au surplus application d'obligations, par exemple inhérentes à une décision d'embargo, à destination des opérateurs privés de transport maritime. Ceci peut conduire l'exploitant maritime à recourir à des systèmes informatiques, des sociétés privés de sécurité ou de sûreté… après avoir évalué les risques et menaces en présence et les coûts générés. Cette surveillance privatisée ne couvre pas l'ensemble des navires et, même si elle y participe, ne répond pas à un objectif de sécurité et de sûreté global : elle n'est destinée qu'à protéger les seuls intérêts de l'entreprise.

Le propos est ici organisé de manière à comprendre le phénomène de privatisation de la sécurité et de la sûreté et d'en déduire les évolutions nécessaires à une véritable coordination des actions privées et publiques de lutte contre le terrorisme, la piraterie et le trafic d'armes et de leurs interactions (I). Si la privatisation ne présente pas que des avantages au vu des différents intérêts des acteurs, elle ne signifie pas pour autant que l'État s'extirpe de ses obligations et missions de sécurité, de sûreté et de prévention des trafics illicites en mer (II). L'État reste en effet le garant de la pérennité des systèmes de lutte, principalement caractérisés par une coopération, une coordination et un échange d'informations entre tous les acteurs, des secteurs public et privé (III).

I. L'approche sectorielle du Droit face aux interactions des phénomènes de piraterie, de terrorisme et de trafic d'armes.

Le terrorisme, la piraterie et le trafic d'armes sont généralement étudiés distinctement, conformément à une approche juridique sectorielle consacrant la conception territorialiste des compétences des États. Ainsi présenté de manière non-exhaustive, à chacune de ces menaces correspond en droit international un instrument ou groupe d'instruments juridiques incriminant l'activité illicite : les articles 100 à 108 et 110 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer concerne la piraterie ; la Convention de Rome de 1988 vise le terrorisme ; le récent Traité sur le commerce des armes vise le trafic d'armes... Ces instruments sont le fruit de réflexions intervenues en amont au

11) Bellayer-Roille A. (2014), « Entre souveraineté et transnationalité, les défis du droit de la mer », RIS nº 95.

Cap XVI.pmd 305 16/09/2016, 14:17

plan politique et diplomatique, généralement à la suite d'évènements d'ampleur internationale. Les évènements du 11 septembre 2001 vont engendrer l'adoption du Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires (Code ISPS), suivant une démarche plus globale mais également plus pratique, rendant obligatoires notamment les plans de sûreté pour le navire et son interface. De la même manière, à la suite de l'Affaire de l'Achille Lauro est adoptée la convention SUA évoquée dans cet ouvrage par M. Seta, dont la lettre suit également une appréhension globale des activités illicites. Néanmoins, l'esprit de cette convention vise elle en réalité les seuls actes illicites.

Ainsi, à vocation globale, sans pour autant rompre totalement avec la logique sectorielle, de tels instruments complètent certains manques et besoins opérationnels de l'État, imposant des normes contraignantes aux opérateurs privés et aux marins. Ces instruments renvoient au plan politique national ou régional la détermination et l'adaptation des modalités pratiques de la lutte. P. Chaumette retient d'ailleurs que « nous sommes en présence d'un chevauchement de cadres internationaux en l'absence de fil conducteur permettant d'élaborer un cadre général de lutte contre les trafics illicites en mer »[12]. Ces instruments mènent au plan politique national ou régional à la détermination et l'adaptation des modalités pratiques de la lutte. L'effectivité de la lutte dépend ainsi de leur mise en œuvre au plan opérationnel et de leur articulation au plan répressif, conformément à la dissociation qu'opèrent généralement les conventions entre droit d'intervention et poursuites judiciaires.

En pratique, la transposition des dispositions de ces instruments prend une coloration plus empreinte d'une réalité non sectorisée. Les interactions entre le trafic d'armes, les groupes terroristes et la piraterie ne donnent pas lieu à de simples échanges opportunistes dans une zone géographique de taille réduite. Dans son article « Unholy High Seas Alliance »[13], B. Schiemsky soutient l'existence d'une véritable structuration organisationnelle entre la piraterie somalienne et la milice Al-Shabaab. La milice Al-Shabaab obtiendrait ainsi des armes, via des pirates, issues d'un trafic organisé depuis l'Erythrée et prélèverait de 20 à 50 % des rançons. Ces liens se manifestent également par une formation réciproque des effectifs : les pirates seraient formés au maniement des armes par la milice, dont les hommes seraient eux formés par les pirates à la navigation, aux techniques d'abordage afin de constituer une force maritime Al-Shabaab, de dimension certes réduite mais bien réelle[14].

