

Université de Montréal
Université Paul-Cézanne Aix-Marseille III

Les mémorandums d'entente sur le contrôle des navires par l'État portuaire
comme mécanisme de renforcement de la sécurité maritime :
une approche prometteuse du transgouvernementalisme

par

François Le Borgne

Faculté de droit
Faculté de Droit et de Science Politique Aix-Marseille

Thèse réalisée en cotutelle (France-Québec)
présentée conjointement
à la
Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal
et à
l'École doctorale de l'Université Paul-Cézanne Aix-Marseille III
en vue de l'obtention du
grade de Docteur en droit (L.L.D.)

Octobre 2011

© François Le Borgne, 2011

Université de Montréal
Faculté de droit

Université Paul-Cézanne Aix-Marseille III
Faculté de Droit et de Science Politique Aix-Marseille

cette thèse intitulée :
*Les mémorandums d'entente sur le contrôle des navires par l'État portuaire
comme mécanisme de renforcement de la sécurité maritime :
une approche prometteuse du transgouvernementalisme*

présentée par :

François Le Borgne

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Pierre Bonassies
président-rapporteur

Guy Lefebvre
directeur de recherche

Christian Scapel
codirecteur de recherche

Karim Benyekhlef
rapporteur

Cyril Bloch
rapporteur

Philippe Delebecque
rapporteur

Résumé

Traditionnellement, les armateurs, les États du pavillon et les sociétés de classification ont assuré le maintien des normes internationales de sécurité à bord des navires de commerce. Mais, depuis plusieurs années, la mondialisation impose à ces protagonistes une concurrence féroce obligeant plusieurs d'entre eux à réduire leur contrôle, notamment au plan de la sécurité, afin d'attirer ou de conserver une clientèle. Ce désengagement à l'égard du système de renforcement juridique des prescriptions internationales et la « course vers le fond » qu'il induit sur le plan de la sécurité sont des éléments laminant la condition de navigabilité des navires.

Afin de réduire le nombre de bâtiments de mer sous normes en circulation dans leur région, des autorités maritimes d'États portuaires ont conclu et mis en oeuvre des mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État port, communément appelés MoU, qui établissent des règles de coordination de l'inspection des navires en escale. En réalité, ces ententes administratives, qui réunissent désormais les pays de neuf régions maritimes mondiales, incarnent des réseaux transgouvernementaux formés de relations transnationales complexes entre des fonctionnaires-cadres qui sont aussi des experts de la sécurité maritime. Ainsi, au-delà de leur origine et de leur culture respectives, ces derniers partagent, au plan professionnel, des valeurs et des intérêts communs. Ceci concourt à la cohésion interne de ces organisations alors qu'il s'agit d'instruments non contraignants relevant de la *soft law*. Même à l'extérieur du cadre imposé par le droit positif, ces règles qualifiées d'interstitielles peuvent néanmoins avoir une valeur normative quasi juridique, sinon juridique.

Cette valeur normative des mesures de coordination mises en oeuvre par les MoU peut être établie grâce à la démonstration de leur effectivité ainsi que de leur efficacité. Dans le premier cas, il s'agit de vérifier si les règles s'imposent à ceux qu'elles visent. Dans le second, il faut s'assurer qu'elles permettent d'atteindre les objectifs fixés. Par ailleurs, il faut se demander si le constat d'une normativité juridique doit se limiter uniquement à ces deux aspects. En effet, les règles que les réseaux transgouvernementaux mettent de l'avant devraient aussi assurer un minimum de transparence au risque sinon de créer un droit obscur.

Mots clés

Théorie du droit – international – maritime – sécurité – navigabilité – État portuaire – mondialisation – gouvernance – soft law – réseau

Abstract

Traditionally, shipowners, flag states and classification societies have ensured the implementation of international security standards aboard merchant vessels. Yet, in recent years, globalization has created an environment of ferocious competition that has forced these actors to reduce their controls, principally with regard to security, in order to attract new clients or to conserve an existing clientele. Such disengagement from the established system of legal enforcement of international norms, as well as the “race to the bottom” it induces with regard to security, are both elements of an ongoing erosion of the seaworthiness of vessels.

In order to reduce the number of substandard vessels sailing in their regions, members of the maritime authorities of port states have executed and implemented Memorandum of Understanding on Port State Control (MoU), which establish rules coordinating the inspection of ships on layover. These administrative agreements, which now regroup countries from nine international maritime regions, have in fact become transgovernmental networks composed of complex transnational relationships between managing civil servants who are also experts in maritime security. Thus, beyond their respective nationalities and cultures, these civil servants share, on the professional scale, common interests and values. This contributes to the internal cohesion of these organisations, even though they are concerned with non-binding soft law instruments. Nevertheless, even outside the obligatory framework of positive law, these « interstitial » rules may have a quasi-normative, if not fully normative, effect.

Such a normative value for the coordination measures put in place by the MoU may be established by demonstrating their effectiveness as well as their efficacy. First, by assessing whether the rules are applied to those toward whom they are directed; and second, by verifying that they work toward the objectives that have been set. Moreover, it is necessary to ask whether the assessment of the legal normativity of these rules must be limited to the previous two aspects. Indeed, the rules put forth by the intergovernmental networks should ensure a minimum of transparency, lest it become a body of dark law.

Keywords

Theory of Law – international – maritime – seaworthiness – safety – port state – globalization – governance – soft law – network

Table des matières

Résumé	i
Mots clés	ii
Abstract.....	iii
Keywords	iv
Table des matières	v
Liste des annexes.....	xii
Liste des cartes	xii
Liste des graphiques	xii
Liste des schémas	xiii
Liste des tableaux	xiv
Liste des abréviations	xv
Remerciements	xx
Dédicace.....	xxi
Note aux lecteurs.....	xxii
Introduction	1
Le contexte	2
La problématique	14
Le plan de la thèse.....	21
Partie I Le droit positif en matière de sécurité maritime et sa mise en œuvre	23
Titre I Le droit positif relatif aux normes sécuritaires exigées à bord des navires et aux autorités habilitées à en faire le contrôle.....	25
Chapitre 1 Les conventions internationales énonçant les normes positives concernant la qualité nautique des navires de commerce	26
Section 1 Les prescriptions sécuritaires en droit de la mer	26
Section 2 Les règles positives liées à l’obligation de navigabilité en droit maritime	33
Sous-section 1 La notion de navigabilité en droit maritime.....	34
Sous-section 2 La diligence raisonnable à mettre le navire en état de navigabilité comme norme d’intensité de l’obligation contractuelle	40
Sous-section 3 Les règles internationales établissant l’obligation de navigabilité du transporteur maritime de marchandises	45

Sous-section 4	Les règles internationales liées à l'obligation du transporteur maritime de passagers d'assurer la sécurité de ces derniers	49
Sous-section 5	L'obligation de navigabilité dans le cadre des contrats d'affrètement de navires commerciaux.....	51
Sous-section 6	L'obligation de navigabilité dans le cadre des contrats d'assurance maritime	60
Chapitre 2	Le droit positif international régissant le contrôle du respect des normes de sécurité et de navigabilité des navires	62
Section 1	Les obligations de l'État du pavillon en matière de sécurité maritime.....	62
Section 2	Les droits de l'État côtier en regard de la sécurité des navires circulant dans ses zones maritimes	73
Section 3	Les droits de l'État du port en regard de la sécurité des navires faisant escale dans ses installations portuaires	78
Section 4	Le rôle des sociétés de classification dans le processus sécuritaire	93
Sous-section 1	Délimitation de l'objet du contrat de classification.....	99
Sous-section 2	Un régime de responsabilités contractuelles limitées.....	102
Sous-section 3	Le recours <i>in torts of negligence</i> est un recours en responsabilité extra-contractuelle qui est difficile à mettre en oeuvre	104
Sous-section 4	Responsabilité extra-contractuelle envers les tiers.....	107
Sous-section 5	Problème de juridiction lorsque les sociétés de classification exercent une activité déléguée par les administrations étatiques	109
Titre II	Une complaisance exacerbée par la globalisation : le manque de volonté des autorités à faire respecter les normes.....	114
Chapitre 1	Le processus de globalisation.....	116
Section 1	La notion de globalisation.....	117
Section 2	Redéfinition de l'espace par les nouvelles technologies des communications et des transports.....	120
Section 3	Une mobilité du capital menant à la dénationalisation des entreprises	122
Section 4	La transformation des relations politiques et juridiques	126
Chapitre 2	La concurrence mondiale à l'origine d'une course vers le fond » et de la complaisance maritime.....	129
Section 1	La course vers le fond chez les armateurs.....	131
Sous-section 1	Les caractéristiques du marché du transport.....	131
Sous-section 2	L'instinct de survie des armateurs à l'origine de la course vers le fond des normes sécuritaires	139
Sous-section 3	La déresponsabilisation des armateurs à l'égard de la sécurité des navires	144
Section 2	La complaisance à l'origine de la course vers le fond.....	151

Sous-section 1	La notion de complaisance.....	151
Sous-section 2	Les pavillons de complaisance.....	158
Sous-section 3	La complaisance des ports.....	175
Sous-section 4	Des sociétés de classification qui sont incitées à agir de manière complaisante.....	178
Conclusion de la partie I.....		186
Partie II	Les mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État du port comme stimuli de la mise en œuvre des normes de sécurité : une application du transgouvernementalisme	190
Chapitre préliminaire:	Les cadres théoriques généraux dans lesquels s'inscrivent les mémorandums sur le contrôle par l'État portuaire	192
Section 1	La régulation comme moyen de recherche d'un équilibre.....	193
Section 2	La gouvernance est un système multidimensionnel d'interactions en réseau	204
Section 3	Le transgouvernementalisme comme théorie d'analyse entourant les réseaux entre des autorités publiques étrangères.....	215
Titre I	Le droit public traditionnel contesté : l'analyse <i>ad hoc</i> du transgouvernementalisme.....	226
Chapitre 1	La fragmentation de l'ordre national	226
Section 1	La complexification du droit.....	227
Section 2	L'autonomie des autorités gouvernementales	232
Chapitre 2	L'ordre juridique international traditionnel limité dans sa portée	243
Section 1	La souveraineté traditionnelle contestée.....	243
Section 2	L'usage des traités internationaux multilatéraux remis en cause	247
Section 3	Le rôle limité des organisations internationales	253
Titre II	L'institutionnalisation des mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État portuaire : l'analyse de la mise en œuvre du transgouvernementalisme.....	260
Chapitre 1	Les facteurs émotionnels et rationnels fondant les réseaux transgouvernementaux.....	260

Section 1	L'attachement à une communauté épistémique de fonctionnaires-cadres possédant une expertise transversale	261
Section 2	Un compromis pour conserver des prérogatives d'intervention : l'instinct de survie des fonctionnaires ou le <i>public choice</i>	276
Section 3	Les MoU et la rationalité économique du droit.....	282
Chapitre 2	L'institutionnalisation des réseaux MoU	288
Section 1	L'institutionnalisation spontanée des réseaux MoU.....	289
Section 2	Les infrastructures organisationnelles et matérielles mises de l'avant aux fins de la concrétisation des réseaux transgouvernementaux	293
Sous-section 1	Les infrastructures organisationnelles régissant les réseaux MoU...	293
Sous-section 2	Les infrastructures matérielles des réseaux MoU.....	297
Section 3	Les règles de coordination mises en œuvre par les réseaux MoU.....	304
Section 4	Les principes assurant la communication au sein des MoU	317
Section 5	La consolidation des MoU par des programmes d'échanges.....	330
Titre III	La portée normative des Mémoires d'entente sur le contrôle par l'État portuaire : L'analyse <i>post hoc</i> du transgouvernementalisme	339
Chapitre 1	Analyse des MoU selon l'optique de la théorie de la <i>soft law</i>	339
Section 1	Le concept de la <i>soft law</i>	341
Section 2	L'utilisation de la persuasion comme force normative de la <i>soft law</i>	347
Sous-section 1	La persuasion comme solution alternative et complémentaire à la coercition légale	348
Sous-section 2	L'exercice de la persuasion entre des autorités publiques de différents États dans l'ordre interne des MoU	352
Section 3	La <i>soft law</i> comme ordre juridique souple axé sur le pragmatisme	362
Chapitre 2	Les réseaux MoU confrontés aux principes juridiques fondamentaux	371
Section 1	Les réseaux transgouvernementaux comme entrave au respect des principes démocratiques.....	371
Sous-section 1	Le dépouillement des enjeux politiques.....	371
Sous-section 2	Le manque d'imputabilité des réseaux transgouvernementaux	374
Sous-section 3	Les réseaux transgouvernementaux comme outil d'une sombre conspiration bureau-technocratique internationale ?	376
Sous-section 4	Les réseaux sont des vecteurs de transmission des valeurs démocratiques vers les régimes autoritaires ou corrompus	378
Section 2	La nécessité de transparence au sein des réseaux MoU.....	381
Chapitre 3	Une nouvelle idéologie pour le droit international	397
Section 1	Une souveraineté recomposée	398

