Document generated on 05/09/2025 2:04 p.m.

Revue générale de droit

Corsaires vs pirates ou la formation d'un partenariat public-privé pour l'établissement d'un dispositif permanent face à la menace pirate

Valentin Lara

Volume 45, Number 1, 2015

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1032037ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1032037ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Lara, V. (2015). *Corsaires vs pirates* ou la formation d'un partenariat public-privé pour l'établissement d'un dispositif permanent face à la menace pirate. *Revue générale de droit*, *45*(1), 143–198. https://doi.org/10.7202/1032037ar

Article abstract

Among all threats to maritime security, today piracy is certainly the most famous of them. Following a series of unprecedented violent attacks, the international community sent a military fleet off the coast of Somalia in 2008 to restore order and security. However, given the significant costs of such device, some legal scholars have not hesitated to support a greater use of the private sector in the fight against piracy. To achieve this, the resurgence of letters of marque, which allowed, during the past centuries, the practice of privateering, was proposed. This attempt to use the privateers against these threats is not devoid of legal issues regarding their conformity with modern international law. Far to dismiss the relevance of a greater use of private sector, the author underlines the need for a permanent mechanism in which companies will contribute to current and future naval presences. After establishing the terms of use of letters of marque by States, the author suggests the establishment of a partnership between public and private sector whose terms will remove all risks inherent to the use of private military companies.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2015

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Corsaires vs pirates ou la formation d'un partenariat public-privé pour l'établissement d'un dispositif permanent face à la menace pirate

Valentin Lara*

RÉSUMÉ

De toutes les menaces pesant sur la sûreté maritime, la piraterie est certainement celle qui a le plus fait parler d'elle ces dernières années. À la suite d'une série d'attaques inouïes de par leur niveau de violence, la communauté internationale dépêcha en 2008 une flotte militaire au large des côtes somaliennes afin d'y restaurer l'ordre et la sécurité. Toutefois, face aux coûts importants engendrés par un tel dispositif, une certaine doctrine n'a pas hésité à soutenir un recours accru au secteur privé dans le cadre de la lutte contre la piraterie. Pour ce faire, la question de la résurgence des lettres de marque, qui permettaient autrefois la guerre de course, fut notamment abordée. Cette tentative d'employer le système corsaire d'antan dans le contexte des enjeux maritimes du XXI^e^ siècle n'est pas sans poser des questions sur la compatibilité d'un tel dispositif avec le droit international moderne. Bien loin d'écarter la pertinence d'un recours accru au secteur privé, l'auteur met toutefois l'accent sur la nécessité d'établir un système durable au sein duquel les entreprises pourront participer aux interventions navales présentes et futures. Après avoir établi les conditions d'usage des lettres de marque par les États, l'auteur suggère fortement la formation d'un partenariat entre le secteur public et le secteur privé, dont les modalités devront écarter tous risques inhérents au recours à des sociétés militaires privées.

MOTS-CLÉS :

Corsaires, piraterie, lettre de marque, partenariat public-privé, haute mer, sociétés militaires privées, sécurité privée, navire d'État.

* Candidat au doctorat (PhD) et auxiliaire d'enseignement, Département de science politique, Université de Montréal.

(2015) 45 R.G.D. 143-198

ABSTRACT

Among all threats to maritime security, today piracy is certainly the most famous of them. Following a series of unprecedented violent attacks, the international community sent a military fleet off the coast of Somalia in 2008 to restore order and security. However, given the significant costs of such device, some legal scholars have not hesitated to support a greater use of the private sector in the fight against piracy. To achieve this, the resurgence of letters of marque, which allowed, during the past centuries, the practice of privateering, was proposed. This attempt to use the privateers against these threats is not devoid of legal issues regarding their conformity with modern international law. Far to dismiss the relevance of a greater use of private sector, the author underlines the need for a permanent mechanism in which companies will contribute to current and future naval presences. After establishing the terms of use of letters of marque by States, the author suggests the establishment of a partnership between public and private sector whose terms will remove all risks inherent to the use of private military companies.

KEY-WORDS:

Privateers, piracy, letter of marque, public-private partnership, high sea, private military companies, private security, public vessel.

SOMMAIRE

Introduction 145

I. Le droit international et la capture de navires pirates par les navires privés 153
   A. La compétence « quasi exclusive » des États en matière de piraterie 153
      1. La piraterie *jure gentium* et la compétence universelle des États 154
      2. Le pouvoir des États de saisir un navire pirate en *haute mer* 156
      3. Le droit à la *légitime défense* des navires privés naviguant en haute mer 157
   B. La résurgence de la *lettre de marque* 160
      1. L'usage historique des *lettres de marque* dans le cadre de la lutte contre la piraterie 160
      2. La *Déclaration de Paris* de 1856 et l'interdiction de la *guerre de course* 162
      3. Les *lettres de marque* et le droit international de la mer 165

II. Les limites à la privatisation dans le domaine militaire 169
   A. Les *risques systémiques* liés au recours au secteur privé 169

1. Les risques de mauvais traitements de la part du personnel de sécurité privé 170
2. L'affaiblissement de la *responsabilité démocratique* et le « *New Public Management* » 172
B. La compétence des États en matière de piraterie : une compétence intrinsèquement étatique? 175
1. L'État et le « monopole de la violence » 175
2. Le concept de la « culture de la loyauté » chez les forces armées 176
III. L'établissement d'un partenariat avec l'État comme condition à l'émission des *lettres de marque* 179
A. La mise en place de mécanismes de contrôle et de supervision stricts pour la formation du partenariat 181
1. La réglementation des sociétés militaires privées par le contrat public 182
2. La mise en place de mécanismes efficaces de supervision des contrats 185
B. La préservation de la capacité de l'État à superviser les entreprises en haute mer 188
1. La détermination des fonctions qui peuvent être sous-traitées 189
2. L'assujettissement du recours aux entreprises à la supervision directe du personnel militaire 192
Conclusion 196

INTRODUCTION

Selon un rapport du Bureau maritime international, les chiffres relatifs à la piraterie et aux vols à main armée commis en mer ont atteint leur point culminant en 2010, avec un total de 445 attaques, avant de diminuer de façon continue[1]. La piraterie trouve sa définition juridique moderne dans l'article 101 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*[2] (ci-après *CNUDM*). Ainsi, pour qu'une action soit considérée comme constituant un acte de piraterie, il faut être en présence de

1. ICC International Maritime Bureau [IMB], *Piracy and Armed Robbery Against Ships. First Quarter 2014*, Londres (R-U), 2014 à la p 5, en ligne : <http://www.seasecurity.org/wp-content/uploads/2014-Q1-IMB-Piracy-Report-ABRIDGED.pdf>.

2. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, (1994) 1834 RTNU 3 (nº 31363), (entrée en vigueur : 16 novembre 1994) [*CNUDM*].

quatre conditions cumulatives, soit : (*a*) un acte de violence; (*b*) commis en *haute mer*; (*c)* à partir d'un navire privé; (*d*) ayant été mené à des fins privées.

Déjà présente à l'époque des Grecs et des Phéniciens, la piraterie prospéra durant les grandes découvertes géographiques du XV^e^ au XVIII^e^ siècle[3], pour finalement disparaître vers la fin du XIX^e^ siècle[4]. À partir des années 1960, toutefois, la résurgence de ce phénomène s'est fait lentement ressentir avant de redevenir un problème régional, sinon mondial, dès les années 1980[5]. Encore récemment, les côtes somaliennes ainsi que le golfe d'Aden s'imposaient comme les épicentres de la piraterie avec, rien que pour l'année 2011, 197 attaques commises sur un total de 439 à l'échelle mondiale[6]. Face à la menace pesant sur le commerce maritime transitant par la région, le Conseil de sécurité adopta le 7 octobre 2008, en vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*[7], une résolution appelant « tous les États intéressés par la sécurité des activités maritimes » à déployer « des navires de guerre ou des aéronefs militaires » au large de la Somalie[8]. Sur la base de cette résolution, plusieurs puissances maritimes mutualisèrent leurs forces navales dans le cadre des opérations *Atalante* de l'Union européenne et *Ocean Shield* de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord[9]. Des chiffres plus récents témoignent, ainsi, d'une diminution continue des actes de piraterie commis dans la région, avec un nombre total de 13 attaques pour l'année 2013[10]. Cette diminution des violences commises au large de la Somalie semble être la conséquence directe de la mise en œuvre d'un certain nombre de mesures, dont la présence d'une flotte internationale. De toute évidence, les récentes statistiques

---

3. Anatolij Lazarevič Kolodkin, Vasiliĭ Nikolaevich Gu͡tsuli͡ak et Iulia Bobrova, *The World Ocean: International Legal Regime*, édité et traduit par William Elliott Butler, La Haye, Eleven Int'l Pub, 2010 à la p 145.

4. Helmut Tuerk, « The Resurgence of Piracy: A Phenomenon of Modern Times » (2009) 17 U Miami Int'l & Comp L Rev 1 à la p 9.

5. *Ibid*.

6. ICC International Maritime Bureau [IMB], *Piracy and Armed Robbery Against Ships. 2013 Annual Report*, Londres (R-U), 2014 à la p 6, en ligne : <http://www.harbourmaster.org/downloadfile.php?df=images/upload/files/news-maritime_news_file_419.pdf>.

7. *Charte des Nations Unies (et Statut de la Cour internationale de justice)*, 26 juin 1945, CNUOI, vol 15, p 365, RT Can 1945 n^o^ 7, ch 7.

8. Doc off CS NU, 5987e séance, Doc NU S/RES/1838 (2008) au para 2, en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1838%20(2008)>.

9. Cyrille P Coutansais, *Géopolitique des océans : l'Eldorado maritime*, Paris, Ellipses, 2012 à la p 135.

10. ICC International Maritime Bureau [IMB], *supra* note 6 aux pp 5-6.

militent, selon nous, pour l'établissement d'un dispositif permanent face à ce type de menaces. Néanmoins, en raison de l'importante surface océanique à couvrir, les flottes étatiques semblent avoir rencontré certaines difficultés à protéger les navires empruntant les voies navigables de la région[11]. Aussi, les failles de ce dispositif semblent avoir favorisé l'expansion du nombre d'entreprises proposant des services anti-piraterie[12].

Formations et encadrement par des instructeurs lors de traversées à risque, sécurisation du pont et des passerelles, évaluation des risques, création de « citadelles » ou encore personnel de sécurité non armé sont autant de services que le secteur privé a su mettre au point afin de répondre aux exigences croissantes des armateurs en matière de sécurité[13]. Si l'ensemble de ces services s'inscrit pleinement dans le cadre des *Best Management Practices*[14] promues par l'industrie maritime, d'autres services, comme l'emploi d'un personnel de sécurité armé, continuent cependant de faire débat, avec l'opposition notable de l'Organisation maritime internationale qui doute toujours de la maturité de ce type d'entreprises[15]. Malgré la controverse, l'industrie maritime semble avoir fait de plus en plus appel à ce type de personnel[16], poussant certains États à adapter leur politique à l'instar du gouvernement britannique, qui reconnaît « que l'emploi de gardes armés à bord des navires battant pavillon britannique est une option lorsqu'il s'agit de protéger les vies humaines de la menace pirate » [notre traduction][17].

---

11. James W Harlow, « Soldiers at Sea: The Legal and Policy Implications of Using Military Security Teams to Combat Piracy » (2012) 21:3 S Cal Interdisciplinary LJ 561 à la p 579.

12. Patrick Cullen, « Surveying the Market in Maritime Private Security Services » dans Claude Bérubé et Patrick Cullen, dir, *Maritime Private Security. Market Responses to Piracy, Terrorism and Waterborne Security Risks in the 21st Century*, Londres (R-U), Routledge, 2012, 25 à la p 31.

13. *Ibid* à la p 32.

14. *BMP 4 – Best Management Practices for Protection Against Somalia-Based Piracy*, Edimbourg (R-U), Witherby Publishing Group, août 2011, en ligne : <http://www.mschoa.org/docs/public-documents/bmp4-low-res_sept_5_2011.pdf?sfvrsn=0>.

15. Maritime Safety Committee, *Revised Interim Guidance to Shipowners, Ship Operators and Shipmasters on the Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in the High Risk Area*, Doc off IMO NU, 2012, Doc NU MSC.1/Circ1405/Rev2 (2012), Londres (R-U), annexe à la p 1, International Maritime Organization en ligne : <www.imo.org>.

16. Cullen, *supra* note 12 aux pp 32-33.

17. R-U, Department for Transport, *Interim Guidance to UK Flagged Shipping on the Use of Armed Guards to Defend Against the Threat of Piracy in Exceptional Circumstances*, Londres (R-U), Great Minster House, 2013 à la p 13, en ligne : <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/204123/use-of-armed-guards-to-defend-against-piracy.pdf>.

Par ailleurs, le coût du maintien de la force internationale étant évalué à deux milliards de dollars par an[18], certains auteurs estiment qu'un plus grand recours au secteur privé s'avérerait plus rentable[19]. Ainsi, une certaine doctrine prône la suppression totale de la présence militaire, à laquelle pourrait se substituer un recours accru au personnel armé sur les navires marchands[20]. Si cette solution présente un avantage économique certain, Christopher Spearin met, quant à lui, l'accent sur l'importance, encore de nos jours, du message politique et diplomatique véhiculé par la présence navale[21]. De plus, il souligne l'avance technologique dont disposent les navires de guerre par rapport aux compagnies de sécurité dont l'équipement ne surpasse généralement pas celui des pirates[22]. Cette solution, qui consiste à se priver de l'outil militaire, peut par ailleurs s'avérer dangereuse dès lors qu'il demeure impossible d'anticiper les conséquences d'un tel retrait sur l'activité criminelle de la région[23].

Aussi, d'autres auteurs proposent une solution bien plus originale : celle de substituer des navires privés aux navires de guerre tout en maintenant une présence navale[24]. Autrement dit, il ne s'agit plus de se priver de navires patrouillant dans l'océan Indien, mais bien de déléguer cette tâche aux entreprises. Cette solution diffère substantiellement de la précédente puisque ici, l'État continue de financer l'opération, mais à un coût potentiellement inférieur. À ce propos, il existe aujourd'hui, en Occident, une tendance lourde en faveur de la privatisation de certaines fonctions liées à la défense[25]. À titre

18. Harlow, *supra* note 11 à la p 582.

19. Brooke A Bornick, « Bounty Hunters and Pirates: Filling in the Gaps of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea » (2005) 17 Fla J Int'l L 259 à la p 266 et s.

20. Robert S Jeffrey, « An Efficient Solution in a Time of Economic Hardship: The Right to Keep and Bear Arms in Self-Defense Against Pirates » (2010) 41 J Mar L & Com 507 à la p 508.

21. Christopher Spearin, « Private Gunboats on the Horizon? Private Security and Contemporary Naval Presence » dans Bérubé et Cullen, *supra* note 12, 38 à la p 39.

22. *Ibid* aux pp 41-42.

23. Donna Hopkins et François Rivasseau, « State Dept. Briefing on Global Efforts to Combat Maritime Piracy » Conférence du Washington Foreign Press Center, présentée à Washington, 20 février 2014, en ligne : USEmbassy.gov <http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/texttrans/2014/02/20140221293810.html#axzz36FVjYks1>.

24. Joshua Staub, « Letters of Marque: A Short-Term Solution to an Age-Old Problem » (2009) 40:2 J Mar L & Com 261 à la p 265.

25. Laura A Dickinson, « Public Law Values in a Privatized World » (2006) 31 Yale J Int'l L 383 à la p 385 [Dickinson, « Public Law Values »].

d'exemple, les principaux conflits ayant marqué ce début de siècle, soit ceux en Irak et en Afghanistan, ont été les témoins d'un important redéploiement du secteur privé au cœur même de la stratégie militaire des États-Unis. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer le *ratio* du personnel privé déployé sur le terrain par rapport au personnel militaire américain. Celui-ci est passé de 1:100 durant la première guerre du Golfe à 1:10 durant la guerre en Irak[26].

Toutefois, si le recours à la *légitime défense* par des navires privés semble être généralement accepté, ces derniers ne peuvent, au regard du droit international, saisir directement un navire pirate comme le font les navires de guerre ou d'État[27]. Là encore, la réponse de la doctrine est originale, puisque certains auteurs proposent d'avoir de nouveau recours aux *lettres de marque*[28]. La *lettre de marque* peut se définir comme une autorisation gouvernementale attribuée au capitaine d'un navire privé afin de capturer en mer les navires ennemis ainsi que leur cargaison en temps de guerre[29]. Autrefois, on appelait cette pratique la « course », « entreprise spéculative commerciale par nature et guerrière par nécessité »[30], qui consistait donc « pour un navire, de courir sus à d'autres navires et de s'en emparer selon certaines règles »[31]. Au XIX^{e} siècle, néanmoins, les principales puissances maritimes de l'époque décidèrent de mettre fin à cette pratique à la suite de la guerre de Crimée[32]. Ainsi, la *Déclaration de Paris*[33], signée et entrée en

26. Peter Warren Singer, « War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law » (2004) 42:2 Colum J Transnat'l L 521 à la p 523.