---

12) Chaumette P. (2015), intervention orale lors du colloque Human Sea, Surveillance et prévention des trafics illicites en mer, Nantes, octobre 2015.

13) Schiemsky B. (2008), "Unholy High Seas Alliance", Jane's Terrorism and Security Monitor.

14) V. à ce sujet : Ramonda T. (2015), « Les liens entre le terrorisme Shebab et la piraterie somalienne », Études géostratégiques, [en ligne] : https://etudesgeostrategiques.wordpress.com ; Gosh P. K. (2010), "Somalian Piracy: An Alternative Perspective", ORF Occasional Paper #16 ; Ibrahim M. (2010), "Somalia and global terrorism", Journal of Contemporary African Studies, Vol. 28, Issue 3 ; Shortland A., Vothknecht M. (2011), "Combating 'Maritime Terrorism' off the Coast of Somalia", European Journal of Political Economy, Vol. 27, supp. 1 ; Woodward P. (2012), Crisis in the Horn of Africa: politics, piracy and threat of terror, London, I. B. Tauris.

Cap XVI.pmd 306 16/09/2016, 14:17

Il serait aisé de contester le caractère sectoriel du Droit et sa relative incapacité à considérer les interactions entre ces trois phénomènes, en invoquant par exemple les instruments visant la criminalité organisée[15]. Néanmoins, si des similitudes existent avec le crime organisé (financement, tactiques employées, caractère transnational des activités, perception de la gravité et médiatique des évènements), elles ne poursuivent pas le même objectif et n'entretiennent dès lors pas les mêmes relations avec l'État en place. Alors que le groupe terroriste vise la déstabilisation du pouvoir politique, le crime organisé requiert lui une stabilité politique, juridique et commerciale fondant les infrastructures nécessaires à la conduite des activités criminelles aux fins d'enrichissement. Le cas de l'État faillant, comme la Somalie, n'est pas nécessairement contraire à ce constat. S. Leman-Langlois rappelle à ce titre l'exemple de la Sicile du 19ème siècle dans laquelle s'installa la mafia sicilienne. Que l'État soit ou non faillant, « l'organisation criminelle vise toujours à minimiser ses contacts avec les autorités, alors que ces dernières sont les cibles des activités terroristes »[16]. Ces aspects sont généralement présents dans les différents textes incriminant le terrorisme qui, faute d'une définition universellement reconnue, reflètent un certain consensus international autour de ce que recouvre le terrorisme[17].

L'approche sectorielle retenue par les instruments fondant la lutte contre ces trois types d'activités et leurs interactions relègue donc la détermination de ses modalités aux États signataires. Cependant, la mise en œuvre des dispositifs de lutte interroge au fond l'existence d'un droit subjectif à la sécurité et à la sûreté en mer, inhérent à la satisfaction par l'État d'une obligation générale de protection, notamment du navire et de son équipage.

II. Privatisation de la sûreté maritime : manière pour l'État de s'extirper d'une obligation générale de protection du navire et de son équipage ?

L'obligation de protéger à la charge de l'État n'est pas un concept nouveau en droit international. Elle se caractérise principalement par l'objet de cette protection et son lien avec l'État : la protection diplomatique constitue une manifestation de la compétence personnelle de l'État à l'égard de ses ressortissants[18] ; en droit de l'environnement, les articles 192 et suivants de la Convention de Montego Bay visent

15) Nota. Convention des Nations Unies sur la criminalité organisée de 2000 complétée par trois protocoles dont un porte expressément sur la fabrication et le trafic d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions (Résolution Assemblée générale 55/25, 31 mai 2001 ; en vigueur le 3 juil. 2005).

16) Leman-Langlois S. (2014), « Terrorisme et crime organisé, contrastes et similitudes », in David C.P., Gagnon B. (2014), *Repenser le terrorisme*, Québec, Presses de l'Université Laval.

17) Cassese A. (2008), *International Criminal Law*, 2ème éd., Oxford, University Press, 162.