Section 2	Le bouleversement de l'ordre juridique international traditionnel.....	402
Section 3	Un ordre juridique axé sur des normes interstitielles	405
Conclusion de la partie II.....		408
Partie III Effectivité et efficacité des mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État portuaire.....		410
Titre I L'effectivité des MoU sur le contrôle par l'État du port.....		413
Chapitre 1	L'effectivité interne des MoU : la portée normative de ces réseaux sur les autorités parties.....	415
Section 1	Évolution générale du contrôle et des détentions des MoU.....	415
Section 2	L'atteinte des quotas de contrôle par les États membres	417
Section 3	Les problèmes d'interprétation quant au quota pour l'inspection.....	424
Section 4	Le manque d'uniformité en regard de la qualité des contrôles	425
Section 5	Les problèmes inhérents au contrôle des navires qui affectent l'effectivité interne des MoU	429
Chapitre 2	L'effectivité externe des MoU : l'aspect normatif de ces réseaux sur les acteurs maritimes.....	441
Section 1	L'immobilisation, la cessation d'exploitation et le bannissement comme entraves à la liberté de circulation des navires sous normes.....	442
Sous-section 1	Les prérogatives de l'État portuaire d'immobiliser des navires étrangers ou de faire cesser leur exploitation.....	443
Sous-section 2	Les incidences financières pour l'armateur de l'exercice de la prérogative d'immobilisation par l'État portuaire.....	446
Sous-section 3	L'exercice de la prérogative d'immobilisation des navires au sein des MoU.....	449
Section 2	La diffusion d'informations comme moyen de régulation.....	455
Sous-section 1	La diffusion des rapports d'inspection et des listes noires, grises et blanches par les MoU.....	457
Sous-section 2	Les systèmes de valeurs inhérents à la régulation par l'information	466
Section 3	L'acceptation des MoU par les acteurs maritimes.....	471
Chapitre 3	L'effectivité juridique des MoU : l'intégration de ces réseaux au cadre juridique international.....	476
Section 1	L'intégration des MoU en droit international public et européen.....	477
Section 2	L'intégration des MoU en droit maritime.....	487

Sous-section 1	L'intérêt des rapports d'inspection et des listes qualitatives des MoU aux fins d'appréciation de l'obligation de navigabilité	490
Sous-section 2	L'admissibilité des rapports d'inspection comme pièces au litige maritime	494
Sous-section 3	La valeur probante des certificats délivrés par les sociétés de classification aux fins de transposition à l'égard des rapports d'inspection réalisés dans le cadre des MoU	499
Titre II	L'efficacité des MoU sur le contrôle par l'État du port	509
Chapitre 1	Identification de l'objectif des MoU sur le contrôle par l'État du port.....	510
Chapitre 2	L'efficacité des MoU comme objet de débats et d'analyses quantitatives .	514
Chapitre 3	Méthode pour isoler la variable des MoU afin de mesurer leur incidence sur la qualité sécuritaire des navires commerciaux.....	525
Section 1	Le choix d'une étude diachronique pour isoler la variable du contrôle par l'État portuaire.....	526
Section 2	La recherche d'un indicateur direct qui exprime valablement la variable sécuritaire des navires.....	528
Section 3	Méthodologie d'une étude empirique sur l'efficacité des MoU.....	533
Sous-section 1	Le cadre général de l'étude empirique.....	533
Sous-section 2	Critères de sélection et circonstances de naufrage des navires devant être répertoriés.....	536
Sous-section 3	La sélection des naufrages selon le critère du lien de proximité.....	539
Section 4	Méthode pour répertorier les données utiles	545
Section 5	Les résultats de l'étude empirique	546
	Conclusion de la partie III	557
	Conclusion générale: Les MoU sur le contrôle par l'État portuaire ou l'avènement d'un droit obscur	559
	Un moyen d'assurer la mise en œuvre de la sécurité maritime	559
	Un nouvel instrument juridique	563
	La nécessité d'une transparence pour éviter un droit obscur	569
	L'application du modèle des MoU à divers types de réseaux transgouvernementaux....	575
	Tables bibliographiques finales	578
	Tables des instruments internationaux	579
	Table de la législation	583

Table des jugements	586
Bibliographie	596
Table des contrats types	635
Table des sites internet	636

Liste des annexes

Annexe 1	<i>Tableau des données comparatives sur l'évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU</i>	637
Annexe 2	<i>Tableau des données comparatives sur l'évolution du nombre de détentions réalisées annuellement par des MoU</i>	639
Annexe 3	<i>Tableau sur les ratios annuels en pourcentage des cas d'immobilisation de navires sur le nombre d'inspections qui sont réalisées dans le cadre de MoU</i>	641
Annexe 4	<i>Le cadre opératoire détaillé relatif à l'échange entre le concept de sécurité maritime et celui de navigabilité</i>	643
Annexe 5	<i>Illustration d'un repère lié à un naufrage de navire sur une carte satellite générée par le programme informatique Google Earth</i>	648

Liste des cartes

Carte n° 1 :	<i>La répartition géographique des MoU</i>	91
Carte n°2 :	<i>Représentation à l'aide d'un repère du lieu d'un naufrage d'un navire (le cas de l'Asia n° 1 en 2002) sur une carte satellite générée par le programme informatique Google Earth</i>	649

Liste des graphiques

Graphique n° 1 :	<i>Évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU</i>	416
Graphique n° 2 :	<i>Effort d'inspection des États membres du Paris MoU</i>	419
Graphique n° 3 :	<i>Effort d'inspection des membres du Tokyo MoU</i>	422
Graphique n° 4 :	<i>Évolution du nombre d'immobilisations réalisées annuellement par des MoU</i>	450
Graphique n° 5 :	<i>Évolution du ratio en pourcentage du nombre d'immobilisations sur le nombre d'inspections de MoU</i>	451

Graphique n° 6 :	<i>Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Accord de Viña del Mar, du Tokyo MoU, du C MoU, du Med MoU, de l'IO MoU, de l'Abuja MoU et du BS MoU confondus.....</i>	548
Graphique n° 7 :	<i>Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Accord de Viña del Mar</i>	549
Graphique n° 8 :	<i>Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres du Tokyo MoU.....</i>	550
Graphique n° 9 :	<i>Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'IO MoU.....</i>	551
Graphique n° 10 :	<i>Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Abuja MoU.....</i>	552
Graphique n° 11 :	<i>Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres respectivement du C MoU, du Med MoU et du BS MoU.....</i>	553

Liste des schémas

Schéma n° 1 :	<i>Cadre opératoire chronologique sur la normativité.....</i>	17
Schéma n° 2 :	<i>Liens hiérarchiques des théories juridiques sur lesquelles s'appuient les MoU.....</i>	192
Schéma n° 3 :	<i>Les fonctionnaires-cadres-experts comme membres d'une communauté épistémique transversale située au carrefour des canaux de communication bureaucratiques.....</i>	264
Schéma n° 4 :	<i>Cadre opératoire relatif à l'interaction entre les concepts de sécurité et de navigabilité.....</i>	489
Schéma n° 5 :	<i>Cadre opératoire détaillé relatif à l'échange entre les concepts de sécurité et de navigabilité.....</i>	644

Liste des tableaux

Tableau n° 1 :	<i>Nombre de naufrages annuels en fonction des MoU.....</i>	547
Tableau n° 2 :	<i>Données comparatives sur l'évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU</i>	638
Tableau n° 3 :	<i>Données comparatives sur l'évolution du nombre de détentions réalisées annuellement par des MoU</i>	640
Tableau n° 4 :	<i>Ratios annuels en pourcentage des cas d'immobilisation de navires sur le nombre d'inspections qui sont réalisées dans le cadre de MoU.....</i>	642

Liste des abréviations

Abuja MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control for the West and Central Africa
ABS	American Bureau of Shipping
ACOPS	Advisory Committee on Protection of the Sea
AFCAN	Association française des capitaines de navire
AFDM	Association française de droit maritime
AIS	Association of Insurance Supervisors
AMC	American Maritime Cases
ANRT	Atelier national de reproduction des thèses
APCIS	Asia-Pacific Computerized Information System
ASBA	Association of Ship Brokers and Agents
BIMCO	Baltic and International Maritime Council
BSIS	Black Sea Information System
BS MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control in the Black Sea Region
BST	Bureau de la sécurité des transports du Canada
BUNKERS 2001	Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute.
CAF	Cour d'appel fédérale (Canada)
CAMP	Chambre arbitrale maritime de Paris
C.c.Q.	Code civil du Québec
CDI	Chemical Distribution Institute
CEE	Communauté économique européenne
CF	Cour fédérale (Canada)
CHM	Convention sur la Haute-mer
CIALA	Information Center of the Latin American Agreement
CIC	Campagnes d'inspections concentrées
CIJ	Cour internationale de justice
CMIC	Caribbean Maritime Information Centre
C MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control in the Caribbean Region

CMTZC	Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, Genève, 29 avril 1958.
CNUCIN	Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUDM	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
CNUOI	Conférence des Nations Unies pour l'organisation internationale
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
COLREG 1972	Convention sur le règlement international pour prévenir les abordages en mer
CSN	Centres de sécurité des navires (France)
DAM	Direction des Affaires maritimes (France)
DGITM	Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (France)
DNIO	Division des normes d'inspection et d'opérations (Canada)
DSM	Direction de la sécurité maritime (Canada)
DTS	Droits de tirage spéciaux
EMSA	European Maritime Safety Agency (Agence européenne pour la sécurité maritime)
EQUASIS	European Quality Shipping Information System
FACILITATION 1965	Convention visant à faciliter le trafic maritime international
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
GESAMP	Groupe conjoint d'experts sur les aspects scientifiques de la pollution marine
GMDSS	Global Maritime Distress and Safety System
HCJ	Hight Court of Justice
IACS	International Association of Classification Societies
ICS	International Chamber of Shipping
IIL	Insurance Institute of London

ILO 147	Convention (No 147) concernant les normes minima à observer sur les navires marchands
ILU	Institute of London Underwriters
IMC	Institute Marine Cargo
IMO	International Maritime Organization (voir OMI)
INMARSAT	Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites
INSA	International Shipowners Association
INTERCARGO	International Association of Dry Cargo Shipowners
INTERTANKO	International Association of Independent Tanker Owners
INTERVENTION 1969	Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures
INTERVENTION PROT 1973	Protocole de 1973 sur l'intervention en haute mer en cas de pollution par des substances autres que les hydrocarbures
ITF	International Transport Workers' Federation
IТОPF	International Tanker Owners Pollution Federation
IOCIS	Indian Ocean Computerised Information System
IO MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control for the Indian Ocean Region.
IOSC	International Organization of Securities Commissioners
ITLOS	Tribunal international sur le droit de la mer (voir TIDM)
IUMI	International Union of Marine Insurance
LL 1966	Convention internationale sur les lignes de charge
LRMM	Loi sur la responsabilité en matière maritime (Canada)
MAB	Memorandum Advisory Board ou Bureau de conseil du mémorandum
MEDAD	ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables (France)
MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control (Mémorandum d'entente sur le contrôle par l'État portuaire)
MARPOL 1973/78	Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires

Med MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control in the Mediterranean Region
MLC 2006	Convention du travail maritime
MT	ministère des Transports (Canada)
nm	mile marin (nauticau mile)
NIR	New Inspection regime
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OCIMF	Oil Companies International Marine Forum
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des Nations-Unis
OPA 1990	Oil Pollution Act
OPRC 1990	Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures
OILPOL 1954	Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures
OMI	Organisation maritime internationale (voir IMO)
Paris MoU	Mémorandum d'entente de Paris sur le contrôle par l'État du port
PSCC	Port State Control Committee ou Comité du contrôle par l'État du port
PSI	Prolifcation Security Initiative
R.C.S.	Recueil de la Cour suprême (Canada)
R. de L.H.-V	Règles de La Haye-Visby
R. de H.	Règles d'Hambourg
R. de R.	Règles de Rotterdam
Riyadh MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control in the Persian Gulf
SALVAGE 1989	Convention internationale de 1989 sur l'assistance
SCEPC	Système de contrôle par l'État du port canadien
SIRENAC	Système d'information relatif aux navires contrôlés
SIRE	Ship inspection report Exchange
DSM	Direction de la sécurité maritime (Canada)
SMDSM	Système mondial de détresse et de sécurité en mer

SOLAS	Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer
SOLAS 1974/78	Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer de 1974 avec son protocole de 1978
SOLAS PROT 1988	Protocole de 1988 de la Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer
STCW 1978	Convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille
TEG	Technical Evaluation Group (ou Groupe technique de travail)
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
TOCA	Transfert of Class Agreement
tjb	Tonneau de jauge brute
Tokyo MoU	Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region
TONNAGE 1969	Convention internationale de 1969 sur le jaugeage des navires
UE	Union européenne
ZEE	zone économique exclusive

Remerciements

À mes directeurs de thèse, Monsieur Guy Lefebvre et Monsieur Christian Scapel, je présente mes sincères remerciements. Leurs conseils, leurs relectures et leur grande disponibilité sont sans conteste des éléments qui ont grandement contribué à ma formation et à la réalisation de mon document. En fait, ils ont dirigé mes travaux avec une attention et une générosité auxquelles je dois plus que je ne saurais dire. Je les remercie également d'avoir accepté cette double direction de mon travail, que j'ai souhaitée dès le départ.

