



HAL
open science

La prise en compte des Entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) par l'Union européenne (UE) dans la lutte contre la piraterie maritime

Thierry Garcia

► To cite this version:

Thierry Garcia. La prise en compte des Entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) par l'Union européenne (UE) dans la lutte contre la piraterie maritime. Constance Chevallier-Govers; Catherine Schneider. L'Europe et la lutte contre la piraterie maritime, Éditions Pedone, pp.293-300, 2015, 978-2-233-00767-4. <hal-01823456>

HAL Id: hal-01823456

<https://hal.science/hal-01823456v1>

Submitted on 26 Jun 2018

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

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



HAL Authorization

La prise en compte des Entreprises militaires et de sécurité privée (EMSP) par l'Union européenne (UE) dans la lutte contre la piraterie maritime

Thierry GARCIA, Maître de Conférences, HDR, Université Nice Sophia Antipolis

1 - La référence à l'actualité récente met en évidence les défis et les enjeux de la privatisation de la sécurité des transports : le 14 octobre 2013, un navire américain, armé par une EMSP – *Seaman Guard* spécialisé dans la contre-piraterie – battant pavillon du Sierra Leone et composé d'une majorité de gardes privés ayant la nationalité de plusieurs Etats membres de l'UE a été arraisonné par la marine indienne, à 15 milles nautiques d'un port indien¹. La complexité d'une telle situation est révélatrice des difficultés de savoir quel est le droit applicable aux EMSP dans la lutte contre la piraterie maritime, et si notamment, le droit de l'UE, peut ou doit prendre en compte ces faits. Kant et Kelsen auraient parlé de l' « être » et du « devoir être », le *Sein* et le *Sollen*.

2 - La définition des EMSP retenue dans cette étude est extensive, puisqu'elle est issue de la Déclaration de Montreux du 17 septembre 2008, qui ne dissocie pas les entreprises militaires et de sécurité privée, les identifiant comme des « *entreprises privées qui offrent des prestations militaires et/ou de sécurité...* »². Quant au sens donné à la piraterie maritime, dont il a déjà été largement débattu, nous retiendrons celui de l'article 101 de la Convention de Montego Bay (CDM), en tant qu'acte illicite de violence commis à des fins privés, en haute mer, par un navire contre un autre navire.

3 - L'approche adoptée consiste à se demander de quelle manière les EMSP sont « saisies » par l'UE, à la fois par des actes juridiques et des activités opérationnelles, dans une perspective dynamique, l'UE n'étant d'ailleurs pas la seule organisation internationale à s'intéresser à ces entreprises privées. En effet, dans une perspective comparatiste, sur le plan

¹ « Des gardes privés européens arrêtés en Inde », *Bruxelles 2*, 4 octobre 2013.

² *Document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privées*, 17 septembre 2008, sur www.eda.admin.ch, consulté le 1^{er} juillet 2014 et commentaire de L. Balmond « Observations sur le document de Montreux relatif aux obligations juridiques pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées », *RGDIP*, 2009, pp. 113 et s.

régional d'abord, le Conseil de l'Europe³ et l'Union africaine⁴ par exemple se sont penchés sur ce problème, alors qu'au plan universel, l'ONU étudie avec acuité cette question⁵.

4 - A ce stade de notre réflexion, un constat général préalable doit être dressé : il n'existe pas de dispositions spécifiques régulant le statut et les activités de ces EMSP, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ne changeant d'ailleurs pas ces données. Le problème de la base juridique propre à l'UE dans l'action contre la piraterie maritime est alors posé, les compétences en matière de Politique de sécurité et de défense commune (PSDC)⁶ et dans le domaine des transports maritimes (art.90 et s TFUE) étant des compétences partagées avec les Etats membres.

5 - De manière plus particulière, il n'existe pas de texte directement élaboré et appliqué par les institutions de l'UE pour lutter contre la piraterie maritime au moyen de gardes privés, la *lex ferenda* primant sur la *lex lata* dans ce secteur de la maritimisation de la sécurité. En effet, de trop grandes divergences persistent entre les 28 Etats membres, ce qui empêche l'adoption de tout texte.