18) Bastid S. (1976-1977), *Cours de droit international public*, tome I, Paris, Les cours de droit.

Cap XVI.pmd 307 16/09/2016, 14:17

la protection et la préservation du milieu marin ; en droit international des droits de l'homme, l'État est par exemple tenu de protéger les droits des personnes susceptibles d'être affectées par les activités des entreprises transnationales dont il assure le contrôle[19]… En mer, au regard des instruments juridiques internationaux pertinents et de leur articulation, cette obligation de protection pourrait être qualifiée de générale, visant tant l'environnement du navire battant pavillon que toute personne ou tout bien se trouvant à son bord. Elle s'articulerait autour de deux principes : garantir la sécurité et la sûreté du navire, de son équipage et de leur environnement tout en prévenant les atteintes à l'égard des États tiers et des navires dont ils battent pavillon. Plus large encore, cette obligation générale de protéger impose à l'État d'assurer la sécurité et la sûreté de tout individu présent sous sa juridiction, en vertu du droit international des droits de l'homme, ce qui n'est pas sans induire la question de la subjectivisation du droit à la sûreté et la sécurité en mer[20].

S'il pourrait ainsi être possible de déduire des différentes conventions et accords internationaux l'existence d'une obligation générale de protection en mer incombant à l'État, il est tentant de lui trouver une certaine filiation avec la « responsabilité de protéger » des États, telle que proclamée par la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIISE) en 2001[21] qui, de manière très extensive, entend construire un « vaste consensus autour de la sécurité humaine, en vue de la rendre opérationnelle »[22], indépendamment de tout lien de rattachement du navire, de l'équipage et de toute personne et bien présents sur le navire avec l'État intervenant.

Le Rapport du CIISE, à l'instar des résolutions du Conseil de sécurité des Nations, fonde cette responsabilité de protéger sur le fait que les conflits civils sont alimentés par des armes et des transferts d'argent en provenance des pays riches, dont les effets déstabilisants se ressentent « sous des formes qui vont des réseaux terroristes mondiaux interconnectés aux courants de réfugiés, en passant par l'exportation de drogues, la propagation de maladies infectieuses et la criminalité organisée »[23]. La responsabilité de protéger en 2001 n'est toutefois qu'une édulcoration linguistique du

19) V. nota. De Schutter, O. (2010), « La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales », in Emmanuel Decaux (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme* (Collection Droit et Justice, 89), Bruylant & Nemesis: Bruxelles, 20-100 ; Coussirat-Coustère V. (1999), « L'activité de la Cour européenne des droits de l'homme en 1998 et 1999 », *Annuaire français de droit international*, vol. 45, 746.

20) Granger M.-A. (2008), « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », [en ligne] : www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/GrangerTXT.pdf

21) Rapport de la Commission Internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIISE), « La responsabilité de protéger », Déc. 2001. [en ligne] : http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf

22) Hajjami N. (2013), *La responsabilité de protéger*, Bruxelles, Bruylant.

23) Rapport CIISE, *op. cit.*, 1.20.

Cap XVI.pmd 308 16/09/2016, 14:17

droit ou du devoir d'ingérence[24], née de l'esprit de personnalités qui ne représentaient pas officiellement les États. Portant sur les violations massives et à large échelle du droit humanitaire et des droits de l'homme, elle « doit s'apprécier sur le plan doctrinal, davantage que normatif »[25]. En 2005, la résolution A/Res/60/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies réaffirme ce concept, en en limitant cependant la portée : elle concerne alors la protection des populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité. Même si cette définition s'éloigne de la version de 2001 non conscrite aux crimes les plus graves, il y a tout de même lieu de lui reconnaître une valeur coutumière[26]. Depuis lors, le concept est l'objet d'un grand nombre de débats interétatiques auxqueles participent les pouvoirs locaux, le secteur privé et la société civile, y compris les organisations non gouvernementales[27], sans que son champ n'en soit élargi.