Je remercie La Faculté de droit de l'Université de Montréal, le Centre de recherche en droit public (C.R.D.P.) ainsi que le Bureau des étudiants internationaux de l'Université de Montréal qui ont généreusement contribué à financer mes recherches et mes déplacements.

Je remercie les équipes de la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, du Centre de droit maritime et des transports de l'Université Paul Cézanne (C.D.M.T.), du centre de documentation de l'Organisation maritime internationale et du centre de documentation de la Lloyd's Register pour l'aide qu'elles m'ont apportée dans le cadre de ma recherche documentaire.

Je suis également reconnaissant envers Monsieur Louis Le Borgne et Madame Micheline Montpetit pour leur ingrate tâche d'avoir relu avec patience mon travail. Je remercie Danielle Gagnon Le Borgne pour sa compilation des données. Je remercie aussi Monsieur Paolo De Michele pour son prompt coup de main afin de finaliser le document.

Qu'il me soit permis, pour finir, d'exprimer toute ma gratitude à mes proches qui m'ont accordé leur soutien à toute épreuve, leur patience et leur compréhension qui m'ont été très précieux tout au long de cette entreprise si particulière. Je pense notamment, à Alexandre et à Maxime, si jeunes, qui n'ont pu bénéficier de toute ma présence comme père, mais qui ont fait preuve de générosité à mon égard en m'offrant, chaque jour, leurs magnifiques sourires enjoués. De plus, c'est avec une émotion toute particulière que j'exprime ma reconnaissance à Julie Laberge, mon épouse, pour l'aide et le soutien immenses qu'elle m'a apportés, mais surtout pour le grand respect et la patience dont elle a toujours su manifester envers moi. D'ailleurs, sans elle, je n'aurais jamais compris que la vie gagne à s'ouvrir aux plaisirs quotidiens de la vie à deux. Merci Julie.

À mon extraordinaire épouse Julie
et à mes merveilleux fils Alexandre et Maxime

Note aux lecteurs

La présente thèse suit les règles de présentation de l'Université de Montréal se trouvant dans le *Guide de présentation et d'évaluation des mémoires de maîtrise et des thèses de doctorat*, Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal, sept. 2009, en ligne : <http://www.fesp.umontreal.ca/autres_pages/publications.html> (consulté le 30 sept. 2010).

Les références et les citations dans notre document sont conformes aux règles prescrites à cet effet par la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Pour ce faire, nous avons utilisé le guide élaboré par le professeur Lluelles : Didier LLUELLES, *Guide des références pour la rédaction juridique*, 7^e éd., Montréal, Thémis, 2008.

Dans les passages intégrés dans notre thèse sous une forme de citation, nous avons volontairement omis les numéros de note de bas de page ou de fin de document que comporte le texte original cité. Cela nous permet d'éviter d'éventuels quiproquos avec nos propres notes de bas de page.

De plus, les caractères gras des passages cités ont été transformé en caractère normal afin d'uniformiser le lettrage du texte. Par contre, les caractères soulignés ou italiques qui sont présents dans le texte original ont été conservés dans nos citations.

Enfin, la mise en page de notre thèse est réalisée selon le format de papier « lettre » (8x11 pouces), en usage en Amérique du Nord. Par conséquent, lorsque ce document est imprimé en format « A4 », en usage en Europe, les caractères peuvent avoir été agrandis par rapport au document original.

« Grande mer,
toujours labourée,
toujours vierge,
ma religion avec la nuit! »

Albert Camus
L'Été, la mer au plus près

Introduction

Le commerce maritime moderne est un monde où les navires font l'objet de gigantisme, de spécialisation ainsi que de perpétuelle circulation. Si les nouvelles technologies sont utilisées pour rendre les bâtiments de mer¹ plus fiables, elles ne peuvent empêcher le ravage des intempéries, des erreurs humaines ou plus simplement de l'effet du temps. Aucun navire n'est à l'abri d'un péril en mer. Les océans sont encore le théâtre de carnages effroyables laissant souvent derrière eux des scènes silencieuses. Sans compter que ces fortunes de mer se limitent rarement à la disparition du bâtiment et de sa cargaison. En effet, elles s'accompagnent souvent de pertes humaines, économiques et environnementales dévastatrices². Toutes ces circonstances donnent définitivement un sens à la sécurité maritime.

-
1. Les termes « navire » et « bâtiment de mer » sont ici utilisés indistinctement. Sur les distinctions entre les deux notions en droit maritime, voir Charlotte LALLEMAND, *La navigabilité du navire*, thèse de doctorat, Nantes, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, 2004, p. 31-45.
 2. Raphaël BAUMLER, François LILLE, *Transport maritime, danger public et bien mondial*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2005, p. 109.

Le contexte

Le risque de naufrage a toujours accompagné l'expédition maritime. Depuis un peu plus d'un siècle, la communauté internationale s'est concertée pour soumettre les navires de commerce à des normes sécuritaires minimales. Traditionnellement, l'État du pavillon exerce des prérogatives de contrôle sécuritaire sur les navires inscrits à son registre maritime. À cela s'ajoute les opérations d'inspection sécuritaire qui sont réalisées par les sociétés de classification. Malgré cela, la flotte mondiale a connu une dégradation sécuritaire vers le milieu des années 1970 jusqu'au début des années 2000³. Or, cette période correspond à celle qui a marqué l'accélération des échanges transfrontaliers liée à la globalisation⁴. La libéralisation des marchés aurait aussi exacerbé la concurrence commerciale ainsi que la mobilité des acteurs économiques⁵. De là une dynamique de concurrence internationale où plusieurs pays en voie de développement comme le Panama, le Liberia, les Bahamas d'abord, puis maintenant le Cambodge et la Mongolie sont devenus des États du pavillon importants par le nombre de navires inscrits à leur registre maritime. C'est grâce à leur politique de complaisance fiscale et sécuritaire que ces États ont su attirer sur leur territoire les capitaux des armateurs⁶. Ainsi, la globalisation des activités et la

-
3. Philippe BOISSON, *Politiques et droit de la sécurité maritime*, Paris, Bureau Veritas, 1998, n° 783 et s., p. 510 et s. Patrick Chaumette aborde les questions entourant la dégradation des conditions de travail à bord des navires commerciaux : Patrick CHAUMETTE, « Le contrôle des navires par l'État du port -- ou la déliquescence du pavillon? », dans Jean-Claude HÉLIN, Alain SUPLOT et Yann TANGUY (dir.), *La norme, la ville, la mer : écrits de Nantes pour le doyen Yves Prats*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2000, p. 265, à la page 267-270.
 4. Le terme de « globalisation » est privilégié à celui de « mondialisation » souvent utilisé en français : *infra*, p. 117.
 5. Jean-Claude BUHLER, « Les affréteurs et la sécurité des transports maritimes », *DMF* 1999.795.795 ; voir aussi Simon RETALLACK, « Economic Globalization and the Environment », (2000) 4 *Transnational Associations / Associations transnationales* 173, 176 ; Anne-Marie SLAUGHTER, « The Real New World Order », (1997) 76-5 *Foreign Affairs* 183, 185.
 6. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *Avantages concurrentiels dont bénéficient certains armateurs du fait de l'inobservation des règles et des normes internationales en vigueur*, Paris, 1996, Doc off. OCDE/GD(96)4, p.20, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/9/52/2754629.pdf>> (consulté le 4 jan. 2010). Voir aussi Anthony CLARKE, « Port State Control or Sub-Standard ships: Who is to Blame? What is the Cure? », (1994) *LMCLQ* 202, 204 ; Yvan JULIA, « Le pavillon panaméen », (1995) 13 *Annuaire de droit maritime et aérospatial* 241, 241 ; Basil N. METAXAS, *Flag of Convenience, A Study of Internationalisation*, Brookfield, Gower Publishing Compagny, 1986, p. 15 et 28.

féroce concurrence qui en découle inclinent les intervenants maritimes les plus vulnérables à user de complaisance pour s'assurer de leur rentabilité⁷.

Les victimes de la complaisance maritime — Ce régime de complaisance fait des victimes. Au premier chef, les hommes d'équipage, les passagers et les chargeurs de marchandises sont certainement les premières victimes d'un naufrage. Par ailleurs, les États côtiers, plus particulièrement leurs citoyens résidant sur le littoral, se révèlent être aussi les victimes de cette complaisance sécuritaire, surtout si un dommage écologique en est la conséquence. À cet égard, le naufrage de pétroliers et de chimiquiers de fort tonnage entraînent des dommages environnementaux spectaculaires et immédiats qui ont ponctué l'histoire maritime⁸. Toutefois, des naufrages en apparence plus anodins peuvent se révéler tout aussi dangereux⁹. Dans ce contexte, il est normal que les États qui possèdent de vastes zones maritimes dénoncent ces tragédies et souhaitent s'en protéger par l'exercice de contrôle sécuritaire sur les navires qui circulent près de leurs côtes, et ce, malgré le principe ancestral de libre circulation en mer qui a été inscrit dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁰.

-
7. John HARE, « Port State Control : Strong Medicine to Cure a Sick Industry », (1997) 26 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 571 ; Marc A. HUYBRECHTS, «The International Safety Management Code from Human Failure to Achievement», (1999) 34 *European Transport Law* 17, 28 ; Y. JULIA, préc., note 6, 246 ; OCDE, *The Cost to Users of Substandard Shipping*, jan. 2001, p. 7, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/27/18/1827388.pdf>> (consulté le 10 mai 2010).
 8. Les marées noires ou les déversements toxiques provenant de naufrages de pétroliers, de chimiquiers, de vraquier ou de porte-conteneurs sont l'objet d'une véritable appréhension de la part des États côtiers, et ce, à travers le monde. Pour mémoire rappelons les naufrages du *Torrey Canyon* (le 18 mars 1967, Cornwall au Royaume-Uni), de l'*Amoco Cadiz* (le 16 mars 1978, Bretagne en France), l'*Exxon Valdez* (le 24 mars 1989, Alaska), l'*American Trader* (le 7 fév. 1990, Sud de la Californie), le *Nagasaki Spirit* (le 19 sept. 1992, Malacca en Indonésie), l'*Aegean Sea* (le 3 déc. 1992, Espagne), le *Braer* (le 5 jan. 1993, îles Shetland au Royaume-Uni), le *British Trend* (le 3 juin 1993 entre le Royaume-Uni et la Belgique), le *Nassia* (le 16 mars 1994, Bosphore en Turquie), le *Chanoco I* et le *Unihumanity* (le 8 mars 1994, Vietnam), Le *Sea Transporter* (le 14 juin 1994, Aguada en Inde), l'*Apollo Sea* (le 23 juin 1994, Afrique du Sud), Le *Huahai No 2* (le 17 oct. 1994 Chine), l'*Erika* (le 12 déc. 1999, France), l'*Al Jazya* (le 24 jan. 2000, Émirats arabes unis), le *King Fisher* (le 1^{er} avril 2000 Indonésie), le *Laden* (le 13 juin 2001, Malaisie), le *Prestige* (le 13 nov. 2002, Espagne et France), Le *Tasman Sea* (le 23 nov 2002, Chine), le *MV APL Emerald* (le 12 juin 2003, Singapour), *MV Tasman Spirit* (le 13 août 2003, Karachi au Pakistan).
 9. Christian Buchet invoque le cas de la sulfurisation du blé pourri dans les cales d'un navire ayant fait naufrage qui a eu pour conséquence de dégrader durablement un parc naturel : Christian BUCHET, *Les voyous de la mer*, Paris, éd. Ramsay, 2003, p. 18.
 10. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 déc. 1982, (1994) 1833 R.T.N.U. 3 (n° 31363) [CNUDM], art. 21. Voir aussi *Convention (n° 147) concernant les normes minima à observer sur les navires marchands*, 29 oct. 1976, (1982) 1259 R.T.N.U. 335 (n° 20690) [ILO n° 147], art. 5; Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la p. 272.

L'intérêt de pays comme la France ou le Canada à contrôler la sécurité à bord des navires de commerce croisant près de leurs côtes et faisant escale dans leurs ports — La perspective d'une capacité de contrôler les navires croisant près des côtes ou faisant escale dans un port interpelle directement des États côtiers comme la France et le Canada. En effet, ces deux pays sont au palmarès des États côtiers les plus importants en raison des larges zones maritimes qu'ils détiennent. Ils sont certainement les plus intéressés à prévenir les naufrages et la pollution qui en résulte. La France métropolitaine, avec ses façades maritimes donnant sur la Méditerranée, l'Atlantique et la Manche, compte près de 5 500 kilomètres de littoral densément peuplé. À ces façades métropolitaines, s'ajoutent ses nombreuses possessions outre-mer qui lui accordent le second rang mondial quant à l'importance de possessions territoriales maritimes. Pour sa part, avec ses 243 000 kilomètres de côtes sur ses façades Atlantique, Pacifique et Arctique, le Canada possède le plus long littoral de la communauté internationale. Ses côtes sont généralement peu habitées, mais elles constituent des zones d'une grande valeur écologique. Par conséquent, la France et le Canada sont, pour des raisons différentes, particulièrement vulnérables aux accidents maritimes. Or, ces pays, comme tous les autres dans la même situation refusent d'avoir à les subir et, au surplus, d'avoir à défrayer les coûts de nettoyage et de réhabilitation que ces naufrages peuvent générer¹¹. Pour eux, la prévention par l'exercice d'une prérogative de contrôle à bord des navires de commerce naviguant dans leur secteur est prioritaire. Ce contexte a fait ériger une forme de contrôle réalisé dans les ports.