27. *CNUDM*, *supra* note 2, art 107; *Convention sur la haute mer*, 29 avril 1958, (1963) 450 RTNU 82 (n^{o} 6465), (entrée en vigueur : 30 septembre 1962), art 21.

28. Voir par ex Staub, *supra* note 24; Theodore T Richard, « Reconsidering the Letter of Marque: Utilizing Private Security Providers Against Piracy » (2010) 39:3 Pub Cont LJ 411; Todd Emerson Hutchins, « Structuring a Sustainable Letters of Marque Regime: How Commissioning Privateers Can Defeat the Somali Pirates » (2011) 99:3 Cal L Rev 819.

29. *Black's Law Dictionary*, 6^{e} éd, *sub verbo* « lettre de marque ».

30. Alain Berbouche, *Pirates, flibustiers & corsaires de René Duguay-Trouin à Robert Surcouf : le droit et les réalités de la guerre de course*, Saint-Malo, Galodé, 2010 à la p 17.

31. Henry Brongniart, *Les corsaires et la guerre maritime*, Paris, Augustin Challamel, 1904 à la p 3.

32. Hisakazu Fujita, « 1856 Paris Declaration Respecting Maritime Law » dans Natalino Ronzitti, dir, *The Law of Naval Warfare: A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 61 aux pp 67-68.

33. Georges Frédéric de Martens, *Nouveau recueil général de traités, conventions, et autres transactions remarquables, servant à la connaissance des relations étrangères des puissances et États dans leurs rapports mutuels*, 1re série, t XV, Gottingue, Dieterich, 1843-1875 à la p 791.

vigueur le 16 avril 1856, édicte en son article premier que « la course est et demeure abolie ».

Face à cette interdiction d'employer l'arme de la *course*, la doctrine américaine oppose deux arguments. Premièrement, les États-Unis n'ont jamais été partie à la *Déclaration de Paris*[34]. En effet, les Américains conditionnèrent leur renoncement à la *guerre de course* à une immunité totale en mer de la propriété privée des sujets et citoyens des États belligérants[35]. Face au refus de certains États[36], les États-Unis n'accédèrent pas au traité. Par ailleurs, bien que certains auteurs suggèrent que la *Déclaration de Paris* fasse désormais partie du droit international coutumier[37], cette interdiction ne s'appliquerait qu'aux navires privés commissionnés en temps de guerre et non à la lutte contre la piraterie[38]. Cette dernière proposition est d'autant plus intéressante qu'elle suggère que l'ensemble des pays, même ceux parties à la convention, pourrait encore émettre des *lettres de marque* face à certaines menaces. Aussi, dans le cadre de cette étude, notre premier objectif sera d'établir si oui ou non, les *lettres de marque* peuvent encore servir d'autorisation gouvernementale face à la résurgence de la piraterie.

Notons que si une certaine littérature penche en faveur de la résurgence des *lettres de marque*, c'est essentiellement à cause du mode de financement qui caractérisait autrefois le système corsaire. En effet, la *course* avait pour principal avantage de s'autofinancer par le truchement des « prises » faites sur l'ennemi, généralement des navires marchands, et dont les corsaires recevaient la valeur monétaire à l'issue d'une procédure de liquidation judiciaire[39]. Toutefois, malgré les avantages de ce mode de financement, c'est le système de récompenses et de primes, tel qu'il fut conçu pour encourager la *guerre de course*[40],

---

34. Voir par ex Alexandra Schwartz, « Corsairs in the Crosshairs: A Strategic Plan to Eliminate Modern Day Piracy » (2010) 5 NYU JL & Liberty 500 à la p 511.

35. Fujita, *supra* note 32 à la p 70.

36. Berbouche, *supra* note 30 à la p 218.

37. Hutchins, *supra* note 28 à la p 864.

38. Richard, *supra* note 28 à la p 429 et s.

39. Berbouche, *supra* note 30 à la p 120 et s.

40. En 1778, le droit maritime français reconnaissait aux corsaires le droit à des « gratifications » provenant des « deniers de la Marine » pour certaines prises faites sur des navires de guerre ou corsaires ennemis; voir Louis XVI, « Déclaration du Roi, Concernant la Course sur les Ennemis de l'État. Donnée à Versailles le 24 Juin 1778 » dans *Code des Prises ou Recueil des Édits, Déclarations, Lettres patentes, Arrêts, Ordonnances, Règlemens & Décisions sur la Course & l'Administration des Prises, depuis 1400 jusqu'à présent*, Seconde Partie, Paris, De l'Imprimerie Royale, 1784, 634, art 8.

qui aura le plus retenu l'attention de la doctrine comme moyen de financer la lutte contre la piraterie. Ainsi, certains auteurs pensent que l'émission des *lettres de marque* devrait, aujourd'hui, se faire sur le modèle des chasseurs de prime (« *bounty hunters* ») tel qu'il peut encore exister dans le système judiciaire américain. L'émission de telles lettres concernerait la lutte contre la piraterie[41], mais aussi contre le terrorisme[42] ou encore la poursuite de criminels de guerre[43]. Toutefois, il nous semble qu'un modèle de chasseurs de prime offrirait une trop grande marge d'autonomie aux entreprises qui pourraient multiplier les abus, incidents et mauvaises identifications[44] dans un contexte où il demeure parfois difficile de distinguer les simples pêcheurs des véritables pirates[45].

Si aucun auteur étudié ne s'en est ouvertement revendiqué, il apparaît clair, cependant, que la plupart d'entre eux s'appuient sur une méthode d'analyse proche de l'*analyse économique du droit, qui* combine théorie juridique et science économique. En effet, l'argument majoritairement repris par les auteurs demeure celui de l'*efficience économique*. À ce propos, les tenants de l'analyse économique du droit considèrent que : « l'efficience est toujours pertinente pour l'élaboration des politiques, car il est toujours préférable de mettre en œuvre une politique publique lorsque son coût est moindre » [notre traduction][46]. David Driesen reproche à cette théorie de se fonder presque exclusivement sur des concepts microéconomiques dont le principal objectif est l'*allocation efficiente des ressources* (« *allocative efficiency* »)[47]. En effet, sous l'influence de cette théorie, de nombreux juristes tels qu'Eric Posner et Cass Sunstein cherchèrent à introduire

41. Bornick, *supra* note 19 aux pp 260-61; Richard, *supra* note 28 à la p 451 et s; Hutchins, *supra* note 28 à la p 880.

42. Robert P DeWitte, « Let Privateers Marque Terrorism: A Proposal for Reawakening » (2007) 82:1 Ind LJ 131 à la p 137.

43. Christopher M Supernor, « International Bounty Hunters for War Criminals: Privatizing the Enforcement of Justice » (2001) 50 AFL Rev 215.

44. Schwartz, *supra* note 34 à la p 517.

45. Joel Christopher Coito, « Pirates Vs. Private Security: Commercial Shipping, the *Montreux Document*, and the Battle for the Gulf of Aden » (2013) 101 Cal L Rev 173 à la p 185.

46. Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law & Economics*, 4e éd, Boston, Pearson Addison Wesley, 2004 à la p 4.

47. David M Driesen, *The Economic Dynamics of Law*, New York, Cambridge University Press, 2012 à la p 19.

une logique de *coût-bénéfice* dans le processus d'élaboration des normes[48]. À cette logique, Driesen propose de substituer une approche macroéconomique davantage tournée vers le long terme. Selon lui, le droit ne doit plus être perçu comme un moyen de viser une *allocation efficiente des ressources*, mais plutôt comme un moyen d'offrir un cadre réglementaire cherchant à éviter les crises futures. Sa théorie, la théorie des *dynamiques économiques du droit*, s'intéresse tout particulièrement aux formes que prennent les changements dans le temps. Elle prône l'élimination des *risques systémiques* (qui menacent l'ensemble du système) par la prise en compte des évènements antérieurs et analyse les nouvelles dynamiques et trajectoires empruntées par la société. Ainsi, en matière de sécurité nationale, les décideurs politiques devraient employer une *analyse dynamique* afin d'endiguer les *risques systémiques*[49].

De toute évidence, la relation « minimaliste » entre l'État et les entreprises privées que semble suggérer le concept de chasseurs de prime répond davantage à un besoin d'*efficience* à court terme qu'à une réelle prise en compte des risques potentiels que pourrait faire peser l'absence de supervision étatique. Aussi, notre question de recherche sera la suivante : les *lettres de marque* peuvent-elles encore servir d'autorisation gouvernementale face au phénomène de piraterie? Le cas échéant, sur quelle relation juridique l'attribution de ces lettres par les États devrait-elle reposer pour réduire significativement les risques liés au recours du secteur privé?

Afin d'y répondre, nous étudierons, dans un premier temps, les règles internationales régissant la saisie des navires pirates ainsi que la question de la résurgence des lettres de marque (**Partie I**), puis nous tenterons de déterminer quelles limites devraient s'appliquer au processus de privatisation en ce qui a trait aux questions de nature militaire (**Partie II**). Finalement, nous proposerons l'établissement d'un partenariat public-privé entre le gouvernement et les compagnies privées afin de garantir un certain degré de supervision de la part de l'État (**Partie III**).

48. *Ibid* à la p 25.

49. *Ibid* à la p 181.

I. LE DROIT INTERNATIONAL ET LA CAPTURE DE NAVIRES PIRATES PAR LES NAVIRES PRIVÉS

Dans le cadre de cette première partie, nous tenterons de démontrer que les *lettres de marque* peuvent, encore aujourd'hui, servir à mobiliser le secteur privé dans le cadre d'une lutte active contre la piraterie.

A. La compétence « quasi exclusive » des États en matière de piraterie

Il serait difficile d'aborder la question de la piraterie sans mentionner, au préalable, les caractéristiques les plus fondamentales de la *haute mer*, soit sa liberté et son caractère pacifique. La paternité du principe de *liberté des mers* est généralement attribuée à Hugo Grotius (1583-1645) dans son œuvre majeure *Mare Liberum* (1609). Grotius pensait que le principe de *liberté des mers* impliquait nécessairement un « accord tacite » sur un droit international entre les États excluant toute possibilité d'appropriation des océans[50]. Aujourd'hui, toutefois, le nouveau régime général tel qu'établi dans la *CNUDM* s'écarte de cette conception libertaire avec l'émergence des *zones économiques exclusives*, des *mers territoriales* ou encore des *eaux archipélagiques*. Aussi, si la *haute mer* n'est pas entièrement disparue au sein du nouveau régime, son importance a considérablement décru[51]. Notons néanmoins que le principe de *liberté de la haute mer* demeure, encore aujourd'hui, l'un des principes les plus reconnus en droit international[52]. Celui-ci est codifié à l'article 87 de la *CNUDM* qui consacre, par ailleurs, son caractère pacifique[53]. Dans son opinion individuelle lors de la célèbre *affaire du Lotus*, le juge Moore explique que :

> chaque nation possède un même droit à un usage ininterrompu des parcelles d'océan non détenues par une autre nation pour leur navigation, et aucun autre État n'est autorisé à interférer dans cette navigation en haute mer en temps de

50. Frédérique Vallon, *La mer et son droit, entre liberté et consensualisme, l'impossible gestion de la piraterie et du terrorisme*, Paris, Publibook, 2011 à la p 21.

51. Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000 à la p 554.

52. Kolodkin, Gu͡tsuli͡ak et Bobrova, *supra* note 3 à la p 110.

53. *CNUDM*, *supra* note 2, art 88.

> paix, excepté lorsqu'il s'agit d'un cas d'acte de piraterie tel que défini par le droit des gens [notre traduction] [nos soulignés][54].

En l'espèce, le juge Moore considère la piraterie comme pouvant légitimer l'intervention des États en *haute mer*. Après tout, « [t]oute élémentaire qu'elle soit, la liberté de la haute mer ne permet pas d'y accomplir des actes ou d'y poursuivre des activités qui sont interdites par le droit international »[55].

1. *La piraterie* jure gentium *et la compétence universelle des États*

La piraterie est certainement l'un des plus anciens crimes connus en droit international[56]. En effet, on retrouve des références aux pirates chez les auteurs grecs de la période classique (500-330 av. J.-C.) ainsi que chez les Romains[57]. La qualification de la piraterie comme ennemie de tous les peuples, ou *hostis humani generis*, est généralement attribuée à Cicéron[58]. Cependant, ce n'est pas le fait que la piraterie portait atteinte à des valeurs communes qui a justifié qu'elle soit punie, mais bien parce que les États avaient un intérêt commun à combattre ce danger[59]. C'est ainsi que la *CNUDM* leur rappelle leur obligation de coopérer afin de réprimer les actes de piraterie en *haute mer* ou dans « tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État »[60]. Comme le suggère ce dernier article ainsi que la définition même d'un acte de piraterie contenu dans l'article 101 *CNUDM*, seules les attaques commises en *haute mer* peuvent se voir qualifier d'actes de piraterie. La définition moderne de ce qui constitue un acte de piraterie consiste, rappelons-le, en : (*a*) un acte de violence; (*b*) commis en *haute mer*; (*c*) à

---

54. *Affaire du Lotus (France v Turkey)* (1927) CPJI (sér A) n° 10 au para 245, en ligne : WorldCourts <www.worldcourts.com> [*Affaire du Lotus*].

55. Verhoeven, *supra* note 51 à la p 557.

56. Ilias Bantekas et Susan Nash, *International Criminal Law*, 3e éd, New York, Routledge-Cavendish, 2007 à la p 176.

57. Joshua Michael Goodwin, « Universal Jurisdiction and the Pirate: Time for an Old Couple to Part » (2006) 39 Vand J Transnat'l L 973 aux pp 976-77.

58. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, « Piracy » par Ivan Shearer au para 6, en ligne : Oxford Public International Law <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1206?rskey=iKPVwb&reosult=1&prd=OPIL>.

59. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2003 à la p 24.

60. *CNUDM*, *supra* note 2, art 100.

partir d'un navire privé (ce qui exclut les navires d'État); (*d*) ayant été mené à des fins privées (et non pour des motifs politiques comme pour le terrorisme)[61]. Il est important de noter la portée étendue de cette définition qui concerne la plupart des cas de violence perpétrés par un navire privé en haute mer. On comprend ainsi toute l'importance des *lettres de marque*, même aujourd'hui, dès lors que l'on souhaite impliquer davantage le secteur privé dans la capture de navires pirates. En effet, à l'exclusion du cas de légitime défense que nous développerons plus loin, le recours à la force par un navire privé, même contre un navire suspecté de piraterie, tombera lui-même sous la définition d'un acte de piraterie.

Depuis le XVII[e] siècle, il est reconnu aux États, en vertu du droit international coutumier, une *compétence universelle* en matière de piraterie[62]. Selon cette compétence, chaque État est autorisé à arrêter et à juger les personnes suspectées d'être des pirates, peu importe leur nationalité[63]. Ainsi, la piraterie est, dans son aspect juridictionnel, *sui generis*, car elle rejette la compétence exclusive généralement attribuée aux États de pavillon sur les agissements de leurs propres navires[64].

Si la définition d'un acte de piraterie, telle que rédigée dans la *CNUDM*, correspond bel et bien à une codification du droit international coutumier[65], certains auteurs reprochent toutefois à cette définition d'être trop restrictive, car elle permet aux pirates œuvrant à proximité de leur mer territoriale de pouvoir quitter rapidement la *haute mer* à la vue d'un navire d'État étranger[66]. C'est cette difficulté qui poussa, par ailleurs, le Conseil de sécurité à adopter une résolution étendant aux eaux territoriales somaliennes le régime applicable aux actes de piraterie commis en *haute mer*. Grâce à cette résolution, les navires de guerre des États travaillant directement avec le gouvernement de transition furent autorisés à pénétrer dans les eaux

61. *Ibid*, art 101.

62. Cassese, *supra* note 59 à la p 284.

63. *CNUDM*, *supra* note 2, art 105.

64. *Affaire du Lotus*, *supra* note 54 au para 249.

65. Bantekas et Nash, *supra* note 56 à la p 178.

66. Jill Harrelson, « Blackbeard Meets Blackwater: An Analysis of International Conventions That Address Piracy and the Use of Private Security Companies to Protect the Shipping Industry » (2010) 25:2 Am U Int'l L Rev 283 à la p 298.

territoriales somaliennes afin d'y saisir les navires pirates selon les règles applicables à la *haute mer*[67].