6 - Ces entreprises privées ont un spectre d'activités larges allant de l'évaluation des risques, l'entraînement du personnel, la fourniture de gardes armés et non armés, en passant par des services non létaux comme l'utilisation d'appareils acoustiques, d'escortes armés jusqu'aux services de négociations pour la libération d'otages⁷.

7 - La question de la légitimité de l'UE à prendre en compte ces entreprises privées dans la lutte contre la piraterie maritime ne soulève – à notre sens – pas de débat saillant, les gouvernants et les citoyens européens dans leur grande majorité considérant comme fondamentale pour la collectivité, à la fois sur un plan moral et politique, de combattre la piraterie maritime, même s'il n'existe pas de consensus entre les Etats membres de l'UE. Selon les sources officielles, il n'y a d'ailleurs pas eu d'utilisation de tels gardes privés lors de l'opération EUNAFVOR Somalie- Atalante, dans le cadre de la PSDC.

³ *Rapport sur les entreprises militaires et de sécurité privées et sur l'érosion du monopole étatique du recours à la force*, adopté par la Commission de Vienne lors de sa 79^{ème} session plénière. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 29 juin 2009, sur www.venice.coe.int/docs/2009, consulté le 1^{er} juillet 2014.

⁴ Union africaine. Cadre d'orientation sur la réforme du secteur de la sécurité, § 20, sur www.peaceau.org, consulté le 1^{er} juillet 2014.

⁵ L.Pingeot, *Dangerous Partenership – Private Military and Security Companies at the UN*, New York, Global Policy Forum, 2012.

⁶ J. Auvret-Finck, J.-P. Perruche, dir., *Vers une relance de la politique de sécurité et de défense commune ?*, Larcier, 2014, 356 p., en particulier Th. Garcia, « PSDC et Entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP) », pp. 259-269.

⁷ Pour de plus amples développements, v. « Les sociétés militaires privées dans la lutte contre la piraterie », *Pyramides*, n° 21, 2012, pp. 123-124.

8 - En revanche, sur le plan de la légalité, l'encadrement juridique des EMSP par l'UE est problématique, deux questions essentielles restant pendantes : celles de l'effectivité et de l'efficacité de la prise en compte de ces entreprises privées dans la lutte contre la piraterie maritime. L'effectivité relève de l'ordre de l'avéré au regard des règles appliquées alors que l'efficacité s'inscrit dans le cadre de la possibilité à la lumière des règles applicables, la première composante prédominant en ce domaine malgré d'importantes lacunes.

9 - En effet, à une effectivité insuffisante des règles appliquées (I) s'ajoute une efficacité nécessaire des règles applicables (II).

I- Une effectivité insuffisante des règles appliquées

10 - L'effectivité peut être définie comme « le caractère d'une règle de droit qui est appliquée réellement »⁸. Elle se situe dans le domaine du constat, une comparaison avec la mode la qualifiant de « prêt-à-porter ».

11 - Les actes juridiques concernant la « saisie » des EMSP par l'UE dans la lutte contre la piraterie maritime soulèvent deux questions essentielles : celles de la teneur et de la valeur de ces règles. A la teneur restreinte des règles appliquées (A) s'ajoute la valeur recommandatoire des règles appliquées (B).

A- La teneur restreinte des règles appliquées

12 - L'UE assure la présidence du *Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia* (CGPCS) depuis janvier 2014. Ce CGPCS comprend un groupe de travail sur les *self-defensive actions* en collaboration avec l'industrie maritime⁹ qui a adopté des recommandations concernant l'emploi des EMSP, dans ses paragraphes 8.14¹⁰ et 8.15¹¹, le choix d'utiliser des gardes privées non armés ou des gardes privés armés appartenant à l'armateur du navire et leur usage à bord du droit interne de l'Etat du pavillon concerné. Au regard de l'absence de

⁸ Définition donnée dans le *Vocabulaire juridique*, G. Cornu, dir., Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 384.