Le concept de contrôle par l'État portuaire — La notion d'« État du port », appelé aussi « État portuaire », a récemment été développée en droit de la mer pour référer l'exercice de contrôle des navires par les autorités étatiques hôtes lors de l'escale :

« *Stricto sensu*, on appelle *contrôle par l'État du port* la vérification de l'application de ces normes internationales conventionnelles aux navires étrangers en escale. Le but du dispositif est d'améliorer l'application desdites conventions et donc de la sécurité maritime globale en

11. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SÉCURITÉ DU TRANSPORT MARITIME DES PRODUITS DANGEREUX OU POLLUANTS, Jean-Yves LE DRIANT (rapporteur), rapport n° 2535, 11^e législature, le 5 juil. 2000, p. 11, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/documents/index-enquete-rapports.asp#transport_maritime> (consulté le 10 avril 2010) [Rapport LE DRIANT] ; Christian SCAPEL, « L'insécurité maritime : l'exemple de la pollution par les hydrocarbures », dans *Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques d'Aix-Marseille (11-12 mai 2000)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et des sciences politiques, 2000, p. 121, à la page 134.

bannissant les navires sous normes et se substituant à ceux des Etats du pavillon qui peuvent être défaillants. »¹²

Incidentement, l'état portuaire réfère indirectement à l'État côtier qui accueille les navires en escale dans ses installations portuaires, le temps d'effectuer la manutention de la marchandise ou les réparations nécessaires : « *The port state is the state in the territorial waters of which a vessel is at any particular time, provided that the vessel is destined to or has just left a port in that state.* »¹³. Cette capacité de contrôle des navires étrangers par les États portuaires a fait l'objet d'un lent processus de reconnaissance par la communauté internationale. Ultiment, en 1982, la CNUDM a consacré en droit international le principe de contrôle par l'État portuaire, appelé plus communément *Port State Control* (PSC). Cette prérogative de contrôle implique tant l'inspection des navires elle-même que leur immobilisation aux fins de la réalisation de l'inspection¹⁴.

La mise en œuvre du contrôle par l'État portuaire par des mémorandums d'entente régionaux — Le contrôle par l'État portuaire devient une entreprise coûteuse lorsqu'il est exercé unilatéralement par les États. Cela est vrai tant pour l'élaboration des activités d'inspection que de la mise sur pied de centres d'information permettant le suivi sécuritaire des navires. Par ailleurs, les armateurs voient évidemment d'un mauvais oeil la multiplication de ces contrôles à chacune des escales des navires qu'ils opèrent. Dans ces conditions, non seulement ce contrôle unilatéral de l'État portuaire va à contre-courant de la globalisation des marchés, mais en pratique, il est aussi en désuétude en raison de la concurrence portuaire qui incite au détournement des navires vers les ports les plus complaisants au plan des exigences sécuritaires. Dans le cas du contrôle par l'État portuaire, cette coordination des activités de contrôle se réalise par l'entremise d'un *Mémorandum d'entente sur le contrôle par l'État du port*, mieux connu sous leur dénomination anglaise *Memorandum of understanding on Port State Control* – dorénavant désignés par « MoU » –. Ces ententes régionales offrent de véritables perspectives alternatives à l'unilatéralisme des États portuaires. En 1982, les ministres responsables de la

12. Pierre ANGELELLI et Yves MORETTI, *Cours de droit maritime*, Infomer, Rennes, 2008, p. 36.

13. A. CLARKE, préc., note 6, 202.

14. L'État du port est reconnu en droit de la mer par les dispositions 211 (3), 218, 219 et 220 CNUDM. Par ailleurs, le terme « immobilisation » se confond avec celui de « détention ».

sécurité maritime de 14 pays d'Europe ont reconnu par l'entremise de cet instrument l'établissement d'un réseau d'autorités maritimes :

« Le Mémoire d'entente de Paris a été signé le 26 janvier 1982, sur une initiative française consécutive aux naufrages de l'*Amoco-Cadiz* et du *Tanio*. Cet accord organise une collaboration régionale pour contrôler de façon harmonisée les navires étrangers dans les ports des États signataires, tout en évitant les détournements de trafic et les distorsions de concurrence. »¹⁵

Cette initiative est à l'origine de la mise en œuvre de MoU dans neuf régions du monde. Sans être des traités internationaux, ces ententes administratives confèrent un simple « pouvoir consensuel »¹⁶ entre les autorités maritimes de différents pays d'une même région. Ils ont pour objectif de coordonner leurs activités d'inspection, de rectification et d'immobilisation des navires commerciaux. Il faut dire que ces contrôle, même s'ils sont coordonnés, relèvent toujours d'une prérogative issue de leur droit national; tout cela dans le but d'assurer l'effectivité des normes sécuritaires internationales¹⁷. Ces ententes sont liées à un statut normatif ambigu puisqu'elles font partie d'une « catégorie indéfinie d'accords infra étatiques, plus ou moins patronnés par l'Etat mais où ce dernier ne désire pas se mouiller. Il fait donc partie de ce modèle de la *soft law* qui agace le juriste adepte de la règle pure et dure, mais dont il serait vain de nier l'existence et même l'efficacité »¹⁸. À travers cet objectif de coordination, les MoU mettent en œuvre une série de mécanismes dont notamment des quotas d'inspection, des règles de sélection de navires, des facteurs de ciblage établis selon des indicateurs associés des lacunes ainsi que des sanctions administratives, telle que l'immobilisation, applicables en cas de manquement aux prescriptions sécuritaires. Cette coordination des efforts des autorités maritimes permet d'identifier les navires sous normes pour mieux les traquer ultérieurement :

15. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 116.

16. *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada* 2005 CAF 267, par. 41-42, (j. Létourneau) [Aff. du *Lantau Peak*].

17. Iciar Patricia GARCIA, « “Nunca Mas” How Current European Environmental Liability and Compensation are Addressing the Prestige Oil Spill », (2004) 25 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 1395, 1414.

18. Y. VAN DER MENSBRUGGHE, « les navires inférieurs aux normes : le Memorandum d'entente de Paris du 26 janvier 1982 sur le contrôle des navires par l'État du port » dans Joël LEBULLENGER, Didier LE MORVANT, *La Communauté européenne et la mer*, Economica, Paris, 1988, p. 463, à la page 473 ; Brahim LATRECH, *Les sociétés de classification des navires : la sécurité en question*, Lille, ANRT, 2004, n° 377, p. 168.

« Il s'agit principalement d'un engagement reposant sur une base internationale, aux fins de prévenir les difficultés nées de l'existence de navires sous-normes, en s'assurant que les navires se soumettent aux standards fixés par les traités internationaux et dans le cas contraire, en prenant des dispositions pour les contraindre à les suivre, de sorte que l'on peut considérer que les navires sont suivis à la trace, punis et même montrés du doigt.»¹⁹

Les MoU incarnent donc de véritables réseaux internationaux d'autorités gouvernementales, spécialisées et autonomes. Dans ce contexte, il faut parler de réseaux transgouvernementaux dont les membres se partagent une infrastructure de coordination avec, notamment, un secrétariat ainsi qu'un centre d'information qui gère une base de données dans laquelle sont consignés les rapports d'inspection. Par ces moyens, les MoU partagent et diffusent les résultats d'inspection aux fins de détection sécuritaire.

Les MoU offrent de nouvelles perspectives de renforcement du droit international — Les MoU incarnent un concept original qui peut répondre à la dynamique de globalisation, de concurrence sinon de complaisance qui règne dans le secteur du transport maritime²⁰. En effet, si les sanctions pénales ont peu d'emprise dans ce secteur d'activité fortement globalisé, les MoU revendiquent la mise en œuvre de mécanismes alternatifs, pointus et efficaces favorisant le renforcement du droit international. Ces mécanismes permettent non seulement l'immobilisation du navire aux fins de sa réparation, mais aussi le partage et la diffusion d'information par l'entremise de listes noires, grises ou blanches répertoriant la réputation des armateurs, des sociétés de classification et des États du pavillon aux fins de dépistage du risque sécuritaire. Ces mesures n'ont aucune base pénale, pourtant l'immobilisation d'un navire ou la perte de réputation des entités qui y sont associées se révèlent forcément une entrave aux « bonnes affaires ». Ainsi, l'armateur constaterait *in fine* qu'il a avantage à mettre son navire en ordre. En fait, l'uniformisation et la coordination de l'exercice de ces mesures administratives par l'entremise des MoU semblent fonder un véritable système qui force l'intégration des prescriptions sécuritaires dans les opérations de transport maritime.

19. Yves TASSEL, « Le contrôle des navires par l'État du port : régime et conséquences commerciales (droit français, droit anglais) », *ADMO* 1999.237, 239.

20. Peter Batista PAYOYO, *Port State Control in the Asia-Pacific: An International Legal Study of Port State Jurisdiction*, Quezon city, Institute of International Legal Studies, University of the Philippines Law Center, 1993, p. 69 et 177.

L'intérêt pour le juriste et le politologue d'enquêter sur l'élaboration, le fonctionnement et les conséquences des activités des réseaux transgouvernementaux incarnés par les MoU — C'est à plus d'un titre qu'un chercheur en droit ou en science politique peut s'intéresser au phénomène des MoU sur le contrôle des navires par l'État du port. D'une part, il est évident que celui qui se passionne pour les choses de la mer, que ce soit à l'égard de la préservation de l'environnement marin, de la sécurité des hommes d'équipage, des passagers et des biens que de la promotion du transport maritime, ne peut rester insensible aux diverses implications d'un naufrage. Or l'analyse de solutions nouvelles aux problèmes d'insécurité maritime posés par le contexte actuel prend ici tout son sens. D'autre part, la portée juridique des MoU intrigue. Ce sont des ententes qui ont des allures de conventions, mais qui n'en sont pas. Soulignons-le, elles incarnent une volonté d'assurer la mise en œuvre des conventions internationales existantes par l'intermédiaire d'un effort de coordination. Or, les rares auteurs qui ont voulu décrire le phénomène des MoU sur le contrôle par l'État portuaire se sont contentés d'en brosser un tableau descriptif et factuel sans pour autant s'intéresser aux incidences juridiques que ces ententes peuvent susciter dans le cadre des théories du droit, plus particulièrement celle du droit international. De toute évidence, ces ententes administratives sortent des sentiers battus et du champ juridique traditionnel. Il est donc nécessaire d'identifier la portée et les limites de ce phénomène, surtout au plan juridique. Par ailleurs, l'étude des MoU est d'autant plus intéressante que leur impact se prête d'abord à des analyses qualitatives pour en justifier leurs fondements au plan normatif, mais aussi à des méthodes d'analyse quantitative, lesquelles sont malheureusement peu courantes en science juridique. Ainsi, les MoU deviennent un objet de recherche qui ouvre la porte à de nouvelles méthodes d'études empiriques en droit. En bref, sur tous les plans, ces ententes offrent l'opportunité d'élargir encore nos connaissances en droit international en interpellant particulièrement deux catégories de juristes : celui qui oeuvre en droit maritime ou en droit de la mer et celui qui traite de théories juridiques liées au droit international public²¹. Au surplus,

21. Nous nous intéressons plus particulièrement au phénomène des MoU sur le contrôle par l'État portuaire plutôt que sur le contrôle par l'État portuaire lui-même. Par conséquent, le contrôle portuaire exercé unilatéralement par les États-Unis n'est pas visé par notre étude puisque celui-ci est plutôt fondé sur le modèle positiviste. Sur cet aspect, voir la section portant sur l'analyse du contrôle portuaire exercé par les États-Unis dans l'ouvrage d'Özçayir : Oya Z. ÖZÇAYIR, *Port State Control*, 2^e ed., Londres, LLP Professional Publishing, 2004, p. 277.

l'existence de ces MoU interpelle le politologue qui souhaite préciser les enjeux des relations internationales et ceux du droit international, sinon les étapes du passage de la norme du premier domaine vers le second²².

Les MoU offrent la perspective d'un lieu commun entre le concept de sécurité maritime et celui de la navigabilité — Les juristes qui s'intéressent aux activités des navires seront certainement intéressés à la question de la normativité théorique et pratique des MoU d'autant que ceux-ci offrent des perspectives nouvelles d'unification dans le domaine. En effet, assez grossièrement, les aspects juridiques touchant les navires se partagent entre le droit de la mer, relevant du droit public, et le droit maritime, associé au droit privé. Or, les concepts de « sécurité maritime » et de « navigabilité » sont respectivement liés à ces deux domaines d'expertise juridique. S'ils font tous les deux référence à la condition d'un navire, la distinction existe, mais n'est pas évidente d'autant plus qu'ils évoluent généralement de pairs, presque en « résonance », en raison de leur interopérabilité concernant les qualités nautiques d'un navire. Plus précisément, la sécurité maritime invoque la capacité d'un État d'énoncer et d'appliquer des normes sécuritaires à bord des bâtiments inscrits au registre maritime ou ceux présents dans les zones maritimes dont il est possesseur de prérogatives²³. Ainsi, « le navire, seul, est source de sécurité ou

22. Aux fins de notre étude, le domaine des relations internationales doit être restreint au caractère politique des rapports entre les nations afin de distinguer ceux-ci des relations juridiques inter-étatiques.