2. Le pouvoir des États de saisir un navire pirate en haute mer

Les règles internationales régissant la saisie des navires pirates sont contenues au sein de la *CNUDM*. Tout d'abord, la définition d'un navire pirate au regard du droit international est plutôt simple : il s'agit du navire à partir duquel un acte de piraterie va être commis ou a été commis[68]. La convention prévoit, de façon générale, que tout État peut saisir en *haute mer* ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État, un navire pirate ou un navire capturé à la suite d'un acte de piraterie et qui demeure sous le contrôle des pirates[69]. L'État peut ainsi appréhender les personnes, saisir les biens à bord dudit navire et imposer la compétence de ses propres tribunaux. Toutefois, et cela demeurera important pour le reste de notre étude, l'État qui effectue la capture demeure responsable des dommages causés en cas de saisie arbitraire vis-à-vis de l'État dont le navire a la nationalité[70].

Le droit international répertorie, par ailleurs, les navires habilités à opérer de telles saisies. En vertu de la *CNUDM*, seuls les navires de guerre et les navires portant des « marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet » peuvent procéder à de telles saisies[71]. À ce propos, il existe des critères précis pour qu'un navire soit qualifié de « navire de guerre »[72]. Toutefois, il n'existe pas de définition de navire « affecté à un service public » au sein de la convention. Cela vient du fait, entre autres, que la *CNUDM* n'est structurée que suivant une logique de zones maritimes[73]. Aussi, si ce dernier type de navires semble exclure les navires marchands, qu'en est-il des navires privés mandatés par *lettre de marque* pour capturer les navires-pirates? Nous tenterons de répondre à cette question plus loin dans notre étude.

---

67. Doc off CS NU, 63e année, 5902e séance, Doc NU S/RES/1816 (2008) au para 7a), en ligne : ODS-Sédoc <http://daccess-dds-ny.un.org>.

68. *CNUDM*, *supra* note 2, art 103; pour la définition d'un acte de piraterie, voir : *ibid*, art 101.

69. *Ibid*, art 105.

70. *Ibid*, art 106.

71. *Ibid*, art 107.

72. *Ibid*, art 29.

73. Bernard H Oxman, « Le régime des navires de guerre dans le cadre de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* » (1982) 28 AFDI 811 à la p 812.

Enfin, il demeure important de souligner que la convention reconnaît aux navires de guerre un *droit de visite*[74] en *haute mer* concernant les navires de commerce si les navires de guerre ont des motifs sérieux de penser que ces navires de commerce se livrent à des actes de piraterie. Ce droit consiste essentiellement à vérifier la conformité des titres autorisant le port du pavillon[75]. Il est important de noter que la *CNUDM* étend ce *droit de visite* aux navires « dûment autorisés et portant des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public »[76].

Ainsi, force est de constater qu'en matière de lutte contre la piraterie, les États disposent d'une compétence exclusive tant pour l'arraisonnement que la saisie des navires. Dans son rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies de 1956, la Commission du droit international explique que l'action de l'État à l'encontre des navires pirates doit se faire avec « beaucoup de circonspection » afin d'éviter des « frictions entre États »[77]. Elle conclut, par conséquent, que ces saisies ne doivent être exercées que par les navires de guerre, « l'emploi d'autres navires d'État n'offrant pas les mêmes garanties contre les abus »[78]. Cependant, la convention étudiée précédemment autorise clairement les autres navires d'État à saisir des navires pirates. Pis encore, la *CNUDM* leur octroie un *droit de visite*. Par conséquent, nous tenterons de voir si, en l'absence d'une définition claire de ce que sont les « navires affectés à un service public », les *lettres de marque* ne permettraient-elles pas de procurer un tel statut aux navires privés?

3. *Le droit à la* légitime défense *des navires privés naviguant en haute mer*

Nous avons vu précédemment qu'un navire, qu'il soit privé ou d'État, se devait de respecter la *liberté de la haute mer* ainsi que le caractère pacifique de cette dernière. Toutefois, dans *l'affaire du Lotus*, le juge

74. *CNUDM*, *supra* note 2, art 110(1) *a*).

75. *Ibid*, art 110(2).

76. *Ibid*, art 110(5).

77. Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa huitième session (A/3159)*, Doc off Commission du droit international, NU, 1956, Doc NU A/CN4/104 à la p 283, en ligne : <http://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_104.pdf>.

78. *Ibid*.

Moore a considéré la piraterie comme pouvant légitimer l'intervention des États tout en reconnaissant, comme autre exception, les cas de *légitime défense* :

> aucun État n'est autorisé à interférer avec la navigation en haute mer en temps de paix, excepté lorsqu'il s'agit d'un cas d'acte de piraterie tel que défini par le droit des gens ou dans de rares cas de légitime défense [notre traduction] [nos soulignés][79].

Ainsi, dans son commentaire de 1956 sur l'article limitant aux seuls navires de guerre le droit de saisir des navires pirates, la Commission du droit international précisait qu'une telle limite ne pouvait s'appliquer au navire privé « ayant repoussé une attaque d'un navire pirate et tenant celui-ci en son pouvoir dans l'exercice de son droit de légitime défense »[80]. Par conséquent, si les États concentrent l'essentiel des compétences en matière de piraterie, les navires privés semblent également pouvoir employer la force contre d'éventuels assaillants dans le cadre de la *légitime défense*.

Bien qu'il n'existe pas de texte précis dans le domaine maritime qui définisse clairement le contenu du droit à la *légitime défense*, ce principe se retrouve tant en droit international public que dans la plupart des systèmes juridiques nationaux contemporains.

À titre d'exemple, en droit pénal international, le droit coutumier exige généralement les éléments suivants pour pouvoir invoquer la *légitime défense* : (*a*) l'action en *légitime défense* est faite en réponse à une attaque illicite *réelle* et *imminente* menaçant la vie de la personne ou celle d'un tiers; (*b*) il n'y a pas d'autres moyens pour prévenir ou arrêter l'attaque (nécessité); (*c*) l'attaque donnant lieu à la *légitime défense* ne peut elle-même être qualifiée de légitime défense, sans quoi l'agression deviendrait licite; (*d*) l'action de *légitime défense* doit être proportionnée à l'attaque[81]. On retrouve ainsi les critères de *proportionnalité* et de *nécessité*, auxquels vient s'ajouter le critère de l'attaque *réelle* et *imminente*.

---

79. *Affaire du Lotus*, *supra* note 54 au para 245.

80. *Commission du droit international*, *supra* note 77 à la p 283.

81. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2e éd, New York, Oxford University Press, 2008 à la p 259.

Par ailleurs, le droit à la *légitime défense* est un principe que l'on retrouve également dans les différents codes criminels nationaux. Ainsi, en vertu de l'article 122-5(1) du *Code pénal français* :

> [n]'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte [nos soulignés].

Dans son guide portant sur l'usage de personnels armés à bord des navires naviguant sous pavillon britannique, le ministère des Transports anglais explique que « toute utilisation de la force par des gardes armés doit se conformer à la législation nationale pertinente » [notre traduction] et de rappeler que « le droit criminel d'Angleterre, du pays de Galles et d'Irlande du Nord s'applique à bord des navires enregistrés au Royaume-Uni naviguant en haute mer » [notre traduction][82]. Le ministère énumère, ainsi, les situations dans lesquelles le droit anglais reconnaît la légitimité de l'emploi de la force et mentionne, entre autres, la *légitime défense*[83].

En conclusion, l'emploi de la force par des navires privés semble être reconnu dans le cadre de la *légitime défense*. Toutefois, dans *l'Étude d'impact* concernant le *Projet de loi relatif aux activités privées de protection des navires* du gouvernement français, il est fait mention du cas d'entreprises « anglo-saxonnes » ayant acquis d'anciens navires de guerre afin de proposer des services d'escorte aux navires marchands[84]. Selon l'étude, ce type de services pose problème puisqu'il existe certaines craintes de voir ces navires privés s'en prendre à des pirates hors du cadre de la *légitime défense*. L'*Étude* rappelle ainsi que les navires d'escorte ne disposent pas de pouvoirs de police comme ce peut être le cas pour les navires d'État[85]. Pourtant, selon certains auteurs, la résurgence des *lettres de marque* permettrait à des navires privés de

82. Department for Transport, *supra* note 17 à la p 36.

83. *Ibid* à la p 37.

84. France, Assemblée nationale, *Projet de loi relatif aux activités privées de protection des navires. Étude d'impact*, (31 décembre 2013), à la p 15, en ligne : Assemblée nationale <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl1674-ei.asp>.

85. *Ibid*.

dépasser le simple cadre de la *légitime défense* et de participer activement à la lutte contre la piraterie[86].

B. La résurgence de la *lettre de marque*

La *lettre de marque* autorisait autrefois la *course*, pratique selon laquelle un navire privé pouvait « courir sus à d'autres navires et […] s'en emparer selon certaines règles »[87]. La *guerre de course* offrait ainsi aux gouvernements la possibilité de fragiliser le commerce ennemi sans pour autant avoir à financer une marine permanente. Aujourd'hui, malgré l'abolition de cette pratique, certains auteurs considèrent toutefois que des *lettres de marque* pourraient encore être émises dans le cadre de la lutte contre la piraterie[88].

1. *L'usage historique des* lettres de marque *dans le cadre de la lutte contre la piraterie*

Si les *lettres de marque* ont permis à la *course* de devenir un procédé courant durant les guerres maritimes du XVII[e] et du XVIII[e] siècle[89], elles servirent également à mandater des navires privés dans le cadre de la lutte contre la piraterie[90]. Ainsi, il existe différents exemples historiques de *lettres de marque* ayant été délivrées à cette fin. En 1511, Henry VIII autorisa John Hopton à :

> [s]aisir et maîtriser tous et chacun des butiniers, pirates, exilés et hors la loi […] là où ils seront saisis, pour les détruire et pour ramener chacun d'entre eux, qui sont capturés, dans l'un de nos ports [notre traduction][91].

En 1715, une dizaine de corsaires furent commissionnés au large de la Jamaïque afin de chasser les pirates[92]. L'un d'entre eux, le capitaine Jonathan Barnet, captura d'ailleurs trois célèbres criminels. Les instructions que lui dictait alors sa *lettre de marque* étaient : « par la force des

86. Staub, *supra* note 24 à la p 268.

87. Brongniart, *supra* note 31 à la p 3.

88. Voir par ex Richard, *supra* note 28.

89. Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, A Pedone, 1983 à la p 220.

90. Richard, *supra* note 28 à la p 431.

91. Alfred P Rubin, « The Law of Piracy » (1986) 15 Denv J Int'l L & Pol'y 173 aux pp 215-16.

92. David Cordingly, *Under the Black Flag: The Romance and the Reality of Life Among the Pirates*, New York, Random House, 1996 à la p 220.

armes de saisir, prendre et appréhender tous les navires et vaisseaux pirates avec leurs officiers commandant et leur équipage » [notre traduction][93]. D'autres instructions plus spécifiques impliquaient, par ailleurs, qu'il livre les pirates capturés à Port-Royal, qu'il tienne un journal des procédures et, plus intéressant encore, qu'il arbore le même modèle d'Union Jack que celui des bâtiments de guerre, mais avec quelques modifications[94]. En 1718, le gouverneur en conseil de la Caroline du Sud commissionna deux navires corsaires, commandés conjointement par le colonel de milice William Rhett, afin de capturer les pirates qui pillaient les navires marchands transitant par le port de Charleston[95].

La grande *Ordonnance de la Marine du mois d'Août 1681*, ou Ordonnance de Colbert, prévoyait que : « [s]eront de bonnes Prises tous les vaisseaux appartenans à nos ennemis, ou commandés par des pirates, forbans ou autres gens courant la mer sans Commission d'aucun Prince ou État souverain » [nos soulignés][96]. Après la Révolution, le modèle des *lettres de marque* émises par la République française autorisait généralement le capitaine corsaire à « courir sur tous les ennemis de la République, & sur les Pirates, Forbans, gens sans aveu, en quelques lieux qu'il pourra les rencontrer, de les prendre et amener prisonniers avec leurs Navires, armes et autres objets dont ils seront saisis » [nos soulignés][97].

En droit américain, la constitution reconnaît au Congrès le pouvoir exclusif « [d]e déclarer la guerre, d'accorder des lettres de marque et de représailles et d'établir les règles régissant les prises effectuées sur terre et sur mer » [notre traduction] [nos soulignés][98]. Il est, à ce propos, explicitement prévu que le président doit autoriser les navires privés détenant des *lettres de marque* délivrées par le Congrès à procéder à la saisie de navires pirates[99].

---

93. *Ibid*.

94. *Ibid*.

95. *Ibid*.

96. René Josué Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, t 2, La Rochelle, Jerôme Legier, 1766 à la p 237.

97. Ministre de la Marine et des Colonies, *Lettre de marque*, 18 Prairial an onze (consultée depuis les archives du Musée national de la Marine de Toulon; lettre attribuée au citoyen Antoine Vidal).

98. US Const art I, §8, cl 10.

99. 33 USC § 386.

Cet autre usage des *lettres de marque* que celui d'autoriser la *course* en temps de guerre pourrait ainsi nous amener à douter de l'applicabilité de la *Déclaration de Paris* aux missions de lutte contre la piraterie. Nous tenterons ainsi de voir, dans la prochaine partie, si la prohibition de la *guerre de course* par le droit international demeure compatible avec l'usage que nous cherchons à faire des *lettres de marque*.

2. *La* Déclaration de Paris *de 1856 et l'interdiction de la* guerre de course

La *Déclaration de Paris* de 1856 fut le traité élaboré à la suite de la guerre de Crimée opposant la Russie à la Turquie[100]. La Déclaration mit fin à la *course*[101], interdisant, sauf en cas de contrebande de guerre, la saisie des marchandises ennemies naviguant sous pavillon neutre[102] et la saisie de biens neutres naviguant sous pavillon ennemi[103]. Enfin, le traité conditionna la légalité d'un blocus à son effectivité[104].

Pour certains auteurs, la *Déclaration de Paris* se limite essentiellement à prohiber la *course* en temps de guerre[105]. Selon Todd Hutchins, « les signataires ne font aucunement référence à l'usage des corsaires contre les pirates, et ce, en dépit de leur familiarité avec le phénomène de la piraterie et leur connaissance d'un usage antérieur des corsaires contre de tels pirates » [notre traduction][106].

En droit international, le principe veut qu'il n'y ait pas lieu d'interpréter un texte clair (*in claris non fit interpretatio*)[107]. À ce propos, la Cour internationale de justice écrit dans son avis consultatif sur la *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* que :

> le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions

100. Fujita, *supra* note 32 à la p 67.
101. *Déclaration de Paris*, 16 avril 1856, art 1.
102. *Ibid*, art 2.
103. *Ibid*, art 3.
104. *Ibid*, art 4.
105. Richard, *supra* note 28 à la p 429.
106. Hutchins, *supra* note 28 à la p 855.
107. Verhoeven, *supra* note 51 à la p 418.

> prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là[108].

On retrouve cette règle codifiée au sein de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui prévoit que l'interprétation d'un traité doit se faire selon le sens ordinaire des mots, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[109].

En ce qui nous concerne, l'article premier énonce simplement : « la course est et demeure abolie ». Selon le *Dictionnaire de la marine française* (1813), le mot « course » signifiait « [c]ourir ou être destiné à courir sur tous les bâtiments ennemis qu'on peut rencontrer, c'est faire la *course privateering* »[110]. De cette définition générale, plusieurs questions émergent. Premièrement, s'agit-il de la *course* pratiquée par des navires d'État ou par des navires privés? Deuxièmement, qui sont les navires ennemis? Et, finalement, le terme ennemi implique-t-il un état de guerre? À ces questions, une première réponse peut être apportée grâce à l'équivalent anglais du mot *course* utilisé dans le traité, soit *privateering*. Le terme *privateering* peut se définir comme « les raids menés en temps de guerre contre le commerce ennemi par des navires armés privés mandatés par lettres de marque » [notre traduction][111]. Autrement dit, le terme *privateering* concerne essentiellement la *course* menée par des navires privés contre les navires marchands ennemis en temps de guerre. Une lecture plus générale du traité semble tendre, par ailleurs, vers cette interprétation. Selon la Cour permanente de justice internationale :

> [p]our examiner la question […] à la lumière des termes mêmes du Traité, il faut évidemment lire celui-ci dans son ensemble, et l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases détachées de leur milieu et qui,

---

108. *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, Avis consultatif, [1950] CIJ rec 4 à la p 8, en ligne : CIJ <www.icj-cij.org>.

109. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, (1980) 1155 RTNU 353 (nº 18232) art 31(1) (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

110. Nicolas Charles Romme, *Dictionnaire de la marine françoise, avec figures*, 2e éd, Paris, Barrois l'aîné Libraire, 1813 à la p 184.

111. David S Heidler et Jeanne T Heidler, dir, *Encyclopedia of the War of 1812*, Annapolis (Md), Naval Institute Press, 2004 à la p 429.

> séparées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières[112].

Ce dernier principe est codifié au sein de la *Convention de Vienne sur le droit des traités,* dont l'article 31 énonce que l'interprétation des traités doit se faire, entre autres, grâce au texte, mais aussi au préambule et aux annexes[113]. En l'espèce, il est inscrit dans le préambule de la *Déclaration de Paris* de 1856 « que le droit maritime, en temps de guerre, a été pendant longtemps l'objet de contestations regrettables » [nos soulignés]. Il semble donc, *a priori*, que ce soit bien la *course* en temps de guerre qui soit prohibée et non celle menée en temps de paix contre des navires pirates.

L'objectif principal de la convention est, par ailleurs, de mettre fin aux incertitudes du droit et des devoirs « entre les neutres et les belligérants ». Conformément à cet objectif, l'abolition de la *guerre de course* semblait, de toute évidence, nécessaire puisqu'elle « risquait souvent de tourner au brigandage maritime, spécialement à l'égard des neutres »[114].

Finalement, les articles 2 et 3 de la *Déclaration de Paris* protègent les biens neutres naviguant sous pavillon ennemi ainsi que les biens ennemis naviguant sous pavillon neutre. Si ces deux articles traitent plus ou moins directement de la relation entre États belligérants et États neutres, elle concerne également les navires marchands et leurs marchandises. Cette dernière remarque semble ainsi confirmer l'idée qu'il s'agit bien de prohiber la *course* contre les navires de commerce et non contre d'éventuels navires pirates.

Pour conclure, la *Déclaration de Paris* ne semble pas, de toute évidence, s'appliquer aux *lettres de marque* émises dans le cadre de la lutte contre la piraterie. En effet, l'étude de ce traité nous a amené à démontrer que ce dernier ne visait en réalité que l'usage classique des corsaires en temps de guerre contre le commerce ennemi. Toutefois, l'émission de *lettres de marque* laisse encore planer, aujourd'hui, certains doutes quant à sa conformité avec le droit international contemporain.

---

112. *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour la réglementation des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture* (1922), Avis consultatif, CPJI (sér B) n° 2-3 à la p 22.

113. *Convention de Vienne*, *supra* note 109, art 31(2).

114. Rousseau, *supra* note 89 à la p 220.

3. *Les* lettres de marque *et le droit international de la mer*

Comme vu précédemment, l'arraisonnement et la saisie de navires pirates ne peuvent, en théorie, être commis que par un navire de guerre ou un navire « affecté à un service public »[115]. Autrement dit, pour que la *lettre de marque* puisse avoir un quelconque intérêt dans le cadre de la piraterie, celle-ci doit soit délivrer le statut de navire de guerre au navire corsaire, soit lui procurer un statut de navire « affecté à un service public ».

La *lettre de marque* était autrefois une délégation « du souverain portant autorisation de le représenter au combat »[116] et permettait, par conséquent, l'exercice privé de la puissance publique. La lettre devait être enregistrée auprès des autorités de la marine et un exemplaire de celle-ci devait se trouver à bord du navire corsaire afin d'être présenté en cas d'arraisonnement par un navire de guerre[117]. Les corsaires bénéficiaient ainsi du statut de belligérants en cas de capture par un navire ennemi[118] et d'un « sauf-conduit » auprès des alliés[119]. Toutefois, les navires-corsaires étaient la propriété de personnes privées et demeuraient considérés comme des navires marchands « puisque n'appartenant généralement pas au Roi »[120]. Par conséquent, les *lettres de marque* n'ont jamais permis aux navires corsaires de se transformer en navires de guerre, bien qu'ils fussent souvent autorisés à participer aux hostilités.

La transformation des navires marchands en navires de guerre est explicitement prévue et codifiée par la *Convention de La Haye de 1907*[121]. Ce processus d'incorporation à la flotte militaire en temps de guerre est communément appelé *flotte auxiliaire*[122]. Néanmoins, cette façon pour l'État de recourir à des navires privés sort du cadre de notre étude, puisqu'il s'agit généralement de navires directement incorporés

---

115. *CNUDM*, *supra* note 2, art 107; *Convention sur la haute mer*, *supra* note 27, art 21.

116. Berbouche, *supra* note 30 à la p 97.

117. *Ibid* à la p 101.

118. Rousseau, *supra* note 89 à la p 220.

119. Berbouche, *supra* note 30 à la p 101.

120. *Ibid* à la p 114.

121. *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907 (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), en ligne : Comité international de la Croix-Rouge <www.icrc.org> [*Convention de la Haye de 1907*].

122. Rousseau, *supra* note 89 à la p 222.

à la flotte et où le contrôle de l'État s'exerce comme pour ses propres bâtiments. En l'espèce, nous cherchons un moyen d'impliquer le secteur privé dans la lutte contre la piraterie sans que l'État prive nécessairement les entreprises de toute autonomie. La réponse se trouve donc, peut-être, du côté des navires d'État.

Le droit international de la mer reconnaît aux navires « affectés à un service public et autorisés à cet effet » le droit d'arraisonner et de saisir un navire se livrant à des actes de piraterie, comme nous l'avons déjà soulevé. Selon Todd Hutchins, comme « les corsaires conduisent des opérations pour le compte de gouvernements, fonctionnant essentiellement comme des navires militaires, ils auraient donc le droit d'aborder, de rechercher, et de saisir un vaisseau pirate » [notre traduction][123]. Cette analyse demeure toutefois, selon nous, incomplète. Tout d'abord, il est à noter que rien dans la *CNUDM* ne vient définir exactement ce qu'est un navire « affecté à un service public et autorisé à cet effet ». En réalité, la notion d'affectation renvoie directement à une classification des navires qui est indépendante des conventions. Ainsi, on retrouve en droit maritime privé des classifications selon la longueur des traversées, le but de la navigation ou encore l'affectation commerciale du navire[124]. Les navires d'État jouissent, pour leur part, de prérogatives dès lors qu'ils participent à l'exercice de la puissance publique et se voient ainsi exonérés de l'application de la plupart des règles du droit maritime privé[125]. Par conséquent, la notion d'« affectation à un service public » dans le cadre des différentes conventions internationales a généralement pour effet de distinguer les différentes catégories de navires d'État en écartant ceux dont l'affectation est purement commerciale (p. ex., le transport de marchandises)[126].

Par conséquent, en vertu du principe selon lequel « l'affectation préside à la qualification », un navire d'État armé à des fins publiques échappera à l'application du droit privé. *A contrario*, un navire d'État armé à des fins commerciales y sera soumis[127]. De toute évidence, si le critère d'« affectation à un service public » sert généralement à

123. Hutchins, *supra* note 28 à la p 868.

124. René Rodière, *Précis de droit maritime*, 5e éd, Paris, Dalloz, 1971 aux pp 33-35.

125. Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, 2e éd, Paris, Pedone, 1993 à la p 65.

126. *Ibid* aux pp 66-67.

127. *Ibid* à la p 67.

distinguer les différentes catégories de navires d'État, il paraît peu probable qu'il puisse également s'appliquer aux navires privés. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler le commentaire fait en 1956 par la Commission du droit international. Celle-ci considérait alors que toute saisie à l'encontre de navires pirates ne devrait être exercée que par les navires de guerre, « l'emploi d'autres navires d'État n'offrant pas les mêmes garanties contre les abus »[128]. En outre, si les navires « affectés à un service public » furent finalement autorisés à arraisonner et à saisir les navires pirates en vertu de la *CNUDM*, il paraît peu probable, au regard de l'approche restrictive adoptée à l'article 107, que les navires privés soient également concernés.

Ainsi, les navires détenant une *lettre de marque* devraient se voir reconnaître, en vertu du droit du pavillon, le statut de navire d'État avant même de pouvoir bénéficier d'une affectation à un service public. Une telle modification pourrait se faire par l'adoption d'une nouvelle loi ou encore par l'introduction d'une série d'articles au sein des lois nationales pertinentes. À titre d'exemple, aux États-Unis, il a été décidé que tout navire à moteur ou yacht affecté au service des garde-côtes devait être considéré comme un navire public appartenant aux États-Unis[129].

Avant de passer au dernier point, il est important de noter que la mention « affecté à un service public » s'accompagne généralement de celle d'« autorisé à cet effet ». Au sens de l'article 107 *CNUDM*, la mention « autorisé à cet effet » signifie autorisé à saisir le navire pirate. Cela vient confirmer l'idée selon laquelle ce type de capture doit être réservé aux seuls navires de guerre ou aux navires d'État « affectés à un service public » et autorisés à opérer de telles saisies. Sur ce point, la *lettre de marque*, qui délimite généralement le mandat accordé par l'État au navire corsaire, pourrait selon nous constituer une autorisation valide.

Pour finir, l'article 107 *CNUDM* évoque la question des « marques extérieures » démontrant que le navire est affecté à un service public. La présence de ces marques nous semble importante afin d'éviter que les navires de guerre ou d'État des autres puissances ne soient incités à exercer eux-mêmes leur droit de visite sur le navire corsaire. Les États

128. *Commission du droit international*, *supra* note 77 à la p 283.

129. 14 USC § 827.

devraient donc imposer aux navires détenteurs d'une *lettre de marque* certaines « caractéristiques visuelles » proches de celles de leurs navires d'État. À l'instar du capitaine Jonathan Barnet[130], les États pourraient, par exemple, élaborer un pavillon propre aux navires corsaires qui rappellerait celui de la marine de guerre.

Pour conclure sur cette partie I, nous avons vu qu'en conformité avec le principe de liberté de la *haute mer* et de par le caractère pacifique de ce dernier, tout navire doit s'abstenir de perturber la navigation des autres navires excepté en cas d'actes de piraterie (il existe également d'autres exceptions qui ne font pas l'objet de la présente étude). À ce propos, les États partagent une *compétence universelle* et le droit international limite aux seuls navires de guerre ainsi qu'à certains navires d'État le pouvoir d'arraisonner et de saisir un navire pirate. Afin de permettre à certaines entreprises de participer davantage à ce type de missions de police internationale, certains auteurs suggèrent la résurgence des *lettres de marque*. Dans le cadre de notre analyse, nous avons démontré que ces lettres avaient historiquement été délivrées par les États dans le cadre de la lutte contre la piraterie et que la prohibition de la *course* par la *Déclaration de Paris* n'empêcherait pas leur résurgence dans ce domaine. Toutefois, nous en sommes arrivés à la conclusion qu'en l'absence d'une législation nationale définissant clairement les futurs navires corsaires comme des navires d'État, les seules *lettres de marque* pourraient difficilement leur attribuer le statut de navire « affecté à un service public ».

Puisque les *lettres de marque* semblent pouvoir, sous certaines conditions, servir à impliquer davantage le secteur privé dans la lutte contre la piraterie, il faut désormais se questionner sur la forme que devrait prendre une telle privatisation. À ce propos, la théorie des *dynamiques économiques* suggère aux décideurs politiques de répertorier les *risques systémiques* pouvant survenir à long terme. Ces risques représenteront autant de limites que nous devons prendre en considération avant d'aborder la question de la mise en œuvre du nouveau régime des *lettres de marque*. L'analyse de ces risques nous amènera, par ailleurs, à étudier la question plus fondamentale du caractère étatique des fonctions militaires.

130. Cordingly, *supra* note 92 à la p 130.

II. LES LIMITES À LA PRIVATISATION DANS LE DOMAINE MILITAIRE

Dans le cadre de cette seconde partie, nous tenterons d'inventorier les différentes limites qui s'appliquent à la privatisation des fonctions dites militaires.

A. Les *risques systémiques* liés au recours au secteur privé

La théorie des *dynamiques économiques du droit* requiert que les décideurs politiques s'intéressent aux formes que prennent les changements dans le temps, avec pour principal objectif l'élimination des *risques systémiques* sans pour autant fermer la porte à de nouvelles perspectives économiques[131]. Dans le domaine de la défense, *l'analyse économique du droit* sert généralement de base intellectuelle au soutien de la privatisation des fonctions militaires[132]. En effet, la croyance des auteurs néoclassiques en la supériorité du marché pose les fondements de la privatisation des missions anciennement dévolues à l'État et à son personnel[133]. Ainsi, dès lors que le marché propose des solutions plus efficientes que celles habituellement offertes par l'État, il apparaît préférable que le secteur privé fournisse les services en question. Suivant cette logique, on a assisté ces dernières années, et notamment durant les conflits irakiens et afghans, à une vague de privatisations de certaines tâches militaires telles que la protection des diplomates, l'entraînement militaire, le soutien logistique ou encore le renseignement[134]. Aujourd'hui, le poids de l'industrie des sociétés militaires privées, que l'on peut définir comme des « entreprises commerciales [fournissant] des prestations traditionnellement assurées par les forces armées nationales »[135], avoisinerait les cent milliards de dollars annuellement[136].

Pourtant, durant les derniers conflits, ces entreprises ont à de nombreuses reprises démontré qu'elles pouvaient commettre des abus à

131. Driesen, *supra* note 47 à la p 50.

132. *Ibid* à la p 181.

133. *Ibid* à la p 183.

134. *Ibid*.

135. Philippe Chapleau, *Sociétés militaires privées. Enquête sur les soldats sans armées*, coll « L'Art de la guerre », Paris, Du Rocher, 2005 à la p 8.

136. Christopher Kinsey, *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*, New York, Routledge, 2006 à la p 2.

l'encontre de civils ou encore de prisonniers[137]. Par ailleurs, la privatisation de certaines questions liées à la sécurité nationale pourrait amener, selon David Driesen, à un certain affaiblissement de la *responsabilité démocratique* (« *democratic accountability* »)[138], qui demeure, selon certains auteurs, une composante essentielle du gouvernement[139]. Aussi, les risques d'abus à l'encontre de personnes tout comme l'érosion de la *responsabilité démocratique* sont autant de *risques systémiques* inhérents à la privatisation des fonctions militaires que les décideurs politiques devront prendre en compte lorsqu'il s'agira d'adopter de nouvelles politiques en la matière.

1. Les risques de mauvais traitements de la part du personnel de sécurité privé

L'un des risques que l'on peut déceler lorsqu'on a recours au secteur privé dans le cadre de fonctions militaires est, très certainement, le risque que le personnel de sécurité privé inflige des mauvais traitements à certaines personnes. En effet, un passé récent témoigne de violations commises par le personnel des sociétés militaires privées, comme la maltraitance de prisonniers à la prison d'*Abu Ghraib*, du trafic sexuel ou encore des actes de violence en tout genre[140].

Entre 2005 et 2008, en Irak, la tristement célèbre firme Blackwater s'est ainsi retrouvée impliquée dans près de 195 fusillades dont ses propres employés étaient les auteurs[141]. En 2005, des agents de la firme Ægis tirent, sans raison, sur des véhicules civils[142]. Le 28 mai 2005, une unité de *marines* interpelle 19 employés de Zapata Engineering qui tiraient sur des civils et qui s'en étaient également pris à un poste de contrôle américain[143]. En septembre 2007, la compagnie Blackwater

---

137. Voir par ex « Iraq: Blackwater Shootings Killed 17 », USATODAY.COM (10 juillet 2007), en ligne : <http://usatoday30.usatoday.com/news/world/iraq/2007-10-07-blackwater-investigation_N.htm#open-share-help>.

138. Driesen, *supra* note 47 à la p 186.

139. Robert D Behn, « The New Public Management Paradigm and the Search for Democratic Accountability » (1998) 1:2 Int'l Public Manag J 131.

140. Dana M Parsons, « Protecting the Booty: Creating a Regulatory Framework to Govern Increased Use of Private Security Companies in the Fight Against Pirates » (2010) 35 Tul Mar LJ 153 à la p 170.

141. Coito, *supra* note 45 à la p 184.

142. Philippe Chapleau, *Les nouveaux entrepreneurs de la guerre. Des mercenaires aux sociétés militaires privées: privatisation ou externalisation?*, coll « INHESJ », Paris, Vuibert, 2011 à la p 164.

143. *Ibid*.

escorte un convoi du département d'État à travers Bagdad. Se sentant menacé, le personnel de la firme ouvre le feu en pleine place de Nisour et tue 17 civils[144].