Le concept de la « responsabilité de protéger » ne semble cependant générer au plan juridique aucune obligation pour l'État d'agir en vue de protéger un navire battant pavillon tiers, en l'absence d'accord avec l'État du pavillon, de conflit armé ou d'une situation de détresse ou susceptible de porter atteinte à la sécurité et la paix internationales et reconnue comme telle par le Conseil de sécurité des Nations Unies, autorisant l'action d'un État ou d'un groupe d'États, sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Compte tenu de la disparité des zones du risque et de la menace et de leur diversité, l'obligation pour l'État de protéger les navires battant son pavillon ne peut qu'être une obligation de moyens. Le détail de ces moyens est généralement absent des conventions internationales, laissant aux États le choix du dispositif à mettre en place. Certains instruments intervenant dans le domaine de la sûreté internationale présentent néanmoins un degré supérieur d'indications opérationnelles. Ainsi, par exemple, le code ISPS entré en vigueur en 2004 établit les responsabilités - et non un régime de responsabilité - des États contractants qui doivent établir des niveaux de sûreté et en informer les navires battant leur pavillon[28], dans des conditions recommandées en sa

---

24) En ce sens, Boisson de Chazournes L., Condorelli L. (2006), « De la « responsabilité de protéger », ou d'une nouvelle parure pour une notion bien établie », *RGDIP*, n° 1, 11.

25) Hajjami N., *La responsabilité de protéger*, *op. cit.*

26) Ibid.

27) Comme le démontre notamment le travail des organisations non gouvernementales œuvrant en matière de sûreté et de défense internationales des populations (Global Centre for the Responsibility to Protect, International Coalition for the Responsibility to Protect, Asia-Pacific Centre for the Responsibility to Protect, etc.).

28) Code ISPS, Règle 3 ; Partie A, 4 ; Transposé en droit de l'UE par le règlement (CE) n° 725/2004 du 31 mars 2004 relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires (JOUE L 129 du 29 avr. 2004) et la directive (CE) n° 2005/65 du 26 octobre 2005 relative à l'amélioration de la sûreté des ports (JOUE L 310 du 25 nov. 2005), ce code rend obligatoires certaines des prescriptions originellement non contraignantes de sa partie B. De manière tout à fait classique, en cas de manquement, l'État membre est donc susceptible de voir sa responsabilité engagée sur le fondement d'une violation de ces actes de

Cap XVI.pmd 309 16/09/2016, 14:17

partie B. Si, selon la formule, cet instrument énonce « les responsabilités » des États contractants, il procède en réalité à l'ouverture « d'un gigantesque marché privé de la sûreté maritime »[29] en leur permettant de déléguer certaines tâches à un organisme de sûreté reconnu (ou habilité en France, OSH - en anglais Recognised Security Organisation, RSO), à l'exception notamment de l'établissement du niveau de sûreté applicable, de l'approbation d'une évaluation de sûreté d'une installation portuaire ou de ses amendements, de l'identification des installations portuaires qui seront appelées à désigner un agent de sûreté de l'installation portuaire ou encore de l'approbation du plan de sûreté d'une installation portuaire ou de ses amendements. En somme, l'État ne peut déléguer les tâches nécessitant une prise en compte d'éléments et d'intérêts extérieurs à la seule structure visée, nécessitant une politique nationale d'ensemble.

De la même manière, la privatisation se manifeste en matière de protection des navires face à la menace pirate. Sans qu'il soit nécessaire d'y revenir ici au vu des contributions antérieures, soulignons que le recours à des gardes privés à bord des navires répond plutôt à une volonté d'engagement ou de désengagement de l'État et des armateurs qu'à un lobbying privé des sociétés de sécurité. Ce phénomène résulte incontestablement, d'une part, de la réduction des budgets alloués aux marines nationales, impactant les moyens humains et matériels disponibles[30] et, d'autre part, de l'exigence de protection, qu'elle soit privée ou publique, émanant des assurances en considération de la dangerosité des zones de transit.

Rappelons enfin que « la sûreté maritime vise les questions de défense du territoire, de protection des navires et des cargaisons. Elle procède d'une application des lois de police et de sûreté dans les ports, sur le littoral et dans les zones sous souveraineté [et] traite de la prévention d'actes d'origine humaine, intentionnels, dont la commission peut nuire à la pérennité des activités logistiques maritimes et à la sécurité des biens et des personnes »[31]. Elle constitue donc l'ensemble des mesures préventives ou curatives in situ destinées à faire face aux menaces auxquelles peut être confronté le navire ou son interface (port ou autre navire). La privatisation de la sûreté intervient donc à chaque étape de vie de la mesure : lors de son élaboration (dans les fora de réflexion avec l'intervention d'acteurs privés), de son application préventive (élaboration et vérification des plans de sûreté par des sociétés privées habilitées) ou de son