23. Le terme « sécurité » réfère d'abord à son sens général à savoir un état d'exposition au danger : *Dictionnaire de TV5*, en ligne : <<http://dictionnaire.tv5.org>> (consulté le 13 sept. 2010). Il réfère aussi à l'absence ou la limitation des risques dans un domaine précis : *answers.com*, en ligne : <<http://fr.answers.com>> (consulté le 13 sept. 2010). Plus précisément, aux fins de notre étude, la sécurité se définit comme étant l'« absence ou la faible proportion de risques d'accidents ; ensemble de mesures visant à réduire ou à minimiser ces risques » ou encore l'« aptitude d'un équipement, d'une installation, d'un appareil, d'une machine, d'un véhicule, etc. à ne pas présenter de risque d'accident » : LABORATOIRE D'ANALYSE ET DE TRAITEMENT INFORMATIQUE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Trésor de la Langue Française informatisé*, en ligne : <<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/fast.exe?mot=sécurité>> (consulté le 13 sept. 2010) ; il peut aussi s'agir d'un « ensemble des mesures que l'on prend lorsqu'un incident ou un accident se produit » : Office de la langue française, *Le grand dictionnaire*, en ligne : <http://w3.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index1024_1.asp> (consulté le 13 sept. 2010). Le terme « sécurité » et lié au terme de « safety » utilisé en anglais. Par ailleurs, Pascal Polere souligne la distinction entre la « sécurité maritime » et la « sûreté maritime » :

« On rappellera la distinction fondamentale entre les notions de sécurité maritime et de sûreté maritime. La première vise à prévenir les accidents lors des activités maritimes, les risques d'origine naturelle ou provoqués par la navigation maritime alors que la seconde tend à la prévention des actes criminels susceptibles de nuire au fonctionnement du transport maritime, et à la sécurité des personnes et des biens » : Pascal POLERE, « Sûreté maritime : Bilan et perspectives du Code ISPS », *DMF* 2006.275.276.

d'insécurité »²⁴, mais à cela il faut ajouter que « la sécurité maritime signifie désormais, non seulement celle des navires, mais également celle de la mer »²⁵. Ce concept exprime un aspect essentiellement préventif, notamment en regard d'enjeux multidimensionnels visant la protection des individus, de l'environnement et de la propriété :

« La sécurité maritime se définit alors comme la situation dans laquelle le navire, les biens et les personnes qu'il transporte, et du milieu marin, sont placés à l'abri de tout risque, dommage corporel, matériel, environnemental. Mais ce sont aussi les mécanismes juridiques et techniques de prévention des dommages pouvant toucher le navire, les biens et personnes transportés, et le milieu marin »²⁶

En d'autres termes, «[l]a sécurité maritime avec ses différentes branches, qu'elle soit la vie humaine, le navire, la navigation ou l'environnement, a toujours pour finalité l'empêchement d'une reproduction de *fortune de mer*. »²⁷. Ce concept est incarné par les textes juridiques nationaux et internationaux lesquels forment ensemble le droit positif maritime et celui de la mer²⁸.

Quant à la navigabilité, il s'agit d'un concept complexe qui réfère à la condition d'un navire à réaliser ses fonctions de transport²⁹. Le professeur William Tetley dresse un bref inventaire des éléments qui le composent :

« Seaworthiness may be defined as the state of a vessel in such a condition, with such equipment, and manned by such a master and crew, that normally the cargo will be loaded, carried, cared for and discharged properly and safely on the contemplated voyage. [...]

Seaworthiness means many things - a tight hull, and hatches, a proper system of pumps, valves and boilers, and that the engines, generators and refrigeration equipment are in good order. A seaworthy vessel must be equipped with up-to-date charts, notices to mariners and

Sur la distinction entre « sécurité » et « sûreté » dans le domaine maritime : P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 118 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 1, p. 11 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 5, p. 3, (à la note 2) et n° 25, p. 60.

24. B. LATRECH, préc., note 18, n° 11, p. 6.

25. René-Jean DUPUY et Daniel VIGNES (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, coll. « Droit international », Paris, Bruxelles, Economica et Bruyant, 1985, p. 1004 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 25, p. 11

26. B. LATRECH, préc., note 18, n°128, p. 61 et n° 202, p. 94. Soulignant le caractère préventif de certaines opérations liées à la la sécurité maritime, Philippe Boisson qualifie de *sécurité primaire* distinguant ainsi de la *sécurité secondaire* qui a trait aux opérations de sauvetage et d'assistance ainsi que de la *sécurité tertiaire* qui concerne les opérations de réparation : P. BOISSON, préc., note 3, n° 20. p. 20. Voir aussi la définition de « sécurité de la navigation maritime » présentée par Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001, p. 1025.

27. B. LATRECH, préc., note 18, n° 182, p. 87.

28. *Id.*, n° 183, p. 87.

29. Au sens général, la *navigabilité* signifie cet «état d'un navire en mesure de naviguer» : Laboratoire d'Analyse et de Traitement Informatique de la Langue Française, *Trésor de la Langue Française informatisé*, préc. note 23 ; Le dictionnaire *Answers.com*, préc. note 23 parle de la *navigabilité* comme une «situation d'un navire, d'un avion parfaitement équipés pour transporter leur chargement en toute sécurité».

navigating equipment and the crew must be properly trained and instructed in the ship's operations and idiosyncracies. Equipment must be properly labelled and diagrams must be available and posted. The ship must be bunkered and supplied for the voyage or diligent preparations must have been made in advance to obtain bunkers and supplies conveniently along the route. »³⁰

Tatjana Keselj tient des propos similaires pour indiquer que la navigabilité réfère à la capacité du navire d'affronter des conditions climatiques difficiles, notamment d'avoir une coque, des équipements, des capacités d'entreposage, une motorisation ainsi qu'un équipage compétent. Ces éléments doivent être adaptés aux voyages et aux marchandises visées par les contrats de transport, constatés par un connaissement, ou d'affrètement, constatés par une charte-partie³¹. Chez les auteurs français, Yves Tassel affirme que « [l]a navigabilité du navire est un concept large qui ne doit pas être réduit à l'aptitude du navire à naviguer »³². Guy Lefebvre invoque une définition impliquant les dimensions nautique et commerciale :

«La notion de navigabilité comprend deux conceptions. D'abord, nous trouvons une conception nautique impliquant que le bâtiment doit non seulement pouvoir naviguer dans des conditions climatiques hostiles, sans qu'elles engendrent une voie d'eau dans la coque, mais aussi être équipé de moyens de propulsion et d'appareils appropriés. De plus, il faut que l'on retrouve à bord un équipage suffisant et compétent. Par ailleurs, le chargeur ne se satisfait guère de ces qualités relatives à la sécurité et à l'achèvement du voyage. Il est également intéressé par la capacité du navire à transporter les marchandises : La conception commerciale de la navigabilité. En conséquence, l'armateur doit veiller au bon état des cales, des chambres froides et frigorifiques et des autres parties du navire où des marchandises sont chargées. »³³

Le concept de navigabilité intervient dans le cadre d'obligations contractuelles en matière de transport, d'affrètement, de vente de navires ou encore d'assurance. Dans la mesure où un litige en responsabilité civile pour perte de marchandise ou de navire est encouru à la suite d'un accident en mer, l'état de navigabilité du navire est au centre de l'analyse.

Par ailleurs, si la sécurité maritime et la navigabilité sont des concepts qui se distinguent par leur nature, il existe une combinaison sémantique entre la sécurité maritime

30. William TETLEY, *Marine Cargo Claims*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 877-878.

31. Tatjana KESELJ, « Port State Jurisdiction in Respect of Pollution from Ships : The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and the Memoranda of Understanding », (1999) 30 *Ocean Development and International Law* 127, 139.

32. Yves TASSEL, « Les affrètement et les transports maritimes », dans Jean-Pierre BEURIER (dir.), *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2006, p. 290, au n° 343.11, à la page 304.

33. Guy LEFEBVRE, « L'obligation de navigabilité et le transport maritime sous connaissement », (1990) 31 *C. de D.* 81, 85.

et l'obligation de navigabilité qualifiée de nautique³⁴ : le transporteur dont le navire a fait naufrage alors qu'il n'était pas conforme aux prescriptions sécuritaires, notamment au moment de son départ, pourrait être reconnu responsable de la perte des marchandises. Ainsi, les normes sécuritaires minimales forment souvent la référence commune qui fonde les « qualités nautiques minimales » à titre de concept unificateur des deux composantes publique et privée. En pratique, le juriste en droit maritime qui souhaite prouver, dans le cadre d'un litige, l'état de navigabilité ou non d'un navire peut vouloir connaître sa réputation en vérifiant sa présence dans les listes noires, grises ou blanches établies par les MoU ou encore être tenté de vérifier les faits constatés à bord qui seront colligés dans les rapports d'inspection réalisés par les inspecteurs de l'État portuaire et qui seront archivés dans les bases de données des MoU. Ces éléments pourraient constituer de véritables preuves au litige. Une telle démarche ne ferait que renforcer l'idée d'une nouvelle forme d'interdépendance entre les concepts de sécurité maritime et de navigabilité nautique. L'étude de la normativité des MoU permettrait aux juristes spécialisés en droit de la mer ou en droit maritime d'envisager un nouvel espace qui réuni leur champ d'expertise. En bref, ce serait l'image d'une véritable passerelle entre leur château fort respectif. Toutefois, cette étude offre aussi des perspectives qui dépassent la dichotomie « public/privé » du droit.

Intérêt de la thèse pour le domaine de la théorie du droit international : le cadre théorique du transgouvernementalisme — En s'intéressant à la normativité d'ententes administratives comme celles des MoU, on peut surpasser le cadre de l'analyse juridique traditionnel imposé par le paradigme positiviste. Dans un contexte lié à la globalisation, un nouveau courant qualifié de *transgouvernementalisme* par Anne-Marie Slaughter, se prête bien à l'explication touchant la dynamique de formation et de mise en œuvre des MoU comme mécanismes de renforcement du droit. Dans un article paru en 1997 sous le titre *The Real New Order*, Slaughter constate que les États sont confrontés à une diminution de leur capacité d'intervention en raison de l'interdépendance des marchés qui est liée au processus de globalisation de l'économie ainsi qu'aux restrictions budgétaires récurrentes

34. À propos de la navigabilité nautique, Michel Ferrer précise que « [l]a navigabilité nautique touche toutes les composantes du navire indispensables à la navigation. Ces composantes peuvent être matérielles comme la coque, les machines, les appareils de navigation. Elles peuvent aussi être humaines, comme la qualité de l'équipage » : Michel FERRER, *La responsabilité des sociétés de classification*, coll. « Bibliothèque du Centre de droit Maritime », Aix-en-Provence, Presse universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, 2004, n° 233, p. 120.

qui les animent. Ces pressions forcent la fragmentation des pouvoirs publics « Into its separate, functionally distinct parts. This parts – courts, regulatory agencies, executives, and even legislatures – are networking with their counterparts abroad, creating a dense web of relations that constitute a new transgovernmental order »³⁵. Conciliant les besoins de régulation et l'usage de techniques de gouvernance globale, Slaughter souligne que le mémorandum d'entente est une formule quasi formelle utile au développement des réseaux transgouvernementaux de régulation :

« The densest area of transgovernmental activity is among national regulators. Bureaucrats [...] regularly collaborate with their foreign counterparts.

National regulators track their quarry through cooperation [...] However, the preferred instrument of cooperation is the memorandum of understanding, in which two or more regulatory agencies set forth and initial terms for an ongoing relationship. Such memorandums are not treaties; they do not engage the executive or legislature in negotiations, deliberation, or signature. Rather, they are good-faith agreements, affirming ties between regulatory agencies based on their like-minded commitment to getting results. »³⁶

En 2002, Imelda Maher présente une définition lapidaire du transgouvernementalisme avec ses éléments essentiels et sa propension à devenir un paradigme en droit :

« Characterized by horizontal, decentralized, and informal coordination by government officials sharing common functional interests, transgouvernementalism is something presented as an alternative paradigm to the traditional liberal model of internationalism where the state is a unitary actor advancing its own interests through diplomatic channels and international organizations and treaties. »³⁷

Avec cette définition, le transgouvernementalisme ne semble pas être une théorie normative autonome : elle s'appuie sur une combinaison de théories souvent peu connues des juristes que ce soit l'existence d'une doctrine entourant les communautés épistémiques qui font directement référence à un regroupement social de fonctionnaires spécialisés issus d'organisations gouvernementales autonomes ; de l'école du *public choice* qui expliquerait que ces fonctionnaires choisissent de rationaliser leurs ressources en coordonnant leurs activités sous forme de réseaux plutôt que de risquer de perdre leurs prérogatives de régulation; ou encore, d'une idéologie liée à la *soft law* qui reconnaît l'usage normatif d'instruments non contraignants. Or, si ces théories qui participent au

35. A.-M. SLAUGHTER, *préc.*, note 5, 184.

36. *Id.*, 189.