⁹ V. <http://www.thecgps.org/work.do?action=workSub3>, consulté le 1^{er} juillet 2014.

¹⁰ «The use of unarmed Private Maritime Security Contractors is a matter for individual ship operators following their own voyage risk assessment. The deployment onboard is subject to the national laws of the Flag State ».

¹¹« The use, or not, of armed Private Maritime Security Contractors onboard merchant vessels is a matter for individual ship operators to decide following their own voyage risk assessment and approval of respective Flag States. This advice does not constitute a recommendation or an endorsement of the general use of armed Private Maritime Security Contractors ».

textes directement élaborés par les institutions de l'UE pour lutter contre la piraterie maritime au moyen de gardes privés, l'UE ne peut qu'appliquer des textes adoptés dans le cadre d'autres organisations, qu'ils aient une origine publique, comme l'adoption le 20 mai 2011 par le Comité de sécurité maritime de l'Organisation maritime internationale (OMI) de lignes directrices sur l'emploi de gardes privés à bord des navires marchands¹² prévoyant la sélection de compagnies de gardes privés, leur assurance, le commandement, le contrôle, les règles d'usage de la force agréées entre le propriétaire, la compagnie de sécurité maritime et le capitaine ou bien une origine privée, avec le référentiel ISO à l'usage des sociétés de protection privée pour lutter contre la piraterie en mer, adopté dans le cadre de l'Organisation internationale de normalisation (ONG), mandatée par l'OMI, en mars 2012, comprenant un ensemble de critères pour assurer la fiabilité et la sécurité des activités de ces sociétés privées de sécurité maritimes¹³.

13 - Cependant, il convient de mentionner l'existence d'un texte directement élaboré par un organe de l'UE, un avis du Comité économique et social européen du 16 janvier 2013 sur la piraterie maritime qui contient un paragraphe sur les mesures d'autoprotection à bord des navires¹⁴. Ce texte s'inscrit dans une optique très libérale et délibérément vague puisqu'il « invite » les Etats membres au choix d'utiliser ou pas des gardes privés, de définir les « conditions de la responsabilité du commandant du navire, notamment en cas d'ouverture du feu », de se conformer aux directives de l'OMI, et disposant que cette utilisation ne doit pas être la règle mais l'exception.

14 - Il est donc nécessaire que le Conseil, la Commission et le Parlement européen débattent de la base juridique pertinente, de la nature du texte à adopter, de la distinction à apporter entre gardes privés et militaires¹⁵ et fassent leur le « Que faire ? » de Lénine¹⁶, tout en apportant des réponses concrètes. Mais les divergences l'emportant très largement sur les convergences entre les 28 Etats Membres, aucun texte dont la valeur juridique serait non

¹² *Interim guidance on use of privately contracted armed security personnel on board ships agreed by IMO Maritime Safety meeting*, 20 mai 2011, sur www.imo.org, consulté le 1^{er} juillet 2014. Sur la régulation des EMSP par l'OMI, v. J. Krasha « International and comparative regulation of private maritime security companies employed in counter-piracy » in D. Guilfoyle, dir., *Modern piracy – Legal Challenges and Responses*, Edward Elgard Publishing, 2013, pp. 226-240.

¹³ M. Lazarte « Piraterie en mer – Référentiel ISO à l'usage des sociétés de protection privées », 14 mars 2013, sur www.iso.org, consulté le 1^{er} juillet 2014.

¹⁴ *Avis du Comité économique et social européen sur « la piraterie maritime : renforcer la réaction de l'Union européenne »*, TEN/496, Bruxelles, par. 1.7, 16 janvier 2013.

¹⁵ « L'Union européenne veut réfléchir à la l'usage des gardes privés armés. Enfin ! », *Bruxelles 2*, 13 mars 2012.