droit dérivé de l'UE. La transposition au plan régional européen a d'ailleurs évincé toute possibilité pour les États membres de soumettre des propositions d'amendements du code à l'OMI (La responsabilité de la République hellénique a ainsi été engagée après avoir soumis à l'OMI des propositions d'amendements du code ISPS susceptibles d'entraîner une évolution du droit de l'UE (CJCE 12 févr. 2009, aff. C-45/07, DMF 2011, hors-série no 15. 24, obs. Delebecque), la Cour de Justice estimant que le domaine couvert par le Règlement no 725/2004 ressortait de la compétence exclusive de l'UE suivant sa jurisprudence AETR (CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, Rec. p. 263).

29) Baumler R. (2005), « L'instrumentalisation des codes ISM et ISPS », *ADMO*, 107.

30) Kouar M. (2010), « La sûreté est-elle privatisable ? », *Outre Terre*, n° 25-26.

31) Leboeuf C. (2013), De la surveillance des activités humaines en mer, Thèse droit, Univ. Nantes, 100.

Cap XVI.pmd 310 16/09/2016, 14:17

application curative (protection active de gardes armés contre une attaque pirate). Ainsi, le phénomène de privatisation n'a pas transformé le fond d'une obligation de protéger de l'État. Ce sont les modalités d'exécution de cette obligation qui ont évolué. L'État doit en effet prendre toutes les mesures nécessaires et suffisantes pour satisfaire aux exigences posées par cette obligation.

L'État garde à cet égard un rôle central en ce sens qu'il est le garant de la pérennité systémique de la lutte contre les trafics illicites en mer[32], intervenant dans toutes les phases de lutte, de la prévention à la répression, consacrant la primauté de la vie en mer, comme l'énonce C. Saas dans le présent ouvrage. Relevons pour seuls exemples et garanties en matière de délégation de missions de sûreté originellement régaliennes la création, en France, d'un Conseil national des activités privées de sécurité, la condition de nationalité du dirigeant gérant ou associé, l'exigence d'aptitude professionnelle des agents de protection des navires en mer (certificats STCW2010), le respect obligatoire de normes ISO relatives à la gestion et la logistique des entreprises de sécurité[33] etc. La privatisation de la sûreté maritime, complémentaire, souhaitée, voire rendue obligatoire, est donc loin d'exclure toute forme d'intervention des autorités de l'État. En effet, certaines missions intervenant dans le cadre de la lutte contre les trafics illicites en mer ne peuvent être exécutées par des acteurs privés. Elles doivent être couplées aux missions relevant de l'action régalienne de l'État et de police en mer qui ne peuvent être privatisées[34], en coopération avec les acteurs privés, en matière de renseignement notamment.

32) Il convient de noter le parallélisme de la réflexion avec les théories de J. Tirole, prix Nobel d'économie, 2014 (l'État étant le garant de l'économie de marché, veillant à son bon fonctionnement. En faveur de la création de nouveaux marchés tels que les droits à polluer, les droits d'émission négociables, etc.).

33) V. ISO/PAS 28007:2012, Navires et technologie maritime – Guide destiné aux sociétés privées de sécurité maritime (PMSC) fournissant des agents de protection armés embarqués sous contrat privé (PCASP) à bord de navires (et contrat pro forma).

34) En droit français, la privatisation de la police est prohibée, même si la pratique révèle une mise en œuvre plus nuancée. Lemaire E. (2009) « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 767. Si cette acception vaut pour la France, elle est cependant l'objet de réflexions actuellement dans le cadre du projet de Convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées (SMSP) présenté par le groupe de travail de l'ONU sur la question. V. Conseil des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, A/HRC/15/25, 5 juillet 2010, ayant fait l'objet d'un grand nombre d'additifs depuis lors. V. également, Rapport du même groupe de travail, A/HRC/30/34, 8 juillet 2015.