37. Imelda MAHER, « Competition Law in the International Domain: Networks as a New Form of Governance » (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 111, 113.

transgouvernementalisme relèvent principalement du domaine des relations internationales, cela n'empêche pas ce dernier de se situer tout juste à la frontière du droit. En effet, les réseaux transgouvernementaux investissent un champ de contrôle inter normatif horizontal utile au renforcement des prescriptions sécuritaires. On trouve là de nouveaux enjeux théoriques indéniables en droit international que les juristes ne peuvent négliger. Encore faut-il savoir comment ces enjeux pourraient s'insérer dans un système légal international.

La problématique

Les MoU ne peuvent, *a priori*, être considérés comme des traités internationaux au sens de la *Convention de Vienne*³⁸ et de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*³⁹. En effet, aucune procédure de ratification ou d'enregistrement à l'Organisation des Nations Unies (ONU) n'est prévue par les MoU. Conséquemment, comme nous le constaterons plus longuement dans notre thèse, cette forme d'entente non contraignante ne relève pas de l'ordre légal au sens strict, soit le *hard law*⁴⁰. Toutefois, dans la mesure où les règles de contrôle énoncées sont effectives et efficaces. À savoir qu'elles sont réellement suivies par les États portuaires et subies par les régulés quant au respect de la sécurité à bord des navires et qu'elles permettent de limiter le nombre de ceux qui sont sous les normes, les MoU deviennent un outil incontournable quant à l'application des prescriptions sécuritaires. La question de leur normativité juridique se pose alors nécessairement.

38. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, (1980) 1155 R.T.N.U. 331 (n° 18232).

39. *Charte des Nations unies (et Statut de la Cour internationale de justice)*, 26 juin 1945, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365 (texte original), R.T. Can. 1945 n°7, en ligne : < <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf> > (consulté le 2 juin 2009).

40. Il faut entendre par *hard law* les traités entre États qui établissent au moyen de termes précis les droits et obligations de chacun. Les règles peuvent aussi être reconnues comme du *hard law* lorsqu'elles sont issues d'un droit coutumier fondé par *opinio juris* : Christine M. CHINKIN, « The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law », (1989) 38 *International and Comparative Law* 850, 851 et 857. Isabelle DUPLESSIS souligne que l'article 38 de la Cour internationale de justice reste, à l'image d'un ordre constitutionnel immuable, une disposition fondamentale quant à la conception positiviste du droit international, donc de l'*hard law* internationale : « Les seules règles de droit contraignantes pour les États seront celles émanant des procédés préétablis à l'article 38 et sanctionnées par le juge international. » : Isabelle DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réaction doctrinale en droit internationale », (2007) *Revue québécoise de droit international (Hors-série)* 245, 254, voir aussi 249.

La normativité juridique des MoU comme problématique — Parce que les MoU sont des instruments internationaux non contraignants qui incarnent des règles de coordination au sein des réseaux transgouvernementaux, leur normativité paradoxale intrigue. Les MoU se limitent-ils uniquement au cadre des relations internationales ou s’agit-il plutôt d’intermédiaires qui, dorénavant, relèvent également du droit international ? La normativité est un concept juridique complexe qui possède une définition souvent abstraite⁴¹. Ses frontières sont généralement mal définies surtout lorsqu’elles dépassent le cadre de la légalité et qu’elles investissent le champ du pluralisme juridique. À l’instar de Prosper Weil, nous limiterons l’usage du concept de normativité à sa « juricité »⁴². Selon lui, le caractère juridique en droit international n’est pas toujours évident et la normativité aide à tracer la frontière entre ce qui est du droit et ce qui ne l’est pas :

« La variété des actes accomplis par les sujets de droit international est telle que le juriste a du mal à déterminer ce que l’on pourrait appeler le seuil de normativité, c’est-à-dire le point de passage du non-juridique au juridique, de ce qui n’est pas la norme à ce qui est la norme. À quel moment le *non-binding agreement* devient-il un accord international, la promesse un acte juridique unilatéral, le fait une coutume? Ce problème du passage du non droit au droit se retrouve à vrai dire dans tous les systèmes juridiques, notamment sous la forme de la distinction entre l’obligation morale et l’obligation juridique. La multiplicité des formes d’action secrétées par les besoins de la vie internationale l’a cependant rendu plus aigu ici que partout ailleurs, puisque aussi bien les effets des actes normatifs et ceux des actes pré-normatifs ne sont pas aussi différenciés dans l’ordre international que dans les ordres étatiques. Si les actes pré-normatifs ne créent pas de droits et d’obligations susceptibles d’être invoqués devant le juge ou l’arbitre international et si leur violation ne peut engager la responsabilité internationale, ils créent des attentes et exercent sur la conduite des États une influence qui peut dans certains cas être plus grandes que celle exercée par des règles conventionnelles ou coutumières. À l’inverse, la sanction de la violation d’une obligation juridique est parfois moins effective que celle d’une obligation purement morale ou politique. »⁴³

Aux premiers abords, les MoU concernant le contrôle par les États du port s’inscrivent dans cette dynamique du passage au droit. L’utilisation de la normativité pour

41. Monique Chemillier-Gendreau offre une définition générale de la norme juridique :

« La norme juridique est un mélange intime de formes et de valeurs qui réalise (ou est censé réaliser) le fonctionnement social dans la stabilité ou le changement. On la définira comme une obligation de comportement, direct ou indirect, exprimée selon des formes particulières, et acceptée socialement » : Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Le droit international et la régulation », dans Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, coll. « Logique juridique » Paris, L’Harmattan, 1995, p. 57, à la page 62.

42. Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? » (1982) 86 *Revue Générale de droit international public* 5, 7. Piotr Dmochowski définit aussi la juricité : « La juricité, avons nous dit, comprise comme la somme de la force juridiquement contraignante, de l’obligatorité juridique et de l’enforcement juridique » : Piotr DMOCHOWSKI, “*Soft Law*” *international: Patchwork de documents et matériaux disparates pour une réflexion sur les engagements du droit international*, Paris, ADP, 2001, p. 9.

43. P. WEIL, préc. note 42, 9.

établir l'existence de règles relevant du droit international peut surprendre sinon choquer, surtout pour les puristes du droit qui restreignent la « juricité » d'une règle à sa seule légalité conformément au paradigme du positivisme-normativisme. En effet, ce paradigme constate qu'une règle existe en droit uniquement si elle remplit les conditions « constitutionnelles » de validité nécessaire à sa mise en œuvre par les mécanismes traditionnels de renforcement du droit. Il s'agit de respecter les procédures nécessaires confirmant la manifestation d'un pouvoir souverain lequel est souvent d'obédience démocratique. Si une législation nationale émane de la souveraineté des institutions législatives, dans le cas des conventions internationales, elle découle plutôt de l'adhésion souveraine des États par la signature par leur représentant des pouvoirs exécutifs et la ratification par les autorités législatives⁴⁴. Ainsi, dans une perspective d'étude juridique, l'utilisation du concept de normativité a l'avantage d'être plus souple que celui de validité.

Hypothèse de recherche — Par sa problématique axée sur la réception en droit international d'instruments non contraignants comme les MoU, notre thèse remet donc en question le paradigme positiviste-normativiste. De ce fait, la normativité ne serait plus fondée sur la validité des prescriptions en regard des exigences du droit positif traditionnel. En effet, ses fondements seraient plutôt établis en fonction de l'effectivité et de l'efficacité des mesures que les réseaux transgouvernementaux mettent en œuvre. En l'espèce, nous souhaitons démontrer que les MoU font maintenant partie du droit international puisqu'ils ont acquis une portée normative qui répond à des besoins spécifiques de sécurité eu égard aux contraintes posées par la globalisation du marché du transport maritime en étant valablement mis en œuvre par les États portuaires pour éviter que des navires sous normes puissent librement circuler sur les mers. La démonstration de cette hypothèse serait une découverte intellectuelle qui permettant de constater l'existence d'une nouvelle brèche dans les fondations du droit international. N'ayons pas peur des mots : les MoU concernant le

44. Une problématique axée sur la légitimité des MoU a été, en 2003, au centre de notre mémoire de maîtrise. Il s'agissait alors de déterminer si l'élaboration des MoU pouvait se justifier. Cette problématique avait l'avantage de permettre la tenue d'une analyse sur le phénomène des MoU en regard de faits observables. La normativité des MoU n'y a pas été débattue puisque nous avions lié notre propos à l'existence de mesures prévues par des conventions internationales pour accorder à l'État du port une capacité d'intervention à l'égard du contrôle du respect des normes de sécurité à bord des navires : François LE BORGNE, *La légitimité de l'État du port de contrôler la navigabilité des navires*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 2003, p. 8 et s.

contrôle par l'État du port pourraient-il, grâce à la *soft law* notamment, constituer une nouvelle forme d'usages qui concrétisent rapidement sinon sous forme de règles juridiques, du moins quasi juridiques, en droit international des réponses juridiques aux nouveaux enjeux posés par la globalisation des marchés?

Le cadre opératoire de la thèse — Une feuille de route est indispensable pour satisfaire les objectifs de notre recherche. Or, le cadre opératoire offre les balises nécessaires en imposant un fil conducteur entre les faits observables qui sont susceptibles d'être utiles à notre réflexion. En optant pour une logique d'analyse fondée sur une chronologie de la normativité, nous souhaitons suivre le processus de rationalisation de la production juridique proposée par Jacques Chevalier : « Il s'agira donc de s'assurer, en amont de la pertinence de leur contenu par la rigueur des méthodes d'élaboration, en aval de l'effectivité de leur mis en œuvre, par un accent nouveau mis sur les processus d'application, et du bien-fondé des résultats obtenus par l'introduction de procédures d'évaluation »⁴⁵. Intégrant des éléments supplémentaires à cette réflexion, le schéma n° 1 intitulé *Cadre opératoire chronologique sur la normativité* illustre la structure de notre réflexion sur la normativité des règles d'inspection prévues par les MoU sur le contrôle par l'État du port. L'amalgame de termes latins pour identifier les diverses phases de notre structure d'analyse quant à la normativité d'une règle peut paraître boiteux, mais c'est un moyen qui exprime succinctement et au mieux notre position d'étude lorsqu'on se déplace dans la chronologie de la normativité.



Schéma n° 1 : *Cadre opératoire chronologique sur la normativité*

Au sein de cette structure linéaire, il existe un premier niveau d'analyse de la normativité que nous qualifions d'*a priori*, laquelle est divisée en deux périodes sous-

45. Jacques CHEVALIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 111, 114.

jaçentes. À ce niveau, les circonstances entourant le processus de formation et de mise en œuvre d'une règle sont ici analysées.

La première de ses périodes consiste à apprécier l'existence de règles par leur simple *légalité*. Celle-ci fait référence au stade primitif, à la source de la formation des règles positives. C'est une phase que nous qualifions d'*ante - a priori*. Le préfixe « *ante* » traduit notre vision quant à l'identification du processus de concrétisation de la norme validement mise en vigueur. En droit international, il s'agit de vérifier l'existence de règles établies dans le cadre de conventions internationales signées et ratifiées par un nombre suffisant d'États pour être mises en vigueur comme règles juridiquement contraignables à l'endroit de ceux qui y ont adhéré. Elles doivent aussi faire l'objet de mesures de renforcement par des mécanismes dissuasifs. Dans le domaine maritime, on peut déjà affirmer que des conventions internationales existent et énoncent des règles qui exigent la bonne condition des navires avec des acteurs en autorités pour contrôler.

La seconde période est l'évaluation de la *volonté* des autorités de mener les contrôles nécessaires au renforcement des normes, et ce, conformément aux règles établies. Une telle évaluation sonde l'état d'esprit des autorités, notamment leur conviction ainsi que leur ardeur à contrôler un secteur d'activité, notamment en concrétisant sa réalisation en se dotant des ressources nécessaires au bon fonctionnement des mécanismes de renforcement du droit⁴⁶. L'étude entourant la notion de *volonté* s'apparenterait à celle de la *compliance* fréquemment utilisée en anglais pour exprimer l'acceptation proactive des règles : « It denotes a voluntary acceptance by a state of the provisions of an international instrument and a corresponding reflection of this acceptance in its conduct. »⁴⁷. Si la *volonté* intervient ultérieurement à la légalité de la règle, elle entre en jeu tout juste avant sa mise en œuvre par l'usage de mécanismes de renforcement du droit, avant qu'elle n'acquière une quelconque valeur normative. C'est pourquoi nous qualifions cette phase de *post-a priori*. Nous proposons d'utiliser le préfixe « *post* » pour signifier cette phase couvrant la période

46. Il faut parler de l'acte de *volonté* comme d'une *volition* à savoir l'« [a]ction de réaliser quelque chose, de le faire passer du stade de la conception à celui de la chose existante » : *Larousse*, en ligne <<http://www.larousse.fr>> (consulté le 18 juil. 2008).