Les corsaires d'antan n'étaient pas plus respectueux des droits de la personne. En effet, la *guerre de course* privée s'apparentait souvent à de la pure piraterie, qui s'accompagnait de mauvais traitements des équipages capturés et de nombreuses exactions menées par les corsaires[145]. Afin de réguler ce secteur, les règles s'appliquant traditionnellement aux corsaires furent codifiées[146], comme en témoignent les règles contenues dans *l'Ordonnance de la Marine du mois d'Août 1681*, et leurs captures soumises aux règles strictes des tribunaux de prises[147]. Toutefois, malgré la mise en place de cet « arsenal juridique », force est de constater que leur conduite fut loin d'être « toujours digne d'éloges »[148].

La question de la réglementation des sociétés militaires privées, qui échappent généralement à la définition de mercenaires[149], est devenue progressivement une préoccupation grandissante tant pour les politiques[150] que pour les universitaires[151]. Les sociétés militaires privées sont souvent considérées comme opérant dans une « zone grise », ce

144. Charles Tiefer, « No More Nisour Squares: Legal Control of Private Security Contractors in Iraq and After » (2009) 88:3 Or L Rev 745 à la p 746.

145. Berbouche, *supra* note 30 à la p 17.

146. David J Starkey, *British Privateering Enterprise in the Eighteenth Century*, Exeter (R-U), University of Exeter Press, 1990 à la p 20.

147. Gary M Anderson et Adam Gifford Jr, « Privateering and the Private Production of Naval Power » (1991) 11:1 Cato J 99 à la p 105.

148. Pierre Berthiaume, « L'ordre du désordre » dans Sylvie Requemora et Sophie Linon-Chipon, dir, *Les tyrans de la mer. Pirates, corsaires & flibustiers*, Paris, Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2002, 127.

149. À titre d'exemple, le droit international humanitaire pose comme élément essentiel de la définition de mercenaire la participation « directe aux hostilités ». Or, les sociétés militaires privées ne sont généralement pas employées directement dans le cadre de missions de combat. Voir le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, art 47 (entré en vigueur : 7 décembre 1978), en ligne : Commission internationale de la Croix-Rouge <www.icrc.org>; voir aussi Benedict Sheehy, Jackson Nyamuya Maogoto et Virginia Newell, *Legal Control of the Private Military Corporation*, Londres (R-U), Palgrave MacMillan, 2009 à la p 150 et s.

150. Voir par ex: R-U, Foreign Affairs Committee, *Private Military Companies*, (9th Report of Session 2001-02), Londres, The Stationery Office, 2002, en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmselect/cmfaff/922/922.pdf>.

151. Voir par ex Sheehy, Maogoto et Newell, *supra* note 149.

qui remet en cause les concepts traditionnels du droit international humanitaire[152]. Aussi, l'absence d'un cadre légal significatif régissant le recours à ce type de sociétés en Irak et en Afghanistan a soulevé de nombreuses interrogations quant à l'impunité des crimes commis par leur personnel[153].

2. *L'affaiblissement de la* responsabilité démocratique *et le « New Public Management »*

Un second *risque systémique* lié à la privatisation des fonctions de sécurité serait, selon David Driesen, l'érosion de la *responsabilité démocratique*. D'après lui, lorsqu'un personnel privé exerce certaines missions militaires, ce dernier est inévitablement amené à prendre des décisions qui, dans une société démocratique, engagent les représentants du gouvernement[154]. Ainsi, et conformément à une approche *dynamique*, le concept de *responsabilité démocratique* risque de se fragiliser à long terme dès lors que ce type de décisions se voit privatisé et échappe aux mécanismes de contrôle démocratique[155].

La *responsabilité démocratique* renvoie aux différents mécanismes par lesquels les citoyens et les autres acteurs démocratiques sanctionnent les représentants chargés de définir et de mettre en œuvre les politiques publiques[156]. Cette responsabilité peut être de plusieurs types. Aux fins de notre étude, nous nous limiterons à la responsabilité dite *verticale*. La responsabilité *verticale* se schématise de la façon suivante : les fonctionnaires non élus appliquent et mettent en œuvre les politiques publiques tout en demeurant responsables auprès des décideurs politiques élus eux-mêmes et soumis au vote des citoyens[157]. Selon un modèle de gestion publique de type bureaucratique telle qu'elle a pu évoluer durant les XIX^{e} et XX^{e} siècles, l'administration publique se caractérise à la fois par son *efficacité* à mettre en œuvre les politiques publiques et par son *détachement* de la sphère

152. Coito, *supra* note 45 à la p 191.

153. *Ibid*.

154. Driesen, *supra* note 47 à la p 185.

155. *Ibid*.

156. Kristina Jelmin, *Democratic Accountability in Service Delivery. A Synthesis of Case Studies, International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, 2012 à la p 3, en ligne : <http://www.delog.org/cms/upload/pdf-account/Democratic-Accountability-inService-Delivery.pdf>.

157. *Ibid* à la p 7.

politique[158]. Ainsi, selon cette conception du gouvernement, la *responsabilité démocratique* s'exerce de façon très simple. Puisque l'administration publique est non politisée et qu'elle met en œuvre les politiques publiques de la façon la plus efficace qui soit, les citoyens ne doivent se concentrer que sur la manière dont les responsables politiques élus décident des politiques publiques. En cas de désaccord avec la politique menée, les citoyens choisiront de changer de représentants. Si cette vision du fonctionnement de l'État peut paraître quelque peu simplificatrice, elle permet cependant de mieux entrevoir les risques que peut engendrer la privatisation de certaines fonctions dès lors que l'on bouscule le modèle traditionnel.

À partir de la fin des années 1980, les critiques formulées à l'encontre de l'État bureaucratique se multiplièrent et très vite, des réformes vinrent instaurer le « *New Public Management* ». Son principal objectif fut alors l'amélioration de l'efficience, au sens économique du terme, du fonctionnement de l'État[159]. Suivant cette nouvelle logique, dès qu'un service peut potentiellement être privatisé, les gestionnaires publics doivent se tourner vers le marché afin de trouver des solutions moins onéreuses pour le contribuable. De toute évidence, le contrat s'est très vite imposé comme l'instrument privilégié lors des négociations entre le secteur public et le secteur privé. Le contrat permet désormais de traduire « en langage commercial les objectifs originellement définis par les politiciens et confiés aux gestionnaires publics pour leur mise en œuvre » [notre traduction][160]. Le contrat se place ainsi au centre de la nouvelle gouvernance publique, place qu'occupait antérieurement l'autorité dans l'approche traditionnelle[161]. Dans son rapport final de 1995, la *Commission on the Roles and Missions of the Armed Forces* considère que les gestionnaires du département de la Défense « devraient être habilités à prendre des décisions économiquement rentables sur la base d'orientations politiques générales, plutôt que sur la base de règles trop restrictives » [notre traduction][162].

---

158. Behn, *supra* note 139 à la p 133.

159. Carlos Ortiz, *Private Armed Forces and Global Security: A Guide to the Issues*, Santa-Barbara (Cal), ABC-CLIO, 2010 à la p 117.

160. *Ibid* à la p 118.

161. Jan-Erik Lane, *New Public Management*, Londres (R-U), Routledge, 2000 à la p 212.

162. É-U, Commission on Roles and Missions of the Armed Forces, *Directions for Defense: Report of the Commission on Roles and Missions of the Armed Forces*, Washington DC, Department of Defense, 1995 à la p 3-6, en ligne : <http://www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/Other/734.pdf>.

Ainsi, et conformément à cette nouvelle logique en matière de gestion, de nombreuses fonctions militaires furent privatisées tant aux États-Unis que dans d'autres pays comme le Canada, l'Australie ou le Royaume-Uni[163].

Si ce modèle de gestion peut apparaître attrayant du point de vue de sa souplesse par opposition au modèle bureaucratique, il n'est pas certain cependant qu'il procure les mêmes garanties en ce qui a trait à la *responsabilité démocratique*. Dans le modèle traditionnel, les citoyens ont la possibilité, généralement grâce aux élections, de choisir les politiques publiques qu'ils souhaitent voir implanter. Celles-ci sont élaborées, dans leurs grandes lignes, par les responsables politiques élus qui délèguent la mise en œuvre des politiques à l'administration publique sur laquelle ils exercent un contrôle direct et les citoyens, un contrôle indirect. La privatisation d'un service ou d'une fonction publique par l'intermédiaire du contrat va, par conséquent, modifier le schéma antérieur avec désormais, les citoyens et le gouvernement, d'un côté, et de l'autre, le gouvernement et l'entreprise privée. Aussi, la *responsabilité démocratique* reste inchangée tant et aussi longtemps que le gouvernement exerce le même degré de contrôle sur l'entreprise privée qu'il ne le faisait sur son propre personnel administratif. Or, dans le domaine militaire, nous avons vu que le personnel privé avait, à plusieurs reprises, échappé au contrôle de l'État dans les différents théâtres d'opérations. Par conséquent, sans contrôle efficace de l'État sur les sociétés privées, les citoyens se voient dépouillés de leur pouvoir de sanction.

De cette « érosion démocratique », David Driesen en déduit une autre, celle de la capacité de l'État à pouvoir, à long terme, assurer de nouveau les fonctions externalisées[164]. Cette perte de capacité pourrait avoir pour conséquence une absence totale de supervision du personnel privé ou encore faire en sorte que l'État devienne l'otage de monopoles ou d'oligopoles privés en ce qui a trait à la fourniture de certains services[165]. Cette dernière remarque nous amène donc à nous interroger sur le caractère intrinsèquement étatique de certaines fonctions.

163. Ortiz, *supra* note 159 à la p 121.

164. Driesen, *supra* note 47 à la p 186.

165. *Ibid*.

B. La compétence des États en matière de piraterie : une compétence intrinsèquement étatique?

Nous allons ici tenter de produire une réflexion sur le caractère intrinsèquement étatique de certaines fonctions généralement associées à l'emploi de la force. Il s'agira, en l'espèce, de pouvoir faire une transition logique entre les risques répertoriés précédemment et le modèle de *lettres de marque* que nous proposons dans la partie III, en y intégrant l'idée que l'État aura toujours un rôle à jouer dans la lutte contre la piraterie.

1. L'État et le « monopole de la violence »

En 1651, Thomas Hobbes publie un livre fondateur dans lequel il tente d'établir philosophiquement les principes constitutifs de l'autorité publique, autrement dit, de l'État et de sa souveraineté (le *Léviathan*)[166]. Dans sa réflexion sur la nature humaine, Hobbes décrit alors l'état de nature (étape antérieure à la constitution de l'État) comme un état de guerre perpétuel de tous contre tous (*bellum omnium contra omnes*) au sein duquel chaque individu use de sa propre puissance pour se préserver des autres[167]. Afin d'imposer la paix entre les individus, ceux-ci acceptent mutuellement de renoncer à leur « droit naturel » au moyen d'un pacte social et de l'établissement d'un État absolu, « […] seul en mesure de garantir le caractère mutuel de ce renoncement »[168]. L'État se dote ainsi d'une « puissance irrésistible » et impose l'obéissance politique, en grande partie, grâce à la peur[169]. L'État est donc, selon la théorie hobbesienne, le détenteur de l'autorité suprême qui pacifie la société en concentrant et en monopolisant l'usage de la violence.

Il semble que l'on retrouve une certaine filiation des idées de Hobbes chez le sociologue allemand Max Weber. En effet, selon Weber, « la relation entre État et violence est tout particulièrement intime » et l'État dispose, sur son territoire, du « monopole de la violence physique

166. Dominique Weber, *Léviathan, ou, Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil, Thomas Hobbes : avec le texte intégral des chapitres XVI et XVII*, vol 18, La Philothèque, Rosny (France), Bréal, 2003 à la p 18.

167. *Ibid* à la p 41.

168. *Ibid*.

169. *Ibid* à la p 18.

légitime »[170]. Cela ne signifie pas, toutefois, que les autres groupes d'individus renoncent à employer la force. Mais ils ne peuvent le faire que lorsque l'État le tolère, puisque ce dernier demeure « l'unique source » de ce droit[171].

Ainsi, dans un contexte de privatisation des fonctions militaires, les sociétés militaires privées pourraient, théoriquement, exercer les compétences de l'État tant et aussi longtemps que ce dernier le tolère. Mais qu'advient-il lorsque l'État voit ses capacités s'éroder? Lorsque l'emploi de la violence par le personnel privé échappe à son contrôle ou lorsqu'il est lui-même entièrement dépendant « d'armées privées » pour exercer pleinement sa souveraineté?

2. Le concept de la « culture de la loyauté » chez les forces armées

Dans un article paru en 2004, Clifford Rosky analyse la question de la privatisation de certaines institutions dans ce qu'il qualifie d'État libéral[172]. Il tente ainsi d'établir les limites à la privatisation du pouvoir répressif de l'État dans nos sociétés.

Dans un premier temps, il conceptualise un État « *ultra-minimal* » au sein duquel les prisons, la police et l'armée sont toutes privatisées[173]. L'ensemble fonctionne correctement tant et aussi longtemps que l'État paye et que le marché assure la prestation des services. Un jour, dans l'industrie militaire privée, on manque à un devoir (vol, conspiration, etc.) dans le but d'en retirer un quelconque bénéfice. Rosky qualifie alors ce manquement de « problème de loyauté » (« *problem of loyalty* »)[174]. Ce manque de loyauté devient d'autant plus problématique que dans cet État fictif, l'industrie militaire privée peut se retrouver aux mains de monopoles ou d'oligopoles qui détiennent, dès lors, le plus haut degré de coercition au sein de la société. Ainsi, plus rien n'empêche les organisations militaires privées de renverser l'État libéral pour en faire un « *State inc.* », si les circonstances l'exigent[175].

---

170. Max Weber, *Le savant et le politique (1919)*, coll « Les classiques des sciences sociales », Paris, Union générale d'éditions, 1963 à la p 29, en ligne : <http://classiques.uqac.ca/classiques/Weber/savant_politique/Le_savant.pdf>.

171. *Ibid*.

172. Voir généralement Clifford J Rosky, « Force, Inc.: The Privatization of Punishment, Policing, and Military Force in Liberal States » (2004) 36 Conn L Rev 879.

173. *Ibid* à la p 978.

174. *Ibid* à la p 979.

175. *Ibid* à la p 980.

À cet État « *ultra-minimal* », Rosky oppose un État « militaire » au sein duquel tout est privatisé, excepté l'armée. Dans ce deuxième cas de figure, l'État est désormais capable de se maintenir puisqu'il dispose du degré de coercition le plus élevé[176]. Cette logique présuppose que les militaires sont loyaux ou, du moins, plus loyaux que les armées privées, qui auront tendance à placer leurs intérêts personnels avant leur devoir[177]. La fidélité de l'armée peut se comprendre, selon Rosky, par l'entremise du concept de « culture de la loyauté » (« *culture of loyalty* ») par lequel les militaires conçoivent des croyances, des codes et des symboles grâce auxquels ils se sentent étroitement liés au gouvernement[178]. Ainsi, la rencontre des deux (gouvernement et armée) forme, en quelque sorte, l'État hobbesien (le *Léviathan*).

L'absence d'une « culture de la loyauté » chez les entreprises privées peut s'illustrer à l'aide des différents conflits irakiens et afghans. Ainsi, en Irak, une unité de *marines* a dû interpeller des employés de Zapata Engineering après que ces derniers s'en soient pris à des soldats américains[179]. En Afghanistan, des sociétés militaires privées locales ont détourné des fonds au profit des seigneurs de guerre et des talibans afin de se voir autoriser l'accès aux routes pour leurs convois[180]. Notons qu'il ne s'agit pas là de défendre l'idée selon laquelle les militaires sont toujours vertueux. Toutefois, dans nos sociétés modernes, force est de constater que le degré de fidélité des armées publiques est très certainement plus élevé que celui qu'on observe au sein du personnel privé.

Aussi, la capacité de l'État à demeurer l'unique source du droit à la violence est compromise dès lors qu'il ne peut plus compter sur une armée publique et loyale. De toute évidence, toute politique de privatisation devra veiller à ce que l'État préserve le plus haut degré de coercition en écartant les entreprises des fonctions qui pourraient remettre en cause, à long terme, la stabilité de l'État libéral. Les fonctions militaires sont donc difficilement privatisables puisqu'elles représentent « la forme la plus intense de violence » [notre traduction][181].

---

176. *Ibid* à la p 981.

177. *Ibid* à la p 987.

178. *Ibid* à la p 986.

179. Chapleau, *supra* note 142 à la p 164.

180. Charles Tiefer, « Restrain "Risky Business": Treat High-Risk Private Security Contractors as Inherently Governmental » (2013) 50 Harv J Legis 209 à la p 220.