¹⁶ Nous faisons bien sûr référence au célèbre traité politique de Lénine paru en février 1902.

obligatoire ou obligatoire n'est pour l'instant effectivement produit par les institutions de l'UE. Le contenu limité de ces règles présage ainsi de leur portée non obligatoire.

B- La valeur recommandatoire des règles appliquées

15 - Les voies de la régulation – avec l'adoption par l'UE de textes sans valeur obligatoire – et de l'autorégulation – avec le renvoi à des codes de conduites élaborés par des organisations à caractère public ou privé – ont été choisies par l'UE, qui prend uniquement des actes non contraignants à l'égard des EMSP (avis du CESE, références aux lignes directrices de l'OMI et aux normes ISO) et n'a pas de réglementation revêtant un caractère obligatoire. Cette sorte de *no man's land juridique* n'a d'ailleurs pas été remise en cause par le Sommet de décembre 2013 sur la PSDC, la stratégie européenne de sécurité maritime occultant la prise en compte des EMSP.

16 - L'application de ce droit mou est généralisée dans la plupart des Etats membres de l'UE concernés par les activités privés de protection des navires, qui se réfèrent aux directives adoptées par l'OMI, se contentant de réguler leurs activités, et à leurs propres règles d'engagement de la force. A titre d'exemple, en France, le Titre II de la loi du 1^{er} juillet 2014 *relative aux activités de protection des navires* fixe les conditions d'exercice des entreprises privées de protection des navires, en prévoyant une autorisation préalable délivrée par le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS), ces entreprises devant en outre, selon l'article 6, attester de l'obtention d'une certification qui garantit la qualité des pratiques professionnelles de ladite entreprise¹⁷. En Allemagne, ces entreprises privées doivent obtenir, depuis le 1^{er} décembre 2013, un agrément ministériel préalable pour pouvoir exercer leurs activités¹⁸, en Italie ce sont les services préfectoraux qui régulent ce type d'entreprises privées¹⁹ et en Espagne l'autorisation d'exercer est octroyée par le ministère de l'Intérieur²⁰. Le Royaume-Uni a adopté une pratique encore plus libérale en choisissant la voie de l'autorégulation, puisque c'est l'industrie britannique des entreprises privées de protection des navires qui délivre elle-même l'homologation à ces sociétés, le Gouvernement établissant

¹⁷ Loi n° 2014-742 du 1^{er} juillet 2014 *relative aux activités privées de protection des navires*, JORF n° 0151 du 2 juillet 2014, p. 10890 et s.

¹⁸ Exemple donné dans le *Projet de loi relatif aux activités privées de protection des navires*, Assemblée nationale, n° 1674, 3 janvier 2014, p. 35, sur www.assemblée-nationale.fr, consulté le 1^{er} juillet 2014.

¹⁹ *Ibid.*, p. 35.

²⁰ *Ibid.*, p. 35.

seulement les critères auxquels les armateurs ont la possibilité de se référer pour choisir une entreprise privée²¹.

17 - Le constat établi et avéré des insuffisances d'un encadrement juridique effectif des EMSP renforce la nécessité de leur encadrement juridique efficace par l'UE dans la lutte contre la piraterie maritime.

II- Une efficacité nécessaire des règles applicables

18 - L'efficacité, selon la définition que nous retiendrons de la professeure Lagrange, consiste en la « production de tous les effets de droit voulus par l'auteur de la norme »²². Elle relève de l'ordre du résultat, du « sur mesure » pour reprendre notre comparaison avec la mode.

19 - Dès lors, deux questions sont posées concernant le degré d'adéquation entre les actes juridiques applicables et les activités opérationnelles accomplies par les EMSP dans la lutte contre la piraterie maritime : leur effet est-il dissuasif et leurs responsabilités sont-elles déterminées ? A un effet dissuasif à développer (A) correspondent des responsabilités à préciser (B).