47. Emeka DURUIGBO, « Multinational Corporations and Compliance with International Regulations Relating to the Petroleum Industry » (2001) 7 *Annual Survey of Internatioanl & Comparative Law* 101, 103.

qui suit la mise en vigueur de la règle. En l'espèce, les MoU ont justement l'objectif de contrer l'absence de *volonté* des autorités désignées à contrôler le respect des prescriptions sécuritaires parce qu'elles sont soumises à une dynamique de concurrence et de complaisance.

Toujours en restant dans notre cadre opératoire, avec le schéma qui le représente. vient le moment intitulé *La mise en œuvre de mécanismes de renforcement du droit* qui représente, dans l'échelle chronologique de la normativité, la concrétisation de la normativité de la règle. Autrement dit, c'est l'action par laquelle elle acquiert son caractère normatif. Pour nous, c'est le centre de « gravité » du processus de normativité, car un acte d'autorité est concrètement réalisé pour assurer le respect de la règle, et ce, dans le cadre de circonstances factuelles. Cette activité de mise en œuvre de mécanismes de renforcement du droit pourrait fait référence à la notion anglaise d'*enforcement* :

«Enforcement [...] refers to measures jointly or unilaterally adopted by a competent authority to ensure respect for international commitments embodied in agreements if they are not honored voluntarily in practice. The distinction, therefore, is that enforcement has to do with "the act of compelling conformity with a particular norm or regime . . . [and] carries with it the notion of outside intervention of one form or another, while "compliance" implies a decision on the part of an actor to conform to a rule of his or her own accord, according to whatever calculus he or she might employ." »⁴⁸

En l'espèce, les règles sécuritaires maritimes acquièrent leur caractère normatif seulement lorsqu'un contrôle à bord des navires est véritablement réalisé et que celui-ci est assorti d'une capacité à forcer la réalisation des corrections aux défauts constatés.

Le deuxième niveau de notre schéma d'analyse de la normativité correspond à un moment *a posteriori*. En effet, l'évaluation vise les résultats qui découlent de la mise en œuvre des mécanismes de renforcement des règles. Cette partie se diviser en deux phases sous-jacentes qui forment un continuum avec celles précédemment abordées.

Il y a d'abord l'évaluation de l'*effectivité* faisant référence à la normativité selon l'existence même d'une règle appliquée, et ce, même si sa légalité est contestable. Dans la mesure où des entités y sont soumises, n'y a-t-il pas là une situation de normativité *de*

48. *Id.* Voir aussi Ibrahim SHIHATA, « Implementation, Enforcement, and Compliance with International Environmental Agreements. Practical Suggestions in Light of the World Bank's Experience », (1996) 9 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 37.

facto?⁴⁹ En bref, l'effectivité est la constatation immédiate de la mise en œuvre d'une règle normative⁵⁰. C'est là une phase d'analyse que nous qualifions d'*ante-a posteriori* puisqu'il faut savoir si une règle s'impose et si ceux qui sont visés par celle-ci s'y sentent obligés. Nous utilisons le préfixe « *ante* » pour identifier des faits d'ordre normatif qui sont préexistants aux résultats observables.

Enfin, il y a l'évaluation de l'*efficacité* d'une règle qui est réalisable au terme d'une période suivant sa mise en application. C'est la justification factuelle de son existence. En fait, il s'agit d'évaluer sa capacité d'atteindre les objectifs pour lesquels elle a été créée⁵¹. Cette évaluation est menée à la phase que nous désignons de *post-a posteriori*. Nous utilisons le préfixe « *post* » pour exprimer la position d'analyse se situant au moment non seulement ultérieur à la mise en œuvre de la règle mais aussi à l'égard de l'acceptation de celle-ci par ceux qu'elle vise. Ce moment doit être le plus éloigné possible dans le temps afin de permettre la collecte d'un maximum de données et de préciser au mieux les résultats obtenus.

À l'aide de ce cadre opératoire, nous sommes en mesure de déterminer si les règles qui composent les MoU sur le contrôle par l'État portuaire ont acquis, notamment par leur effectivité et leur efficacité, cette « épaisseur normative » nécessaire à un passage en droit international comme outil d'application du droit sécuritaire reconnu⁵².

49. Les courants de pensée liés au pluralisme juridique et à la sociologie du droit s'interrogent sur la normativité des règles qui s'imposent aux individus à des niveaux subjuridiques en occupant l'espace laissé vacant par les théories positivistes : Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique et "inférentielle" » (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47 ; Michel COUTU, « Juridicité et normativité dans la théorie sociojuridique de R.A. Macdonald » (1997) 28 *Revue générale de droit* 337.

50. Pierre LASCUMES et Evelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et société* 102, 114.

51. *Id.*, 118 ; Erhard BLANKENBURG, « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexion sur la mise en oeuvre (le concept "d'implémentation") » 1986 2 *Droit et société* 59, 63.

52. Des similitudes existent entre le cadre opératoire proposé aux fins de la présente thèse et celui que nous avons utilisé dans notre mémoire de maîtrise en 2003. Laquelle était fondée sur une structure linéaire *a priori*/*a posteriori* au centre de laquelle se trouvait la légitimité du contrôle par l'État portuaire. Si le cadre opératoire de notre mémoire visait la vérification de la légitimité des opérations de contrôle et de détention des navires par l'État portuaire notamment celles menées dans le cadre des MoU, notre thèse souhaite plutôt vérifier le caractère normatif des MoU. Voir F. LE BORGNE, préc., note 44, p. 9-11.

Le plan de la thèse

Pour répondre à notre problématique et vérifier notre hypothèse de recherche, il faut définir, à l'aide d'un plan, nos angles d'attaque et nos modes de démonstration, le tout selon le cadre opératoire précédemment exposé. Or, ce dernier offre des axes de réflexion stimulants ainsi qu'une ouverture nécessaire pour le traitement de données factuelles qui devra être réalisé. Il préconise l'analyse selon une approche globale de la sécurité maritime⁵³. Par ailleurs, il propose une structure logique qui présente les dimensions d'analyse telles qu'elles se présentent aux décideurs étatiques.

La première partie de notre thèse aborde la dimension *a priori* des prescriptions sécuritaires. On y dresse l'inventaire des conventions internationales qui d'une part fondent juridiquement les normes minimales sécuritaires s'imposant aux autorités publiques, et d'autre part régissent les contrats de transport et d'affrètement. Du même souffle, nous identifierons les autorités reconnues en droit international qui sont responsables du contrôle sécuritaire des navires. D'autre part, les processus de globalisation des activités maritimes ainsi de complaisance sont aussi traités pour expliquer le manque de volonté d'exercer des prérogatives traditionnelles de contrôle sécuritaire.

La seconde partie de notre thèse analyse l'élaboration des MoU comme instruments de renforcement du droit sécuritaire en droit de la mer, et ce, selon un processus de réflexions lié au transgouvernementalisme. Dans un chapitre préliminaire, ce courant de pensée est expliqué en fonction de propositions théoriques générales liées à l'intervention d'autorités publiques, plus particulièrement en regard de la régulation et de la gouvernance. Les conditions préalables à la formation de réseaux transgouvernementaux sont abordées.

53. Selon Philippe Boisson, la sécurité maritime s'analyse selon diverses approches : (1) l'approche fataliste où la mer reste un milieu dangereux soumis à des aléas incontrôlables fondant un contexte libéral où la limitation de responsabilité est une institution originale et incontournable; (2) l'approche déterministe qui refuse le hasard de la mer favorisant la technique; (3) l'approche systémique où l'accident n'est plus un cas fortuit, mais plutôt la défaillance d'un système complexe au sens d'une culture de la société; (4) l'approche globale la sécurité composée selon divers facteurs que ce soit les personnes, les navires, les cargaisons, les effets sur l'environnement, la recherche et le sauvetage, les intérêts financiers, les éléments opérationnels et les autres effets. Boisson souligne que l'approche globale est à privilégier puisque la sécurité maritime est une composante d'un système complexe aux composantes multiples (techniques, économiques juridiques, sociologiques, médiatiques et politiques) : P. BOISSON, préc., note 3, n° 15-18, p. 18-19 et n° 25, p. 21.

Après quoi, les processus de mise en œuvre de ces réseaux de coopération sont exposés. Enfin, les mécanismes de cohésion et l'impact du transgouvernementalisme en droit sont traités pour expliquer comment des ententes comme les MoU s'intègrent en droit international comme des outils juridiques dotés des qualités et des défauts propres.

La troisième et dernière partie est axée sur l'évaluation *a posteriori* du système de renforcement de contrôle des normes de sécurité à bord des navires mis en œuvre par les MoU. C'est essentiellement le volet empirique de notre thèse. Il s'agit d'aborder leur normativité selon leur effectivité ainsi que leur efficacité. L'effectivité peut être évaluée par l'utilisation d'enquêtes empiriques et documentaires afin de démontrer que les mesures d'inspection et de détention stipulées sont effectivement mises en œuvre par les autorités maritimes de chacun de leurs membres. De plus, il doit y avoir une véritable reconnaissance de ce travail par quelque forme d'autorité que ce soit. Enfin, dans la seconde moitié de cette partie, nous mènerons une vaste enquête empirique comparative et diachronique entre des régions visées par différents MoU afin de vérifier leur efficacité en atteignant les objectifs pour lesquels ces réseaux ont été créés.

Ainsi au terme de ce processus de réflexion, nous espérons pouvoir juger suffisamment la normativité des MoU pour déterminer si un passage en droit de ces règles de coordination est soutenable, et ce, tant en droit de la mer et qu'en droit maritime.

Partie I

Le droit positif en matière de sécurité maritime et sa mise en œuvre

Les navires de commerce qui évoluent dans les eaux internationales, en haute mer, se trouvent dans un environnement libre de souveraineté conformément au concept de mer libre, *mare liberum*, tel que décrit par Hugo Grotius. Cela renvoie aux principes de *res nullius* ou de *res communis*, selon lesquels, respectivement, la mer n'appartient à personne ou appartient à tout le monde⁵⁴. Toutefois, le régime juridique des océans ne fait pas pour autant en sorte que les navires constituent des « îlots » libres de droits et de contraintes. En effet, afin d'éviter le chaos sur les mers, les navires sont soumis au régime réglementaire de l'État dans lequel ils sont inscrits au registre maritime et duquel ils détiennent la nationalité et l'autorisation de faire battre le pavillon au mât de poupe. La contrepartie de ces privilèges réside en l'obligation de se conformer aux normes sécuritaires prescrites par le droit national lequel intègre les conventions internationales qui ont été ratifiées par cet État. Au-delà de ces normes publiques, les navires doivent aussi respecter une obligation de navigabilité exigée dans le cadre de relations contractuelles liées au transport, à l'affrètement et à l'assurance.

Pour que ces normes de sécurité puissent s'imposer, encore faut-il que leur mise en œuvre soit assurée par des mécanismes de renforcement juridique souvent liés à l'exercice

54. Patrick Chaumette souligne qu'il existe encore des incertitudes pour savoir si «les États disposent d'une liberté d'action totale en mer; leur souveraineté pouvant s'affirmer sans limite» (*res nullius*) ou s'il s'agit plutôt d'une situation d'«égal usage sans approbation, sauf par la communauté humaine» (*res communis*) : P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 265. Sur le statut des mers et de la liberté de navigation, voir Hugo GROTIUS, *Mare liberum – De la liberté des mers*, Caen, Presse Universitaire de Caen, 1990. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 40 ; Eyal BENVENISTI, « Exit and Voice in the Age of Globalization », (1999-2000) 98 *Mich. L. Rev.* 167, 175 ; C. SCAPEL, préc., note 11, à la page 131.

de leur contrôle par diverses autorités. Toutefois, avec la dégradation de la sécurité des navires qui s'est accélérée depuis la seconde moitié des années 1970, les mécanismes traditionnels de renforcement présentent des signes de désuétude, surtout lorsqu'ils sont confrontés au processus de globalisation.

Ce dysfonctionnement des mécanismes juridiques traditionnels nous pousse à analyser les dimensions liées à l'élément *a priori* du schéma n° 1 intitulé *Cadre opératoire chronologique sur la normativité*⁵⁵. Dans un premier temps, il s'agit d'exposer le cadre juridique qui relève du droit positif reconnu à l'échelle internationale. Ce sont les prescriptions sécuritaires dans le domaine maritime qui ont été élaborées dans le cadre d'instruments internationaux et qui forment les éléments *ante-a priori* de la normativité. Dans un second temps, il faut analyser la composante *post-a priori* qui se révèle être le cadre contextuel propre à la volonté des autorités d'exiger le respect des prescriptions sécuritaires. En l'espèce, les opérations de gestion des navires sont actuellement soumises au libre marché qui induit une dynamique concurrentielle toute particulière qui interpelle non seulement les acteurs privés, mais aussi les gouvernements nationaux.