181. Rosky, *supra* note 172 à la p 999.

Ces fonctions devront donc impérativement être assurées par l'État. Toutefois, certaines fonctions impliquant une moins grande intensité, comme les missions de police, pourront être déléguées au secteur privé[182]. À ce propos, la compétence des États en matière de répression de la piraterie, bien qu'elle soit assurée par les flottes de guerre, est généralement considérée comme une mission de police internationale[183]. Le recours à la force privée dans ces opérations de « *soft security* »[184] semble donc moins compromettre la sécurité de l'État libéral qu'une privatisation pure et simple de la flotte militaire.

En conclusion de cette partie II, nous avons cerné deux *risques systémiques* liés à la privatisation des fonctions militaires, soit : (*a*) les risques que des personnes soient victimes de mauvais traitements et (*b*) l'affaiblissement de la *responsabilité démocratique*. En effet, une étude des évènements survenus durant les deux conflits majeurs de ce début de siècle nous a amené à évoquer les différents cas d'emploi illégitime de la force ainsi que les violations flagrantes des droits de la personne auxquelles s'est livré le personnel privé. Ce risque de mauvais traitements constitue donc une première limite à l'instauration d'un nouveau régime de *lettres de marque,* qu'il faudra nécessairement endiguer pour éviter que des incidents ne se produisent lors de la capture de navires pirates. Par ailleurs, le second *risque systémique* répertorié, soit l'affaiblissement de la *responsabilité démocratique*, s'illustre par une absence de contrôle de l'État sur le personnel privé déployé en Irak et en Afghanistan. En l'absence d'un tel contrôle gouvernemental, les mécanismes directs et indirects que possédaient autrefois les citoyens pour sanctionner les politiques publiques deviennent, dès lors, inefficaces pour encadrer les agissements du secteur privé. Par conséquent, le nouveau régime de *lettres de marque* devra permettre à l'État de préserver un niveau de contrôle suffisant sur les entreprises déployées dans le cadre de la lutte contre la piraterie.

Finalement, de cette érosion démocratique due à l'absence de contrôle émerge, selon Driesen, une diminution de la capacité de l'État à fournir lui-même ces services. Ce dernier devient, dès lors, plus vulnérable face aux monopoles et oligopoles privés. Aussi, pour que l'État

182. *Ibid* à la p 1018.

183. Tullio Treves, « Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments Off the Coast of Somalia » (2009) 20:2 EJIL 399 à la p 413.

184. Geoffrey Till, *Seapower. A Guide for the Twenty-First Century*, Londres (R-U) et New York, Frank Cass, 2004 à la p 311.

puisse demeurer l'unique dépositaire du droit à la violence, le régime de *lettres de marque* devra restreindre le plus possible l'emploi de la force par les entreprises privées et favoriser la supervision directe du personnel privé par les forces armées étatiques.

III. L'ÉTABLISSEMENT D'UN PARTENARIAT AVEC L'ÉTAT COMME CONDITION À L'ÉMISSION DES *LETTRES DE MARQUE*

Guidés par des considérations liées à la rentabilité économique de l'ancien système corsaire, certains auteurs proposent que le nouveau régime des *lettres de marque* soit aujourd'hui calqué sur le modèle américain des chasseurs de prime (« *bounty hunters* »)[185]. Selon eux, il serait possible d'inciter les navires privés à capturer des navires pirates en contrepartie de primes gouvernementales. Si on ne peut qu'encourager une démarche qui consiste à vouloir épargner les finances de l'État, l'efficience économique ne doit pas, cependant, être le seul facteur à considérer dans la décision de privatiser une fonction de l'État. Dans la partie II, nous avons répertorié une série de risques qui requièrent de la part de l'État un niveau de supervision et de contrôle bien supérieur à ce que les entreprises ont connu jusque-là.

Intimement liés aux pratiques de cautionnement propre au système judiciaire américain, les chasseurs de prime ont la réputation de détenir des pouvoirs proches de ceux d'un shérif en matière d'arrestation de fugitifs, tout en demeurant largement non réglementés. À titre d'exemple, ils ne sont pas soumis aux restrictions constitutionnelles s'appliquant d'ordinaire aux forces de police[186]. Il n'est donc pas rare de voir certains chasseurs de prime faire usage de la violence ou arrêter des personnes innocentes dans le cadre de leur mandat[187]. Par conséquent, un tel régime de *lettres de marque* entretiendrait les *risques systémiques* mentionnés antérieurement, car il favoriserait une relation « minimaliste » entre l'État et les entreprises « chasseuses de prime ».

---

185. Bornick, *supra* note 19 aux pp 260-61; Richard, *supra* note 28 à la p 451 et s; Hutchins, *supra* note 28 à la p 880.

186. Jonathan Drimmer, « When Man Hunts Man: The Rights and Duties of Bounty Hunters in the American Criminal Justice System » (1996) 33 Hous L Rev 731 à la p 736.

187. *Ibid* à la p 737.

Par ailleurs, notre objectif n'est pas de promouvoir une incorporation forcée de la marine marchande à la flotte de guerre (voir flottes auxiliaires). Notre démarche s'inscrit davantage dans la promotion d'une délégation responsable et maîtrisée de certaines fonctions au secteur privé. Cette délégation devra garantir aux citoyens la protection des mécanismes de sanction auxquels on est en droit de s'attendre dans le cadre d'une société démocratique, ainsi que la préservation des capacités de l'État à superviser et à fournir lui-même ce type de services. Finalement, une telle délégation devra veiller à la préservation des vies humaines en haute mer contre d'éventuels abus. Aussi, peut-être est-il possible de trouver un juste milieu entre une privatisation non maîtrisée (voir système de chasseurs de prime) et une incorporation forcée du secteur privé à la marine de guerre (voir flottes auxiliaires)?

Ces dernières décennies, sous l'impulsion du *New Public Management*, d'importantes relations se sont tissées entre les différents gouvernements et les entreprises privées dans le cadre de projets et de programmes communs. Cette participation grandissante des entreprises à la gestion des tâches gouvernementales s'articule autour du concept moderne de « partenariats public-privé » (« *public-private partnerships* »)[188]. Il est important de noter que ce concept couvre un large éventail de collaborations ce qui rendrait difficile toute tentative d'être exhaustif[189].

Les règles et paramètres régissant ce type de relations se retrouvent précisés dans les nombreux détails des programmes gouvernementaux ainsi que dans les contrats qui y sont associés[190]. Dans le domaine de la défense, le *U.S. Army's Logistics Civil Augmentation Program* est un bon exemple de partenariat au sein duquel le département de la Défense américain gère le recours au secteur privé dans le cadre d'un soutien logistique[191]. Quant au département d'État, il gère la mise à disposition de personnel privé dans le cadre de protections rapprochées et de missions de soutien par l'entremise du *Worldwide Personal*

188. Ortiz, *supra* note 159 à la p 123.

189. « *Public private partnerships (PPPs) are arrangements typified by joint working between the public and private sector. In the broadest sense, PPPs can cover all types of collaboration […] across the interface between the public and private sectors to deliver policies, services and infrastructure* » dans « Non-Profit Distributing Public Private Partnerships », *The Scottish Government*, (2009), en ligne : <http://www.scotland.gov.uk/Topics/Government/Finance/spfm/pfippp>.

190. Ortiz, *supra* note 159 aux pp 123-24.

191. *Ibid* à la p 124.

Protective Services Contract[192]. Contrairement donc au concept traditionnel de « privatisation », qui consiste à recourir au marché afin de déléguer certaines activités autrefois assurées par l'État, les « partenariats public-privé » impliquent une collaboration entre les deux secteurs dans le but de réaliser un objectif commun en s'appuyant sur les atouts de l'ensemble des parties au partenariat[193].

Ce type de collaboration pourrait ainsi représenter une alternative crédible aux modèles de chasseurs de prime ainsi qu'aux flottes auxiliaires, car il permettrait à l'État de déléguer certaines fonctions au secteur privé, tout en maintenant sa participation active dans la lutte contre la piraterie. À ce propos, les risques répertoriés dans la partie II devront être pris en compte avant de pouvoir tracer les grandes lignes de ce que pourrait être ce futur partenariat. Nous verrons donc, dans un premier temps, les différents mécanismes de contrôle que l'État devrait mettre en place dans le cadre de son partenariat avec le secteur privé (**A**) avant d'étudier, dans un second temps, la gestion plus concrète du personnel privé déployé en haute mer ainsi que la question de sa subordination au personnel militaire (**B**).

A. La mise en place de mécanismes de contrôle et de supervision stricts pour la formation du partenariat

À titre préliminaire, il est important de souligner que le partenariat que nous tenterons de définir ici ne se substitue pas à la nécessité d'une réglementation stricte, tant nationale qu'internationale, en matière de recours aux sociétés militaires privées. En effet, différentes études ont évoqué la possibilité de créer un système national ou international de certification de ces sociétés, de réformer les traités internationaux existants, ou encore de favoriser une autorégulation de l'industrie de la sécurité[194]. Ces propositions sont autant de mécanismes complémentaires que les États devraient mettre en œuvre afin

192. *Ibid*.

193. California Debt & Investment Advisory Commission, *Issue Brief. Privatization Vs. Public-Private Partnerships: A Comparative Analysis*, Sacramento (Cal), California State Treasurer, 2007 à la p 8, en ligne : <http://www.treasurer.ca.gov/cdiac/publications/privatization.pdf> [California Commission].

194. Laura A Dickinson, « Contract as a Tool for Regulating Private Military Companies » dans Simon Chesterman et Chia Lehnardt, dir, *From Mercenaries to Market. The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 217 [Dickinson, « Contract »].

d'endiguer les différents *risques systémiques* que nous avons mentionnés, en promouvant une industrie de la sécurité plus mature et plus éthique. Toutefois, aux fins de notre étude, les mécanismes de contrôle que nous proposerons s'inscriront essentiellement dans le cadre du *New Public Management* en vertu duquel le contrat occupe, désormais, une place centrale dans la nouvelle gouvernance publique[195]. Par ailleurs, nous avons souligné dans la partie II que l'absence de contrôle efficace de l'État sur les entreprises avait pour conséquence l'affaiblissement de la *responsabilité démocratique* ainsi que l'augmentation du risque de mauvais traitements de certaines personnes. Par conséquent, le dispositif que nous proposons ci-dessous cherchera, avant toute chose, à assurer à l'État un degré de contrôle suffisant pour endiguer l'ensemble de ces risques.

1. La réglementation des sociétés militaires privées par le contrat public

Suivant la nouvelle logique de gestion promue par le *New Public Management*, le contrat occupe aujourd'hui une place de choix dans la gouvernance publique, au détriment de l'autorité[196]. Ainsi, les contrats publics sont devenus « un moyen de l'action gouvernementale » [notre traduction] tandis que le secteur public « se transforme en consommateur et en superviseur plutôt qu'en fournisseur direct de services » [notre traduction][197]. Par l'entremise des contrats, les objectifs des politiques publiques élaborées, dans leurs grandes lignes, par les décideurs politiques élus sont retranscrits en termes commerciaux afin d'être réalisés et mis en œuvre par le secteur privé[198]. Le contrat étant l'élément fondateur des « partenariats public-privé », celui-ci permet de souligner le rôle, les responsabilités et les attentes de chacune des parties[199]. Par conséquent, en tant que moyen privilégié de la nouvelle gouvernance publique et élément central des partenariats, le contrat devrait intégrer les éléments et mécanismes nécessaires afin de prévoir les *risques systémiques* mentionnés précédemment.

---

195. Lane, *supra* note 161 à la p 212.
196. *Ibid*.
197. Ortiz, *supra* note 159 à la p 118.
198. *Ibid*.
199. California Commission, *supra* note 193 à la p 8.

Selon Laura Dickinson, les contrats devraient transposer dans le secteur privé ce qu'elle qualifie de « normes et valeurs » du droit international public en y incluant, notamment, les droits de la personne, des règles de transparence ou encore des normes anticorruption[200]. Ce mécanisme d'extension du droit public dans le domaine privé est qualifié de « publicisation » (« *publicization* »)[201]. Selon Dickinson, la majorité des conventions internationales relatives aux droits de la personne ainsi qu'au droit international humanitaire furent, en grande partie, rédigées en ayant l'État à l'esprit et n'impliquent donc généralement que la responsabilité étatique, sauf dans quelques situations propres au droit pénal international[202]. Les différents cas de mauvais traitements commis par le personnel privé sont, à ce propos, un bon exemple des failles du droit public face à ces nouveaux acteurs non étatiques, et nécessitent, par conséquent, que le droit international puisse intervenir grâce aux clauses contractuelles[203].

L'étude d'une soixantaine de contrats militaires et de reconstruction en Irak, conclus par le gouvernement américain et rendus publics, révèle, selon Dickinson, qu'aucun d'entre eux n'oblige réellement les entreprises à respecter les droits fondamentaux, les principes de transparence ou les normes en matière de corruption[204]. Les contrats sont généralement rédigés de façon vague[205]. Ainsi, bien qu'il demeure difficile d'élaborer un contrat qui couvre l'ensemble des éventualités[206], force est de constater que la manière dont furent rédigés les contrats publics dans le cadre du déploiement en Irak dénote une absence flagrante de clauses contraignantes qui pourrait, si cette pratique était reconduite en matière de piraterie, entretenir les *risques systémiques*. Aussi, il paraît nécessaire d'insérer de nouveaux éléments tels que l'incorporation de normes du droit public dans les termes contractuels, l'exigence de formation et d'accréditation par des organismes indépendants, la mise en place de critères clairs de rendement et d'une autoévaluation des agents privés, l'augmentation du nombre de

200. Dickinson, « Contract », *supra* note 194 à la p 218.

201. Jody Freeman, « Extending Public Law Norms Through Privatization » (2003) 116:5 Harv Law Rev 1285.

202. Dickinson, « Public Law Values », *supra* note 25 à la p 397.

203. *Ibid*.

204. *Ibid* à la p 404.

205. Dickinson, « Contract », *supra* note 194 à la p 220.

206. Matthew Uttley, « Public-Private Partnerships in United Kingdom Defence: Opportunities and Risks » (2006) 9:2 RUSI Defence Systems 82.

clauses de résiliation de contrat et de clauses permettant au gouvernement de se retirer partiellement de l'entente[207].

Ces propositions sont, par ailleurs, conformes aux *Bonnes pratiques pour les États contractants* contenus dans le *Document de Montreux*[208], texte non contraignant qui codifie les règles et pratiques de référence en matière de recours aux sociétés militaires privées dans le cadre de conflits armés. Bien que le texte ne vise pas directement le recours aux sociétés militaires privées en haute mer, les termes larges qui y sont employés semblent autoriser une interprétation extensive[209]. En vertu de ce document, les États contractants sont invités à inclure « des clauses contractuelles et des exigences de rendement » afin de veiller à ce que les entreprises respectent le droit national pertinent ainsi que le droit international humanitaire et les droits de la personne[210]. Les États devraient également inclure, dans leurs contrats publics, des clauses de résiliation en cas de non-respect du contrat, spécifier les armes que le personnel privé peut employer, imposer que « des réparations appropriées » soient accordées aux victimes des agents privés, ou encore créer des incitatifs économiques (pénalités et récompenses financières, possibilité de demeurer en lice pour de futurs contrats, etc.) afin d'encourager les entreprises à se conformer aux clauses contractuelles[211].

L'ensemble de ces clauses permettrait ainsi d'établir clairement les conditions du recours à la force par le personnel privé tout en lui offrant un guide de conduite plus précis. Ces clauses pourraient également rendre applicables au personnel privé les dispositions légales qui concernent, d'ordinaire, les fonctionnaires de l'État[212]. À titre d'exemple, les modifications apportées à *l'Uniform Code of Military Justice*, en mars 2008, permirent de mettre fin à l'impunité juridique du personnel privé en le soumettant à la juridiction des cours martiales américaines en cas de crime de guerre ou de contravention aux règles

207. Dickinson, « Public Law Values », *supra* note 25 à la p 402.

208. *Document de Montreux*, 17 septembre 2008, Berne (Suisse), Département fédéral des affaires étrangères et Comité international de la Croix-Rouge, en ligne : <http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0996.pdf>.

209. Coito, *supra* note 45 à la p 196.

210. *Document de Montreux*, *supra* note 208 à la p 19.

211. *Ibid* aux pp 18-19.

212. Jody Freeman et Martha Minow, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, Cambridge (Ma), Harvard University Press, 2009 à la p 339.

d'engagement[213]. Cette soumission au droit militaire se fait, entre autres, par la présence désormais systématique de clauses « précises sur l'obligation d'adhésion aux lois et réglementations en vigueur aux États-Unis »[214].