A- Un effet dissuasif à développer

20 - En principe, et *a fortiori* dans le cadre de l'UE, les EMSP exercent une activité préventive et non répressive et ne sont pas habilitées à réprimer la piraterie, cette prérogative appartenant à la puissance publique étatique. Le droit constitutionnel américain déroge cependant à cette règle puisque des lettres de marques peuvent être délivrées à des sociétés privées pour mener des opérations armées contre les pirates. La société militaire privée *Pistris Incorporated* a ainsi pu participer à la lutte contre la piraterie maritime dans l'océan indien en vertu d'une décision du Président des Etats-Unis et non du Congrès, en novembre 2007, sur la base du *September -11 Marque and Reprisal Act*²³.

²¹ *Ibid.*, p. 35.

²² E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », RCADI, vol. 356, 2012, p. 277.

²³ Exemple donné par P. Chapleau, J.-P. Pancraccio, *La piraterie maritime – Droit, pratiques et enjeux*, Vuibert, 2014, pp. 103-104.

21 - Le recours à la force par ces entreprises privées fait d'ailleurs l'objet d'un silence par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans ses résolutions, seuls les Etats étant explicitement autorisés à employer la force pour réprimer les actes de piraterie et les vols à main armée en mer²⁴. Ainsi, ce silence vaut refus et non acceptation s'agissant de l'éventualité de l'usage de la force par les EMSP. Toutefois, toute règle connaissant des exceptions, l'utilisation d'armes à feu est admise dans l'hypothèse de la légitime défense. Cette notion et son champ d'application varient cependant selon les Etats. En France, l'article 16 de la loi du 1^{er} juillet 2014 *relative aux activités privées de protection des navires* dispose que « Les agents peuvent employer la force pour assurer la protection des personnes et des biens dans le cadre défini au titre II du livre Ier du code pénal », c'est-à-dire en cas de légitime défense et d'état de nécessité, respectivement dans le cadre des articles 122-5 et 122-7 du code pénal, la réponse par l'usage de la force devant être proportionnelle à l'attaque. Au Royaume-Uni, la légitime défense vaut non seulement contre un acte hostile mais également contre une intention hostile alors qu'en Espagne cette notion est aussi plus étendue que celle du droit français puisque l'usage de la force est autorisé dans le but « d'éviter et repousser les attaques »²⁵.

22 - Le droit de l'Union européenne n'envisage pas la possibilité d'une ouverture du feu par des employés des EMSP, sans doute parce qu'il n'y a pas d'harmonisation entre les Etats membres sur les conditions d'exercice de cette légitime défense qui considèrent au surplus que cette compétence répressive est exclusive.

23 - Mais les chiffres communiqués par le quartier général de l'opération européenne anti-piraterie Atalanta, selon lesquels aucun bateau n'a été piraté au large de la Somalie en 2013²⁶, laissent à penser que la présence d'employés des EMSP à bord des navires a eu au moins un certain effet dissuasif, un rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 21 octobre 2013 confortant cette hypothèse : « *le fait que les navires de commerce, plus conscients de la situation, prennent des mesures pour se protéger, y compris en déployant du personnel de sécurité armé sous contrat privé à bord de navires ainsi que des détachements de protection embarqués, a pu également contribuer à prévenir des attaques* »²⁷. Il n'en demeure pas moins qu'il n'existe pas de preuve irréfutable de cet effet dissuasif et que celui-ci

²⁴ V. par exemple la résolution 1816 du 2 juin 2008, relative à la piraterie somalienne, dans son §7.b.

²⁵ Exemple donné dans le *Projet de loi relatif aux activités privées de protection des navires*, Assemblée nationale, n° 1674, 3 janvier 2014, pp. 36-37, sur www.assemblée-nationale.fr, consulté le 1^{er} juillet 2014.

²⁶ V. *Bruxelles 2*, 2 octobre 2013.

²⁷ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur la situation concernant la piraterie et les vols à main armée au large des côtes somaliennes, S/2013/623 du 21 octobre 2013 sur www.un.org/fr/documents, consulté le 1^{er} juillet 2014.

ne revêt pas une portée générale, le golfe de Guinée et la mer de Chine constituant des zones où les pirates sévissent encore.