Cap XVI.pmd 311 16/09/2016, 14:17

III. L'échange d'informations entre les secteurs privé et public en Europe : nécessité d'une structuration renforcée.

La lutte contre les trafics illicites en mer se caractérise principalement par la nécessité d'une action internationale coordonnée à chaque stade : de l'élaboration d'une incrimination, à la mise en place d'un dispositif opérationnel, jusqu'à la répression judiciaire des actes. En matière de lutte contre le terrorisme - mais cette remarque vaut tout aussi bien pour le trafic d'armes que la piraterie - la coopération entre les États membres de l'UE est principalement conduite de manière bilatérale, voire de manière bi-multilatérale « ainsi qu'en témoigne le nombre insuffisant d'enquêtes conduites avec le support d'Europol et de poursuites coordonnées par Eurojust »[35]. G. de Kerchove souligne à ce titre que l'incrimination de terrorisme telle que présente dans les décisions cadres de 2002 et 2008[36] a un impact direct au plan opérationnel et qui nous intéresse plus particulièrement ici, concernant l'action des services de renseignement et celle des services de police. « Traditionnellement, les services de renseignement agissent en amont de l'acte terroriste afin d'en déjouer la commission, la police intervenant dès lors que le crime est commis. Les décisions-cadres incriminant des comportements préparatoires à, voire distincts de, la commission de l'attentat en tant que tel (la participation à une organisation, le recrutement, l'entraînement), la police se voit contrainte d'agir beaucoup plus en amont en collectant des informations qui s'apparentent à du renseignement »[37]. Si la frontière entre les deux types d'action est ainsi rendue plus ténue, elle n'impacte nullement le caractère impératif d'une coopération et d'un échange d'informations avec les acteurs privés contribuant à la sécurité et la sûreté du navire et de son interface.

La coopération entre les autorités étatiques européennes aux fins de lutte contre les trafics illicites en mer apparaît cependant effective et opérante[38]. L'ouverture à des partenariats avec les acteurs privés de la sécurité, comme les sociétés privées de sécurité, semble elle s'étendre et être amenée à se renforcer. Pour autant, ces mesures de protection active s'insèrent dans un schéma plus général de lutte contre les trafics

---

35) Kerchove (de) G. (2012), « Impact de l'incrimination de terrorisme sur la coopération européenne en matière de lutte contre le terrorisme », in même auteur (dir.) (2012), EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, pages 213-217.

36) Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO n° L 164, 22 juin 2002, p. 1 ; Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JOn° L 330, 9 décembre 2008, p. 21.

37) Kerchove (de) G. (2012), « Impact de l'incrimination de terrorisme… », *op. cit.*

38) V. Proutière-Maulion G. (2015), « Les enjeux de la sécurisation du transport maritime au service de l'action extérieure de l'UE », *Revue Défense nationale*, T. 658 ; Proutière-Maulion G., Leboeuf C. (2015), « Internationalisation et privatisation de la lutte contre la piraterie maritime : approche comparative de la Corne de l'Afrique et du Golfe de Guinée. », DMF ; Leboeuf C. (2015), «France's action against maritime piracy and the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia (CGPCS): interests, interactions and priorities», *Neptunus*, vol. 21.

Cap XVI.pmd 312 16/09/2016, 14:17

en mer. Sans qu'il ne soit question ici de remettre en question leur intérêt, elles contribuent partiellement à la prévention et aucunement à la répression des actes illicites que seules les activités de renseignement et l'échange d'informations entre acteurs sont en mesure de rendre effectives.

Avant d'interroger la faisabilité d'un échange de données par voie technique incluant une participation active des opérateurs privés, il importe de se pencher en premier lieu sur la nature même des informations susceptibles d'être transférées. L'échange de données doit en effet répondre à certaines exigences tirées des dispositifs nationaux ou régionaux relatifs à la protection des données à caractère personnel[39]. En France, la loi 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, n'interdit aucunement à un opérateur privé d'exploiter une base de données contenant des informations à caractère personnel, pour peu que cet usage ait été autorisé en amont par la Commission instituée par ladite loi. De plus, les données d'intérêt maritime ne sont pas nécessairement composées de données permettant l'identification d'une personne privée. Ces données d'intérêt maritime se constituent en effet de « l'ensemble des informations ayant un lien direct ou indirect avec une activité en mer. Elles peuvent aussi bien concerner des personnes que des entreprises à terre, des navires, des sociétés de des sociétés de *manning* ou encore la météorologie. La collecte de ces informations d'intérêt maritime donne lieu à une analyse qui peut mener à l'identification de menaces ou de risques en mer. Différentes méthodes d'identification sont employées par les autorités maritimes : analyse de clichés photographiques ou satellitaires, évaluation des trajectoires du navire suspecté, appels radio (ou refus), enquête de pavillon, etc. En somme, l'identification procède de la combinaison de tous les moyens disponibles afin de démontrer la réalité d'une infraction suspectée »[40]. Rappelons enfin que certaines données à caractère personnel ne bénéficient pas de la même protection, du fait qu'elles sont en réalité devenues publiques. Le cas des décisions d'embargos adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies est à cet égard édifiant. Réaliser des transactions avec les personnes ou compagnies nommément citées par ces décisions engage la responsabilité de l'opérateur privé de transport maritime[41].