Toutefois, le renforcement du contrôle exercé sur les sociétés militaires privées par l'entremise de clauses contractuelles ne peut être efficace qu'à partir du moment où des mécanismes de supervision efficaces sont mis en place par les États. Or, comme l'explique un rapport de l'Inspecteur général du département de la Défense, daté du 18 mars 2004, la moitié des contrats passés dans le cadre du conflit en Irak n'a pas fait l'objet d'un niveau de supervision satisfaisant[215].

2. La mise en place de mécanismes efficaces de supervision des contrats

Nous avons vu dans la partie II que les sociétés militaires privées cherchaient, contrairement aux militaires, à placer leurs intérêts propres avant leur devoir[216]. Ainsi, selon Peter Singer, il existe des tensions claires entre les objectifs sécuritaires de l'État et la recherche de maximisation du profit de la part des entreprises[217]. Cette tension s'inscrit pleinement dans ce que l'on qualifie en économie industrielle de *principe du principal-agent*. Ainsi, selon cette théorie, le *principal* (celui qui paye pour le service) mandate un *agent* (la personne qui exécute la tâche) afin d'agir en son nom[218]. Toutefois, les intérêts des deux parties au contrat étant souvent différents, le problème émerge dès lors que le *principal* dépend d'un *agent* sur lequel il est imparfaitement informé (*asymétrie informationnelle*)[219]. On parlera d'« *adverse selection* » lorsque le *principal* ignore une information sur l'*agent* et que celle-ci a un effet sur l'accord.

---

213. Georges-Henri Bricet des Vallons, *Irak, terre mercenaire*, Lausanne (Suisse), Favre, 2009 à la p 200.

214. Chapleau, *supra* note 142 à la p 181.

215. É-U, Office of the Inspector General, *Acquisition. Contracts Awarded for the Coalition Provisional Authority by the Defense Contracting Command-Washington*, D-2004-057, Washington DC, Department of Defense, 2004 à la p 24, en ligne : <http://www.globalsecurity.org/jhtml/jframe.html#http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/04-057.pdf>.

216. Voir la partie II ci-dessus.

217. Peter Warren Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, New York, Cornell University Press, 2003 à la p 151.

218. *Ibid*.

219. *Ibid*.

Par conséquent, la privatisation souligne l'importance, selon Singer, d'établir des mécanismes sophistiqués de surveillance (« *mechanisms of monitoring* »)[220]. Ces mécanismes permettraient ainsi au client (l'État) de prendre des décisions informées sans que l'agent (l'entreprise) ne puisse l'influencer ou lui fournir des renseignements erronés[221]. L'établissement de mécanismes de surveillance amène, par conséquent, à une augmentation des « coûts d'agence » diminuant, par là même, les avantages économiques liés à la privatisation[222]. Cependant, une absence totale de supervision pourrait s'avérer tout aussi coûteuse. En effet, dans son rapport final au Congrès des États-Unis daté d'août 2011, la *Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan*, un groupe d'experts indépendant et bipartisan, estime entre 31 et 60 milliards de dollars les pertes financières liées au gaspillage et aux fraudes contractuelles pour l'ensemble des contrats passés dans le cadre des conflits irakien et afghan[223]. Selon la Commission, ces pertes sont essentiellement attribuables à : (*a*) des projets mal ficelés, (*b*) une planification et un contrôle insuffisants de la part du gouvernement, de même qu'un mauvais rendement de la part du secteur privé, qui a conduit à des dépenses inutiles, à l'échec de plusieurs missions ainsi qu'à la perte de vies humaines et, finalement, (*c*) un comportement criminel ainsi que de la corruption chez les entreprises[224]. Le verdict de la Commission est donc sans appel : « [l]es États-Unis n'étaient pas préparés à mener une guerre à l'aide d'entreprises privées en Irak et en Afghanistan » [notre traduction][225].

Aussi, le renforcement des mécanismes de surveillance devrait-il passer par la mise en place d'un nombre suffisant d'employés étatiques entraînés et expérimentés dans la supervision de ce type de contrats. Ces derniers pourraient être assistés par des médiateurs publics indépendants, comme le Bureau de l'inspecteur général, ainsi que par des organismes tiers, comme des cabinets d'audit privés[226]. Comme ces

220. *Ibid* à la p 152.

221. *Ibid*.

222. *Ibid* à la p 153.

223. Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan, *Transforming Wartime Contracting. Controlling Report to Congress*, 2011 à la p 1, en ligne : <http://cybercemetery.unt.edu/archive/cwc/20110929213820/http://www.wartimecontracting.gov/docs/CWC_FinalReport-lowres.pdf> [Commission on Wartime].

224. *Ibid*.

225. *Ibid* à la p 166.

226. Freeman et Minow, *supra* note 212 à la p 342.

entités se concentrent généralement sur la question des fraudes dans le cadre de relations contractuelles, elles ne s'intéressent donc que très peu aux questions de mauvais traitements de personnes[227]. Aussi, le renforcement des mécanismes de contrôle devrait comprendre une meilleure formation du personnel étatique en matière de droits fondamentaux et favoriser la participation de tiers experts dans ce domaine, tels que des organisations non gouvernementales.

Encore une fois, ces propositions s'inscrivent dans la philosophie même du *Document de Montreux,* qui recommande aux États contractants de mettre en œuvre « des mécanismes administratifs et autres mesures de monitoring appropriées en vue d'assurer la bonne exécution du contrat et d'engager, en cas de conduite incorrecte ou illicite, la responsabilité de [l'entreprise] mandatée », tout en veillant à ce « que ces mécanismes disposent des ressources nécessaires, ainsi que d'un audit et d'une capacité d'enquête indépendants »[228].

Pour conclure, les deux derniers conflits irakien et afghan furent le théâtre d'un important laxisme de la part des autorités américaines, provoquant ainsi d'importantes pertes, tant humaines qu'économiques. Afin d'endiguer les *risques systémiques* de mauvais traitements ainsi que l'érosion démocratique découlant de cette absence de contrôle étatique, nous avons vu qu'un courant doctrinal recommandait fortement l'inclusion d'un certain nombre de clauses contractuelles ainsi que la mise en place de mécanismes de supervision pour assurer à l'État une capacité de contrôle sur les agissements des entreprises. L'ensemble de ce dispositif permettra, ainsi, de prévoir les futurs comportements opportunistes du personnel privé en l'incitant à se conformer au contrat public.

Toutefois, la nature même des partenariats peut poser certains problèmes quant à l'effet dissuasif de ce type de dispositifs. En effet, les « partenariats public-privé » impliquent, généralement, des relations de long terme pouvant s'étendre sur plusieurs décennies. Par conséquent, l'État pourrait hésiter avant de vouloir faire jouer les différents mécanismes d'incitation économique, comme la menace de recourir à une entreprise concurrente face aux coûts importants que représenterait une renégociation. À ce propos, la pratique courante de ces dernières années dans l'administration américaine fut d'accorder les

227. *Ibid* aux pp 342-43.

228. *Document de Montreux*, *supra* note 208 à la p 20.

contrats publics aux mêmes entreprises défaillantes sans jamais faire jouer la concurrence[229]. En 2010, on évaluait à 140 milliards de dollars la valeur des contrats passés sans appel d'offres depuis 2001[230]. L'État s'expose donc davantage, dans un partenariat, au risque d'« *adverse selection* » ainsi qu'à un comportement opportuniste *ex post* des entreprises[231]. Ce risque est, par ailleurs, d'autant plus important lorsque l'État devient trop dépendant de son partenaire privé (érosion de la capacité de l'État).

Par conséquent, et afin de préserver l'efficacité des mécanismes étudiés ci-dessus, l'État doit veiller à demeurer un acteur important du partenariat en maintenant sa capacité à assurer lui-même les missions déléguées au secteur privé, tout en contrôlant les agissements du personnel privé déployé sur le terrain. Pour ce faire, l'État devrait déterminer les fonctions qui, dans le cadre de l'usage des *lettres de marque*, peuvent être attribuées sans risques au secteur privé, tout en s'assurant que son personnel étatique dispose de l'autorité et de la capacité nécessaires pour superviser les entreprises privées.

B. La préservation de la capacité de l'État à superviser les entreprises en haute mer

Comme nous l'avons vu dans la partie A, et malgré l'existence de mécanismes de surveillance, l'État pourrait se retrouver otage d'entreprises poursuivant leurs propres objectifs de maximisation du profit dès lors qu'il dépend trop de leurs services pour exercer sa souveraineté. Dans son rapport final au Congrès, la *Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan* dénonce ainsi la trop grande dépendance des organismes fédéraux à l'égard des entreprises, ce qui a eu pour conséquence, entre autres, d'« éroder la faculté des organismes fédéraux à assurer certaines capacités fondamentales » [notre traduction][232]. De cette érosion découle, de toute évidence, une incapacité à superviser et à contrôler les acteurs privés, ce qui engendre, du même coup, les *risques systémiques* répertoriés dans la partie II. Afin de limiter cette perte de capacité dans le domaine de la piraterie, l'État

229. Commission on Wartime, *supra* note 223 à la p 152.

230. Sharon Weinberger, « Windfalls of War: Pentagon's No-Bid Contracts Triple in 10 Years of War », *The Center for Public Integrity* (29 août 2011), en ligne : <http://www.publicintegrity.org/2011/08/29/5989/windfalls-war-pentagons-no-bid-contracts-triple-10-years-war>.

231. Uttley, *supra* note 206 à la p 82.

232. Commission on Wartime, *supra* note 223 à la p 2.

devra donc tirer les enseignements des conflits passés en limitant le recours au personnel privé à certaines fonctions prédéterminées, tout en s'assurant de la capacité de son personnel à encadrer les activités des entreprises.

1. La détermination des fonctions qui peuvent être sous-traitées

Le *Document de Montreux* recommande aux États contractants de « [d]éterminer les services qui peuvent ou ne peuvent pas être sous-traités à des [entreprises] » en prenant en compte les « facteurs tels que le risque qu'un service particulier puisse impliquer la participation directe des membres du personnel des [entreprises] aux hostilités »[233]. Autrement dit, il s'agit pour l'État de se réserver certaines fonctions qui supposent un usage particulièrement intense de la violence et sont généralement attribuées aux forces armées. Selon Ronald Moe et Robert Gilmour, l'emploi de la force sur autrui représente un exercice de la puissance souveraine qui ne devrait pas être délégué au secteur privé[234]. Ce raisonnement se rapproche de la réflexion que nous avons menée dans la partie II, lorsque nous cherchions à établir le caractère intrinsèquement étatique des compétences de l'État en matière de piraterie. Nous en étions arrivés à la conclusion que l'État étant l'unique dépositaire du droit légitime à la violence, celui-ci devait, par conséquent, préserver le plus haut niveau de coercition par l'entremise de son personnel militaire et en ne déléguant que les tâches comportant une forme minimale de violence.

À ce propos, le *Projet de convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées* du Groupe de travail des Nations unies sur l'utilisation de mercenaires[235] interdit aux États de déléguer ou de privatiser les fonctions considérées comme « intrinsèquement étatiques »[236] et qui répondent, selon la convention, « au principe du monopole de l'État sur l'emploi légitime de la force »[237].

---

233. *Document de Montreux*, *supra* note 208 à la p 17.

234. Ronald C Moe et Robert S Gilmour, « Rediscovering Principles of Public Administration: The Neglected Foundation of Public Law » (1995) 55:2 Public Adm Rev 135 à la p 140.

235. *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*, Doc off AGNU, 15e sess, Doc NU A/HRC/15/25 (5 juillet 2010) à la p 20, en ligne : <http://daccess-dds-ny.un.org> [*Projet de Convention sur les SMSP*].

236. *Projet de Convention sur les SMSP*, *ibid*, art 9.

237. *Ibid*, art 2 *i*).

Aux États-Unis, la *Circulaire A-76* de *l'Office of Management Budget*, qui établit la politique fédérale en matière de privatisation de certaines activités, impose aux organismes gouvernementaux de distinguer les fonctions étatiques à caractère commercial de celles « intrinsèquement gouvernementales » (« *inherently governmental* »)[238]. La circulaire définit ainsi ces fonctions comme étant des activités intimement liées à l'intérêt public et exigeant d'être assurées par un personnel étatique[239]. Comme cette définition présente de nombreuses lacunes, celles-ci furent soulignées dans un mémorandum de la Maison-Blanche dans lequel il est expliqué que la frontière entre activités commerciales et activités « intrinsèquement gouvernementales » a été tracée de façon inadéquate et qui propose que les organismes de l'État « agissent selon des règles qui définissent clairement les moments où l'externalisation est ou n'est pas souhaitable » [notre traduction][240].

En application du mémorandum, la *Policy Letter 11-01* établit un test en deux étapes non cumulatives afin de répertorier les fonctions « intrinsèquement gouvernementales »; ces étapes sont : (*a*) la nature de la fonction et (*b*) l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire[241]. Le premier critère, soit la nature de la fonction, consiste à exercer des pouvoirs liés à la souveraineté des États-Unis. À titre d'exemple, le texte mentionne l'arrestation d'une personne comme relevant d'une fonction purement gouvernementale[242]. Dans le *Projet de Convention sur les SMSP*, les pouvoirs de police, et « en particulier les pouvoirs d'arrestation et de détention, y compris les interrogatoires de détenus »[243], sont également associés aux fonctions intrinsèquement étatiques. Autrement dit, la capture d'un navire pirate serait, théoriquement, une fonction purement gouvernementale devant être assurée par un personnel étatique dès lors que cette capture implique l'arrestation et la détention de personnes.

---

238. É-U, Office of Management and Budget, *CIRCULAR NO. A-76 REVISED*, 29 mai 2003, en ligne : The White House <http://www.whitehouse.gov/omb/Circulars_a076_a76_incl_tech_correction>.

239. *Ibid*.

240. É-U, Office of the Press Secretary, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, 4 mars 2009, en ligne : The White House <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Memorandum-for-the-Heads-of-Executive-Departments-and-Agencies-Subject-Government>.

241. É-U, Office of Federal Procurement Policy, *Policy Letter 11-01 to The Heads of Civilian Executive Departments and Agencies*, 76 Fed Reg 56237 (2011), 12 septembre 2011 aux para 5-1, en ligne : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-09-12/pdf/2011-23165.pdf>.

242. *Ibid* à la p 56237, para 5-1(1) i).

243. *Projet de Convention sur les SMSP*, *supra* note 235, art 2 *i*).

Par ailleurs, dans l'annexe B de la *Policy Letter 11-01*, le document dresse une liste non exhaustive d'exemples de fonctions « étroitement associées à l'exécution de fonctions intrinsèquement gouvernementales » [notre traduction] et qui incluent « les activités de sécurité non reliées au maintien de l'ordre et qui ne sont pas directement impliquées dans une enquête criminelle, que ce soit pour la détention ou le transport de prisonniers » [notre traduction][244]. Pour ce type de fonctions, qui ne sont pas considérées comme étant « intrinsèquement gouvernementales », les organismes étatiques doivent, toutefois, porter une attention toute particulière au personnel privé dont les activités risquent d'avoir une incidence sur l'exercice de fonctions gouvernementales par le personnel étatique[245]. La *Policy Letter* semble donc limiter le recours aux entreprises uniquement dans le cadre d'activités de sécurité que l'on pourrait qualifier de traditionnelles (« *non-law-enforcement security activities* »), telles que la protection des biens et des personnes. Ceci exclut donc la détention et l'arrestation de fugitifs.

Ainsi, un nouveau régime de *lettres de marque* ne pourrait, au regard de ces derniers développements, permettre à de futurs navires corsaires de saisir des navires pirates dans le but d'en faire des prisonniers ou de les transporter comme tels. La piraterie étant une activité criminelle[246], toute tentative de détenir des pirates serait directement liée à une compétence étatique d'enquête criminelle (« *criminal investigation* »). Par conséquent, pour qu'un régime de *lettres de marque* puisse permettre de capturer ou de détenir des pirates, les compagnies privées devront avoir à leur bord un personnel étatique habilité à arrêter les prétendus criminels. Les États pourraient, ainsi, fournir du personnel militaire ou civil aux entreprises qui en assumeraient le coût, comme ce peut être le cas des équipes de protection embarquées que certains États proposent[247]. En ce qui concerne les États-Unis, on pourrait parfaitement imaginer l'équivalent, en matière de piraterie, d'une *Aviation*

244. Office of Federal Procurement Policy, *supra* note 241 à la p 56241, appendice B, § 9.

245. Major Keric D Clanahan, « Wielding a "Very Long, People-Intensive Spear": Inherently Governmental Functions and the Role of Contractors in U.S. Department of Defense Unmanned Aircraft Systems Missions » (2013) 70 AFL Rev 119 à la p 153.