24 - L'absence de pouvoir de sanction des EMSP ne doit pas, en outre, masquer la possibilité pour l'UE et ses Etats membres de réprimer ces entreprises et leurs employés, si la commission d'un fait illicite dans la lutte contre la piraterie maritime est avérée. Or, en droit positif, ces responsabilités restent à préciser.

B- Des responsabilités à préciser

25 - La responsabilité, qui est la clef de voûte de tout ordre juridique, constitue également le maître étalon de l'efficacité normative et opérationnelle dans la prise en compte par l'UE des EMSP au regard de la lutte contre la piraterie maritime.

26 - L'avis du CESE du 16 janvier 2013 sur la piraterie maritime soulève le problème de la responsabilité du commandant du navire en cas d'ouverture du feu par des employés des EMSP mais n'apporte pas de solutions en laissant les Etats membres « *définir un encadrement juridique qui fixe entre autres les conditions de la responsabilité du commandant du navire, notamment en cas d'ouverture de feu* »²⁸. Comme il n'existe pas de précédent connu en la matière, il faut raisonner *de lege ferenda*.

27 - En l'occurrence, il existe une chaîne de responsabilités avec la répartition des rôles entre l'armateur qui doit vérifier l'accréditation de l'EMSP, le commandant du navire qui est toujours responsable de la sécurité et de la sûreté du navire, le responsable des gardes armés et l'Etat du pavillon du navire. En principe, le contrat, qui revêt un caractère confidentiel, conclu entre l'armateur et l'EMSP doit préciser ces responsabilités, en particulier lorsqu'il y a usage des armes. En règle générale, il y a une obligation de consulter le commandant du navire, sauf urgence due à la légitime défense. A titre d'illustration, l'association internationale de transporteurs maritimes *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) propose un contrat type aux armateurs – GUARDCON – pour recruter et employer des gardes privés sur les navires pour combattre la piraterie maritime²⁹. Le commandant du navire est seul maître à bord pour décider de l'emploi de la force en cas d'attaque par des pirates, les gardes privés agissant sous ses ordres, sa seule responsabilité civile et/ou pénale étant engagée. La riposte doit être proportionnelle et nécessaire, à la fois

²⁸ Avis du Comité économique et social européen sur « la piraterie maritime : renforcer la réaction de l'Union européenne », TEN/496, Bruxelles, par. 1.7, 16 janvier 2013.

²⁹ Exemple donné par P. Chapleau, J.-P. Pancraccio, *La piraterie maritime – Droit, pratiques et enjeux*, Vuibert, 2014, Annexe 3.

dans les hypothèses d'une attaque potentielle ou réelle, appliquant les règles d'engagement de la force du Royaume-Uni. Toutefois, si un garde privé se considère être en situation de légitime défense, il pourra ouvrir et cesser le feu sans avoir besoin de l'autorisation du commandant du navire, l'urgence justifiant cette situation. La responsabilité du garde privé devra alors être engagée, celle du commandant du navire n'étant pas en principe activée³⁰.

28 - La simple existence de standards contractuels conjuguée à l'absence d'harmonisation entre les législations des Etats membres atténuent fortement l'efficacité des règles applicables aux EMSP. A notre sens, il est donc nécessaire que le droit de l'UE définisse ces responsabilités, à la fois dans une optique d'harmonisation des règles et de clarification des responsabilités, lorsque des employés des EMSP sont impliqués.

29 - Cependant, le flou juridique volontairement entretenu par les Etats membres de l'UE dans la prise en compte des EMSP dans la lutte contre la piraterie maritime, en raison d'intérêts bien compris, rend très hypothèque l'adoption d'un tel dispositif. Dans ce domaine marqué par la fluidité, il en résulte que le *Sein* éclipse le *Sollen*.

Nice, le 1^{er} août 2014

³⁰ Sur l'autorité du commandant du navire et la division des responsabilités, v. GUARDCON – Standard Contract for the Employment of Security Guards on Vessels, Section 4, Clause 8. Master's Authority and Division of Responsibilities.