Une véritable structuration des échanges entre les autorités publiques de renseignement et à tout le moins les armateurs devrait permettre de créer une synergie

---

39) En droit français, « constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne » (Loi 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, art. 2).

40) Leboeuf C. (2013), De la surveillance des activités humaines en mer…, *op. cit.*, 254.

*41)*V. Lefevre M. (2015), La mise en œuvre des embargos sur les armes par les opérateurs privés de transport maritime, Mémoire Droit M2 DSAMO, sous dir. Leboeuf C., CDMO, Université de Nantes.

Cap XVI.pmd 313 16/09/2016, 14:17

contribuant très positivement à la lutte contre les trafics illicites. L'exemple américain est de ce point de vue très intéressant, et non réduit au seul secteur maritime. Les principaux acteurs des secteurs privés et publics sont en lien direct via l'Intelligence & National Security Alliance (INSA), réseau qui anime un certain nombre de groupes de travail dédiés par exemple au renseignement intérieur, à la sécurité et au contre-espionnage ou encore aux technologies innovantes[42]. Une telle organisation permet d'exclure un échange d'informations basé sur le seul opportunisme relationnel et pourrait, à très large échelle, poser les bases d'une structuration du partenariat désormais incontournable entre le secteur privé et public en matière de renseignement. Il serait inexact de dire qu'il n'existe ailleurs qu'aux États-Unis aucune structuration des liens entre les secteurs privé et public. En effet, on soulignera pour le cas français l'adoption par Armateurs de France d'une charte de bonne conduite relative à la lutte contre les flux illicites d'armes par voie maritime prévoyant la mise en place au sein des compagnies d'un point de contact chargé de la liaison avec les autorités nationales de leur pavillon. Les liens que nous évoquions entre le trafic d'armes, la piraterie et le terrorisme incitent à croire que les échanges d'informations ne visent pas uniquement le cas du trafic d'armes et que cette initiative aura des retombées dans des domaines connexes.

L'analyse de ce type d'exemple conduit à interroger les liens extrasectoriels des acteurs de la sûreté maritime et la valeur différente que ceux-ci peuvent accorder à une même information. Cette pluralité fonctionnelle et de valeur de l'information constitue aujourd'hui très probablement l'un des principaux freins à la mise en place d'un réseau public-privé d'échange d'informations : si pour les services étatiques de renseignement et de police, une donnée n'impacterait par exemple que la sûreté de l'approvisionnement énergétique, elle pourrait tout aussi bien signifier pour une compagnie une ouverture ou une fermeture de marché en fonction de laquelle l'entreprise doit se positionner économiquement, procéder à des investissements ciblés, etc.

Dès lors, la création d'une base de données multi-opérateurs ou, à défaut, d'un ensemble de systèmes propres interopérables, même présentant des garanties contre d'éventuelles intrusions dangereuses, physiques ou virtuelles, paraît être un véritable défi et une nécessité de ce XIXe siècle. Des projets sont conduits en ce sens au plan régional européen, notamment au travers de l'environnement commun de partage d'informations (Common Information Sharing Environment - CISE). « S'inscrivant dans un contexte de surveillance globale[43], la création du CISE constitue la troisième phase de la mise en place d'un système européen de surveillance des frontières

42) Brajeux P., Delbecque E., Mathieu M. (2013), *Sécurité privée, enjeu public*, Paris, Armand Colin.

43) Grard L. (2012), « Droit européen des transports. – 15 novembre 2011/15 février 2012 », Chronique in *Revue de droit des transports* n° 1, LexisNexis.