246. Tuerk, *supra* note 4.

247. Dennis Bryant, « Vessel Protection Detachments » (1er décembre 2009), Maritime Musings (blogue), en ligne : <http://www.maritimeprofessional.com/Blogs/Maritime-Musings/November-2009/Vessel-protection-detachments.aspx>.

and Transportation of 2001 Security Act[248] qui, en matière de transport aérien, autorise le déploiement des *Federal air marshals* à bord de tous les vols qui présentent des risques pour la sécurité des passagers[249]. Ainsi, le Congrès pourrait autoriser la présence de *marshals* à bord des navires corsaires afin de procéder à l'interpellation des pirates.

L'étendue actuelle de la notion de fonctions « intrinsèquement gouvernementales » ne fait toutefois pas l'unanimité. Celle-ci devrait, selon la *Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan*, inclure davantage les facteurs de risques[250]. C'est également l'avis de Charles Tiefer, pour qui la notion de fonctions gouvernementales s'est largement limitée, durant les deux derniers conflits, aux missions de combat[251]. Selon lui, les difficultés qu'ont rencontrées les autorités dans la surveillance des entreprises déployées dans le cadre de ces conflits ont, de toute évidence, favorisé certains abus de la part du personnel privé évoluant de façon autonome[252]. Tiefer considère donc nécessaire, en l'absence d'une supervision effective des entreprises, d'étendre le concept de fonctions « intrinsèquement gouvernementales » à l'ensemble des fonctions présentant un degré de risque élevé. Bien que nous ne partagions pas cette conclusion, Tiefer a toutefois raison de dire que l'interdiction faite aux entreprises d'exercer des fonctions « intrinsèquement gouvernementales » peut s'avérer inefficace en l'absence d'un réel contrôle du personnel privé de la part de l'État. Par conséquent, et afin que les entreprises ne soient pas tentées d'employer une force excessive, les États devraient s'assurer que leur personnel militaire impose aux navires corsaires un encadrement efficace.

2. L'assujettissement du recours aux entreprises à la supervision directe du personnel militaire

Afin d'augmenter le contrôle de l'État sur les agissements des entreprises déployées en haute mer, celui-ci devrait placer le personnel privé

248. 49 USC § 44917 (Supp. 2004).

249. Katherine Stein, « Search and Seizure at Cruising Altitude: An Analysis of the Re-Born Federal Air Marshals and Fourth Amendment Complications in the Twenty-First Century » (2005) 70 J Air L & Com 673 à la p 678.

250. Commission on Wartime, *supra* note 223 à la p 3.

251. Tiefer, *supra* note 180 à la p 223.

252. *Ibid* à la p 216.

sous l'étroite surveillance de son personnel militaire. Comme nous l'avons vu dans la partie II, les forces armées se caractérisent, généralement, par leur « culture de la loyauté » grâce à laquelle le gouvernement peut exercer sa souveraineté sans risquer d'être déstabilisé par une force privée.

Ainsi, le *Document de Montreux* impose aux États contractants de donner à leur personnel gouvernemental « la capacité et l'autorité nécessaires pour superviser la bonne exécution du contrat » par les entreprises en fournissant, notamment, une formation adéquate au personnel militaire travaillant directement avec elles[253]. Dans sa *Policy Letter 11-01*, *l'Office of Federal Procurement Policy* souligne, pour sa part, l'importance pour les organismes de l'État « d'employer et d'entraîner un nombre adéquat de membres du personnel gouvernemental » [notre traduction] afin de protéger « l'intérêt public grâce à une gestion active et informée ainsi que par la surveillance du rendement des entreprises » [notre traduction], notamment lorsque les contrats impliquent des fonctions « étroitement associées à l'exécution de fonctions intrinsèquement gouvernementales » [notre traduction][254].

Selon Theodore Richard, les corsaires étaient caractérisés par une absence totale de coordination puisqu'ils opéraient, la plupart du temps, comme des « *freelance* »[255]. Aussi, une résurgence des *lettres de marque* exigerait, selon lui, que les navires corsaires soient organisés et contrôlés par un commandement militaire centralisé[256]. Ce fut le cas, par exemple, en 1718, lorsque le gouverneur en conseil de la Caroline du Sud mandata le colonel de milice William Rhett afin de commander les deux navires corsaires chargés de capturer les pirates bloquant le port de Charleston[257]. Richard note, ainsi, que les corsaires ont parfois collaboré avec les marines de guerre, notamment entre 1739 et 1763, à titre de navires auxiliaires ou encore en participant à la protection de convois[258]. Par ailleurs, la stratégie navale française sous

253. *Document de Montreux*, *supra* note 208 à la p 20.

254. Office of Federal Procurement Policy, *supra* note 241 à la p 56236, § 4(3) b).

255. Richard, *supra* note 28 à la p 456.

256. *Ibid*.

257. Cordingly, *supra* note 92 à la p 220.

258. Richard, *supra* note 28 à la p 457; Voir aussi James G Lydon, *Pirates, Privateers, and Profits*, Upper Saddle River (NJ), Gregg Press, 1970 à la p 136.

Louis XIV fut justement de mêler *guerre de course* et *guerre d'escadre*[259], le roi allant jusqu'à prêter ses propres navires aux armateurs privés[260].

Aussi, les navires corsaires modernes, bien loin de remplacer les navires de guerre patrouillant dans l'océan Indien, pourraient toutefois venir pallier le manque d'effectifs en cas de retrait de la flotte internationale à la suite de la chute récente du nombre d'actes de piraterie au large du golfe d'Aden[261], ou encore dans le cadre d'un déploiement près d'un nouveau foyer de piraterie. Comme la présence navale est considérée comme étant dispendieuse, les entreprises pourraient ainsi apporter leur contribution à l'aide de patrouilleurs (« *patrol boats* ») plus petits et moins onéreux que les navires de guerre traditionnels[262]. Ces services devraient toutefois se faire avec l'étroite collaboration des forces armées par l'entremise, notamment, des nouvelles technologies. Ainsi, Todd Hutchins suggère que les autorités surveillent la position GPS des navires corsaires, fassent des inspections « surprises » ou encore exigent que les interventions des entreprises soient entièrement filmées[263]. C'est ce type de dispositifs que le département d'État américain a adopté pour son programme *Worldwide Personal Protective Services Contract* dans un mémorandum daté d'août 2010. Selon le document, les contrats passés dans le cadre de ce programme doivent veiller à ce qu'un système d'enregistrement vidéo soit installé sur les véhicules de protection et suggère, par ailleurs, un emploi plus important des *Blue Force Tracker Systems* (sorte de systèmes de géolocalisation)[264].

Nous avons souligné dans la partie précédente (**1**) que la présence d'un personnel étatique à bord des navires corsaires sera nécessaire

---

259. Berbouche, *supra* note 30 à la p 135; Geoffrey Symcox, *The Crisis of French Sea Power 1688-1697. From the Guerre d'Escadre to the Guerre de Course*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1974 à la p 5; Ministère de la Marine et des Colonies, *Revue maritime et coloniale*, t 36, Paris, Le Ministère, 1873 à la p 553.

260. Berbouche, *supra* note 30 à la p 135.

261. ICC International Maritime Bureau [IMB], *supra* note 1 à la p 5.

262. Voir par ex Schwartz, *supra* note 34 à la p 514; Voir aussi John J Pitney et John-Clark Levin, *Private Anti-Piracy Navies: How Warships for Hire Are Changing Maritime Security*, Lanham (Md), Lexington Books, 2014.

263. Hutchins, *supra* note 28 à la p 876.

264. É-U, Office of Inspector General, *The Second Worldwide Personal Protective Services Contract: Management by the Bureau of Diplomatic Security and Contractor Performance, Capping Report*, (MERO-I-10-08), *United States Department of State and the Broadcasting Board of Governors*, août 2010 à la p 26, en ligne : <http://oig.state.gov/system/files/165399.pdf>.

afin de procéder à l'arrestation et à la détention de pirates. Par conséquent, le personnel étatique présent à bord pourrait se voir attribuer, en plus de son mandat de police, un rôle de supervision du personnel privé dans le cadre d'un déploiement en haute mer. À ce propos, la *lettre de marque* ainsi que le contrat public devrait clairement indiquer que seules les actions et interventions dûment autorisées par l'agent public présent à bord pourront être considérées comme étant valides et conformes au mandat conféré à la compagnie. Dans ce dernier cas de figure, l'agent étatique présent sur le navire corsaire pourrait relayer les ordres provenant de la hiérarchie militaire tout en retranscrivant le déroulement des opérations dans des rapports (comme l'avait fait le capitaine Jonathan Barnet en 1715).

Notons qu'une réserve importante pourrait être soulevée à l'encontre des mécanismes et des normes élaborées tout au long de la partie III concernant le maintien d'une supervision coûteuse des entreprises de la part de l'État. En effet, certains commentateurs pourraient faire observer que l'État étant responsable des abus commis par ses propres navires publics en haute mer[265], ce dernier pourrait choisir d'avoir recours à des compagnies naviguant sous « pavillon de complaisance » pour s'exonérer de toute responsabilité et de tout coût lié à la réglementation. Selon nous, certains éléments semblent empêcher un tel cas de figure. En effet, soutenir qu'un navire corsaire puisse obtenir un statut de navire d'État auprès d'un pavillon de complaisance ainsi qu'une affectation à un service public de la part d'un autre État par le truchement d'une *lettre de marque* correspondrait à une lecture erronée de l'article 107 *CNUDM*. Selon nous, la saisie d'un navire pirate telle que codifiée à l'article 107 ne concerne que les navires d'État affectés à un service public et autorisés à cet effet par un seul et même pays. Par conséquent, le pays qui délivre la *lettre de marque* doit nécessairement être l'État de pavillon.

Finalement, il est important de noter que bien que nous mettions l'accent sur la piraterie maritime, le présent article s'inscrit, en réalité, dans une démarche plus large qui cherche à étudier le cadre juridique applicable aux navires privés face au spectre endémique d'une privatisation des forces armées. À titre d'exemple, certains changements stratégiques dans l'usage de la flotte de guerre, notamment aux États-Unis, laissent présager un recours accru au secteur privé dans le cadre

265. *CNUDM*, *supra* note 2, art 106.

des missions navales. En effet, depuis quelque temps déjà, la marine américaine met en place le concept de « *sea basing* », qui consiste en ce que la flotte de guerre soutienne de façon accrue les opérations militaires au sol afin de ne plus dépendre de bases terrestres nécessitant la collaboration de pays hôtes[266]. Dans le cadre de cette stratégie, le personnel étatique civil a progressivement remplacé le personnel militaire à bord des navires d'État. À titre d'exemple, l'équipage des cargos de la *Maritime Prepositioning Force Future* pourrait être entièrement composé de civils[267]. De toute évidence, la « démilitarisation » progressive des flottes de guerre, combinée à la « maritimisation » des conflits terrestres que suggère le concept de « *sea basing* », ouvre la porte à une participation accrue du secteur privé dans le domaine maritime pour les déploiements à venir. À l'instar de l'Irak et de l'Afghanistan, les entreprises pourraient bien, sans participer directement aux hostilités, fournir d'importants effectifs aux États pour la sécurisation, la gestion et le soutien logistique de ces futures bases flottantes. Par conséquent, les missions qui seront confiées au secteur privé durant les prochaines années amèneront, très probablement, juristes et experts internationaux à devoir repenser le statut juridique des navires privés affectés à ce type de missions.

CONCLUSION

En dépit du caractère pacifique de la haute mer, les États disposent d'une compétence universelle en matière de piraterie. Afin de favoriser le recours au secteur privé dans le cadre de missions anti-pirateries dépassant le simple exercice de la légitime défense, nous avons vu que les *lettres de marque* pourraient servir à mandater des navires corsaires pour réprimer ces actes criminels commis en haute mer. L'émission de telles lettres devra toutefois s'accompagner d'une réforme législative au sein de l'État de pavillon afin d'accorder aux navires corsaires le statut de navires d'État.

Bien que la *lettre de marque* pourrait servir à autoriser des navires privés à arraisonner et à saisir des navires pirates, certains *risques systémiques* seraient toutefois susceptibles de menacer l'intérêt d'un

266. Jane G Dalton, « Future Navies—Present Issues » dans Anthony M Helm, dir, *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*, vol 82, Newport (RI), Naval War College, 2006, 297 à la p 298.

267. *Ibid* à la p 299.

recours accru au secteur privé en l'absence d'une réglementation efficace. En effet, l'exemple des deux derniers conflits majeurs, soit ceux en Irak et en Afghanistan, démontre un risque que le personnel privé inflige de mauvais traitements à certaines personnes ainsi qu'un affaiblissement de la *responsabilité démocratique* en raison d'une absence totale de supervision. De cet affaiblissement démocratique résulte, par ailleurs, une érosion de la capacité de l'État à assurer lui-même ce type de missions, rendant toute tentative de supervision illusoire à long terme. L'État étant le seul dépositaire du droit légitime à la violence, celui-ci devrait, par conséquent, limiter le recours des entreprises aux missions exigeant un emploi minimal de la force.

Afin de renforcer le niveau de contrôle et de supervision de l'État à l'égard de ce type d'entreprises, ce dernier devrait favoriser la formation d'un partenariat public-privé qui supposerait une plus grande participation des pouvoirs publics que dans le cadre normal d'une privatisation. Ce partenariat pourrait revêtir différentes formes juridiques selon les pays et faire partie intégrante d'un programme gouvernemental plus large regroupant d'autres acteurs privés et offrant plusieurs possibilités contractuelles aux entreprises dans le cadre de missions anti-piraterie ou, plus globalement, dans le cadre de missions liées à la sûreté maritime (piraterie, lutte contre le terrorisme, trafic de stupéfiants, etc.). Pour le financement de tels programmes, une contribution financière de l'industrie du commerce maritime pourrait, par ailleurs, être exigée. Notons que le modèle étudié dans la présente étude ne se limite qu'à un partenariat simplifié avec un seul État. Certains États pourraient, toutefois, vouloir mutualiser le coût du partenariat en s'associant à d'autres États dans le cadre d'organisations plus larges comme l'Union européenne ou l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord.

Dans la partie III, nous avons vu qu'un courant doctrinal suggérait fortement l'inclusion de clauses contractuelles contraignantes afin d'inciter les entreprises à respecter les mêmes normes de droit public que le personnel étatique. Pour que ces clauses soient respectées, le *Document de Montreux* ainsi que les rapports parlementaires étudiés suggérait la mise en place de mécanismes administratifs de surveillance et adéquatement dotés en personnel qualifié. Toutefois, l'érosion des capacités de l'État que provoque la trop grande dépendance des organismes gouvernementaux à l'égard du personnel privé pourrait rendre inefficace toute tentative de supervision, malgré l'établissement de tels mécanismes. Par conséquent, et conformément à notre

réflexion sur la nature étatique de l'emploi de la force, l'État devra veiller à éloigner le secteur privé des tâches exigeant un usage intensif de la violence. L'une des premières choses à faire serait, entre autres, de spécifier dans la *lettre de marque* ainsi que dans le contrat public le type d'armement que les compagnies seraient autorisées à transporter et les conditions d'emploi de ces armes.

Conformément à notre analyse, le secteur privé n'est généralement pas habilité à employer la force aux fins de détention ou d'arrestation. Par conséquent, les navires corsaires exploités par les sociétés militaires privées devraient nécessairement avoir à leur bord un personnel étatique habilité à interpeller les pirates. Pour sa part, le personnel privé ne serait limité qu'aux activités de sécurité traditionnelles (protection des biens et des personnes, légitime défense, défense d'autrui, etc.). La *lettre de marque* et le contrat public devront donc spécifier que seul l'agent public demeure habilité à procéder aux arrestations. Enfin, pour veiller à éloigner le secteur privé des fonctions intrinsèquement étatiques, l'État devrait imposer aux navires corsaires le plus haut niveau de supervision possible par ses forces armées. Pour ce faire, l'État pourrait, dans la *lettre de marque* et le contrat public, confier au personnel étatique présent à bord la supervision des entreprises ou encore imposer, par des moyens technologiques, la géolocalisation des navires corsaires, l'enregistrement des interventions, etc.

Pour finir, rappelons que si cette étude se concentre essentiellement sur la question de la piraterie, d'autres phénomènes menaçant la sûreté maritime et d'autres utilisations du secteur privé dans le cadre de missions navales (voir *sea basing*) pourraient militer en faveur d'une meilleure compréhension des règles s'appliquant à ces nouveaux acteurs. En attendant que la connaissance évolue dans ce domaine, le régime des *lettres de marque* tel que conçu dans la présente étude pourrait apporter des réponses aux États cherchant à favoriser l'exercice de la puissance publique par les entreprises, et ce, en dépit de la *Déclaration de Paris*, un traité qui visait une pratique de la course tombée en désuétude et mal adaptée aux enjeux maritimes du XXI^{e} siècle.