Cap XVI.pmd 314 16/09/2016, 14:17

extérieures (EUROSUR)[44]. Elle semble présentée comme le point d'orgue de l'établissement d'une véritable politique maritime intégrée […]. Sont notamment incités à ce titre l'échange d'informations et la constitution d'équipes communes d'enquête45[45]. Dans une communication de 2007 portant sur la politique maritime intégrée de l'UE, la Commission précise la constitution d'un réseau européen de surveillance maritime. Clef de voûte d'un tel réseau, l'interopérabilité des systèmes de surveillance nationaux doit permettre la « mise en place progressive d'un réseau intégré de suivi et de localisation des navires et de systèmes de navigation électronique pour les eaux côtières européennes et les zones de haute mer, y compris une surveillance par satellite et des systèmes d'identification et de suivi à distance des navires »[46] »[47].

Cependant, les avantages que présentent le CISE en matière de lutte contre les trafics illicites en mer doivent être tempérés à divers égards, notamment au vu du fait qu'ils n'incluent pas les systèmes informatiques des acteurs privés, alors même que leur contribution apparaît tout à fait essentielle. La nature internationale des activités des entreprises maritimes et l'exposition de celles-ci à des menaces et des risques protéiformes et interconnectés les incitent à adopter des mécanismes de sûreté et de sécurité qui vont au-delà des seules exigences imposées par les conventions internationales et codes applicables. Le caractère multidimensionnel des procédés de sûreté mis en place au sein des entreprises conduisent les services spécialisés à développer des pratiques de renseignement, par le recueil et l'emploi d'informations (réputées blanches, grises ou noires en fonction de leur degré de conformité à la loi). En effet, quelle que soit sa nature, l'information est au cœur de la politique d'intelligence économique de l'entreprise[48] dont un pan essentiel est dédié à sa sûreté et à sa sécurité. Ainsi, par exemple, faute d'informations suffisantes concernant le destinataire d'une cargaison, la violation d'une décision d'embargo peut entraîner une sanction de l'armateur. On se souvient du « cas emblématique » de l'Everest en octobre 2010, lors duquel le système informatique d'alerte de la CMA-CGM n'avait pas permis d'éviter un trafic d'armes orchestré par la compagnie iranienne exportatrice Behineh Trading Company, alors même que cette dernière avait été identifiée comme « affréteur responsable d'une livraison illicite d'équipements militaires en 2009 »[49].

---

44) Communication de la Commission du 13 février 2008 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée « Examen de la création d'un système européen de surveillance des frontières (EUROSUR) », COM(2008) 68 final, non publié au JO.

45) Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil relative aux équipes communes d'enquête, 13 juin 2002, JO L 162 du 20 juin 2002.

46) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 10 octobre 2007 sur une politique maritime intégrée pour l'Union européenne, COM(2007) 575 final, non publié au Journal officiel, point 3.2.1.

47) Leboeuf C. (2013), De la surveillance des activités humaines en mer…, *op. cit.*, 170.

48) Sébastien Laurent (2010), *Entre l'État et le marché. L'information et l'intelligence économique en France*, Paris, Nouveau Monde éditions, 320 p.

49) Seniora J., Royet Q. (2012), Trafics d'armes par voie maritime : un phénomène difficile à surveiller, Note d'Analyse, GRIP.

Cap XVI.pmd 315 16/09/2016, 14:17

L'actuelle conception des systèmes d'échange d'informations relègue par conséquent la structuration de la contribution des acteurs privés au seul renforcement du dialogue avec les autorités publiques. Ce dialogue intervient cependant une fois encore de manière sectorielle : le contrôle naval volontaire mis en place dans le golfe de Guinée, le golfe d'Aden ou dans le Sud-Est asiatique ne concerne qu'une coopération aux fins de prévention et de protection face à la menace pirate. Par ailleurs, compte tenu de la valeur croissante du patrimoine informationnel des entreprises, il n'est pas certain que les entreprises maritimes soient particulièrement enclines à pleinement participer à une agrégation massive de données présentant un intérêt économique. Voilà une remarque qui se veut d'autant plus pertinente au regard de l'impact de la dématérialisation des procédures et des données d'intérêt maritime sur les pratiques d'espionnage et de leurs conséquences en matière de secret d'affaires et de confidentialité des données commerciales[50].

50) Leboeuf C. (2014), « Le e-connaissement face aux pratiques d'espionnage privé », *Expertises des systèmes d'information*, 301.

Cap XVI.pmd 316 16/09/2016, 14:17