55. *Supra*, p. 17.

Titre I

Le droit positif relatif aux normes sécuritaires exigées à bord des navires et aux autorités habilitées à en faire le contrôle

La sécurité à bord des navires implique l'existence de prescriptions sécuritaires minimales reconnues en droit national et international ainsi que les diverses autorités chargées de les faire respecter. En fait, depuis la fin du 19^e siècle, les pays membres de la communauté internationale ont mis en vigueur des conventions internationales sécuritaires énonçant des normes que les armateurs ont l'obligation de faire respecter à bord de leur navire. Ces instruments habilitent des intervenants qui contrôlent l'application de ces normes, à savoir les États du pavillon, côtiers, portuaires et les sociétés de classification.

De cette manière, les navires sont soumis à des prescriptions sécuritaires minimales :

« [...] deux grands types d'acteurs motivés par des principes et philosophies différents se côtoient et oeuvrent pour la sécurité en mer. Les acteurs publics (OMI, États, régions...) et privés (sociétés de classification, affréteurs, assureurs) ont chacun développé une grande variété de normes et/ou de contrôles. Aujourd'hui, un «package» normatif minimum adopté sous l'égide de l'OMI sert de base aux réglementations nationales et à celles des sociétés de classification. »⁵⁶

Devant la multitude de prescriptions sécuritaires auxquelles peut être soumis un navire, il faut structurer en catégories l'analyse du droit positif international sur lequel se fondent les prescriptions sécuritaires ainsi que les autorités chargées de les appliquer.

56. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 119.

Chapitre 1

Les conventions internationales énonçant les normes positives concernant la qualité nautique des navires de commerce

L'existence de normes sécuritaires minimales reconnues en droit international doit être établie, sans pour autant en révéler nécessairement tous les détails techniques. Dans ce dessein, il s'agit de repérer les conventions internationales qui traitent des règles de sécurité en vigueur à l'égard de l'exploitation des navires de commerce. Ces conventions ont l'avantage d'établir des prescriptions relevant du droit positif, lesquels s'imposent généralement à l'ensemble de la communauté internationale. En effet, elles ont été signées et ratifiées par un nombre suffisant pays pour être mises en vigueur à titre d'instrument juridique international. La structure de notre analyse s'établit selon la dichotomie des dimensions publique et privée du droit faisant ainsi référence aux notions respectives de sécurité maritime et de navigabilité.

Section 1 Les prescriptions sécuritaires en droit de la mer

Les navires de commerce incarnent une entreprise de transport et les questions qui entourent la sécurité de leurs opérations peuvent préoccuper les pays à plus d'un titre. En effet, les États du pavillon souhaitent protéger les navires inscrits à leur registre, les états côtiers veulent assurer la protection de l'environnement de leur littoral et plusieurs territoire veulent protéger leurs ressortissants travaillant comme hommes d'équipage. Ce sont des motifs qui expliquent pourquoi les membres de la communauté internationale cherchent, par la voie du multilatéralisme à adopter et mettre en œuvre des prescriptions sécuritaires.

Les origines de la sécurité maritime — Au cours du 19^e siècle, les navires ont considérablement gagné en importance, en capacité de transport et en puissance.

Dorénavant, le préjudice lié à un accident maritime est devenu considérable⁵⁷. À la fin du 19^e siècle, les premiers instruments juridiques internationaux établissant des règles communes de navigation sont adoptés et forment les fondations d'un droit international public sur la sécurité maritime⁵⁸. En 1912, dans le sillage du naufrage de l'« insubmersible » *Titanic* avec ses 1490 victimes, la sécurité maritime a bénéficié d'un premier élan favorable. L'indignation populaire que cet accident a suscitée a contraint les États maritimes à se réunir pour rédiger la première véritable convention sécuritaire, au sens moderne du terme, afin d'harmoniser les normes minimales de sécurité à bord des navires. Ainsi, le 20 janvier 1914, la première *Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer*, couramment appelée SOLAS, a été signée par 13 pays. Cette convention a montré la possibilité d'atteindre un consensus relatif à la sécurité maritime. Malheureusement, les hostilités de la Grande Guerre ont entravé l'entrée en vigueur de cette convention. La quatrième version de la convention SOLAS, signée à Londres le 1^{er} novembre 1974, est aujourd'hui en vigueur⁵⁹. Depuis le début du 20^e siècle, un grand nombre de conventions multilatérales ont été signées, ratifiées et mises en œuvre par les États. Ainsi, ces conventions ont été intégrées au sein du droit positif international. Généralement, à l'instar des événements suivant la disparition du *Titanic*, l'élaboration des normes sécuritaires nationales et internationales s'est accélérée à la suite des naufrages qui ont pu bénéficier d'une couverture médiatique qui n'a cessé de s'intensifier depuis les

57. P. BOISSON, préc., note 3, n° 42, p. 28.

58. Déjà, le 28 juillet 1879, 19 États ont adopté à Londres un Code international des signaux. Le 1^{er} septembre 1880, une convention internationale pour prévenir les abordages a été adoptée. Le 28 juillet 1881 une convention sur les mesures d'hygiène et de sécurité de la navigation pour les paquebots a été adoptée. Du 16 au 30 novembre 1889, un congrès s'est tenu à Washington afin d'élaborer un code de la mer incluant les règles de barre et de route, les feux et les signaux ainsi que les procédures de détresse : *Id.*, n° 58, p. 34.

59. *Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer*, 1^{er} nov. 1974, (1980) 1184 R.T.N.U. 2 (n° 18961). Sur l'historique des conventions SOLAS : R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 106-107; P. BOISSON, préc., note 3, n° 59-61, p. 34 ; K.X. LI et J. WONHAM, «Maritime legislation : New areas for safety of life at sea», in Heather LEGGATE, James MCCONVILLE & Alfonso MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 277, à la page 277 ; P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 119 ; OMI, «La convention SOLAS : Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer», (oct. 1998) *Reflète de l'OMI*, p. 1, en ligne : <http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D2308/SOLASOCT1998FRENCHFOCUS.pdf> (consulté le 16 avril 2009); OMI, «Surviving disaster – life-saving at sea», (jan. 2000) *Focus on IMO*, en ligne : <<http://www.hopfner.de/sailing/lc/surviv.pdf>> (consulté le 16 avril 2009).

années 1980⁶⁰. De cette manière, la sécurité maritime suit « une désastreuse logique de la catastrophe »⁶¹. Or, ces conventions sécuritaires internationales expriment des normes complexes et techniques propres à chacun des aspects du transport maritime. Cela serait une entreprise laborieuse que d'en faire l'analyse détaillée et cette opération serait, somme toute, peu utile aux fins de notre étude. Toutefois, la présentation de ces conventions selon leurs dimensions sécuritaires générales s'avère salutaire pour comprendre l'étendue du régime du droit positif international.

Normes internationales relatives aux conditions de travail et à la compétence des gens de mer — Les membres d'équipage des navires commerciaux sont une catégorie de travailleurs vulnérables non seulement en raison des dangers qui règnent à tout instant sur les navires, mais aussi à cause des disparités relatives aux conditions minimales de travail qui existent entre les différents États du pavillon. D'ailleurs, les États membres de l'Organisation internationale du travail (OIT) ont, depuis la fin de la Première Guerre mondiale, adopté une trentaine de conventions liées aux conditions de travail des gens de mer ainsi qu'autant de recommandations⁶². En matière de travail maritime, trois conventions internationales dominent la scène juridique internationale : la *Convention (No 147) concernant les normes minima à observer sur les navires marchands* (ILO 147)⁶³; la *Convention (No 180) concernant la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires*⁶⁴ ainsi que la toute nouvelle *Convention du travail maritime* (MLC) signée le 7 février 2006⁶⁵ qui unifie plusieurs conventions de l'OIT, mais pour laquelle le processus de

-
60. Patrick ALDERTON et Heather LEGGATE, « The Surge of Regulation », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 249, à la page 250. Non seulement les médias couvrent-ils largement les naufrages, mais les armateurs y sont montrés comme de riches exploiters, recevant de larges revenus sans avoir à payer d'impôt et exploitant des équipages misérables et des navires sous-normes. Toutefois, le commerce maritime est une entreprise plus sécuritaire et d'avantage légitime au plan environnemental que ce que les médias laissent croire : Edgar GOLD, « Bloodhounds, Scapegoats and Fatcats : Criminal Action, Professional Duty, and Corporate Responsibility in the Maritime Menagerie », (2005) *The University of Queensland Law Journal* 251, 251-252.
61. B. LATRECH, préc., note 18, n° 124, p. 60, reprenant les propos du professeur Christian Scapel : C. SCAPEL, préc., note 11, p. 130.
62. Pour la liste de ces conventions, voir Patrick CHAUMETTE, « Les transformations au sein de la marine marchande : une relation de travail sans attaches? », *ADMO* 2001.53.71.
63. ILO n° 147, préc., note 10.
64. *Convention (No 180) concernant la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires*, 22 oct. 1996, (2002) 2195 R.T.N.U. 315 (n° 38868) [ILO n° 180].
65. *Convention du travail maritime*, 7 fév. 2006, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_090215.pdf> (consulté le 23 oct. 2009) [MLC 2006].

signature et de ratification n'a débuté que très récemment. Elle n'est donc pas encore en vigueur. Par ailleurs, les gens de mers sont aussi soumis à des normes relatives à la reconnaissance de leur compétence.

À cet égard, dans un contexte où les techniques de navigation se complexifient, le régime sécuritaire des navires s'appuie toujours davantage sur la compétence des membres d'équipage. La *Convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille*⁶⁶ établit les normes sur la formation technique minimale que doivent recevoir les travailleurs des différents corps professionnels maritimes. Elle vise tant le personnel et les officiers de pont que les mécaniciens et les ingénieurs s'occupant de la salle des machines, sans oublier les opérateurs-radio. Elle contient aussi des directives sur le nombre maximum d'heures de travail effectif, notamment en limitant la durée des veilles que doivent réaliser les membres d'équipage. Enfin, les équipages de pétrolier ou de chimiquier sont visés par des mesures particulières en raison du caractère dangereux de ces navires. Le 7 juillet 1995, la convention a été amendée afin d'intégrer des moyens de contrôle pour uniformiser sa mise en oeuvre par tous les États, notamment par en reconnaissant son contrôle par l'État portuaire.

Normes internationales relatives à la prévention d'émission de substances toxiques — Des instruments comme la *Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires* signée le 2 novembre 1973 à Londres, ainsi que ses protocoles du 17 février 1978 et du 26 septembre 1997⁶⁷, visent à prévenir toute forme de rejet de substances toxiques par des navires. Cette convention exige des signataires qu'ils renforcent la sécurité à bord des navires qui battent leur pavillon afin d'éviter que ceux-ci ne soient à l'origine d'un déversement de produit ou d'une pollution atmosphérique par la combustion de carburant ou l'utilisation de produits servant à la réfrigération. Par ailleurs,

66. *Convention internationale de 1978 sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille*, 7 juil. 1978, (1984) 1361 R.T.N.U. 1 (n° 23001) [STCW 1978].

67. *Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires*, 2 nov. 1973 : en ligne : <<http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/multilateral/fr/TRE000113.pdf>> (consulté le 10 avril 2010) ; *Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires*, 17 fév. 1978, (1983) 1340 R.T.N.U. 61 (n° 22484) ; *Protocole de 1997 modifiant la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole y relatif de 1978*, 26 sept. 1997, en ligne : <<http://environnement.wallonie.be/legis/international/protocole029.htm>> (consulté le 10 avril 2010) [MARPOL 1973/78].

la *Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures*⁶⁸ oblige les navires ainsi que les installations côtières à se doter d'un plan d'urgence en matière de pollution par les hydrocarbures.

Normes internationales relatives à la gestion des navires et de la navigation en mer — La gestion d'un navire, notamment sa navigation en mer, est un domaine qui fait l'objet d'un corpus normatif et technique important. Nous l'avons déjà mentionné, les questions entourant la sauvegarde de la vie en mer ont été, depuis le début du 20^e siècle, au centre des préoccupations partagées entre des pays. Ainsi, la *Convention internationale pour la sauvegarde de la vie en mer* a été adoptée à Londres le 1^{er} novembre 1974 dans sa quatrième version. Cette convention impose un grand nombre de prescriptions techniques visant les normes de construction, la prévention des incendies, le matériel de secours, les règles de radiodiffusion, la sécurité en navigation, les règles de transport de marchandises dangereuses ainsi que les règles de gestion des navires. En 1978, un *Protocole portant modification de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie en mer* a été conclu afin de compléter les règles déjà mises en vigueur⁶⁹. D'autres conventions sont venues se greffer à SOLAS alimentant ainsi l'importance de son statut de « convention phare ». Ainsi, la *Convention sur le règlement international pour prévenir les abordages en mer*⁷⁰ y a été annexée. Ce texte impose des règles de circulation telles que celles qui concernent la visibilité, la signalisation, les veilles, la présence à la barre, les priorités et les manœuvres d'évitement. En novembre 1993, le *Code international de la gestion, de la sécurité des navires et de la prévention de la pollution* a été adopté par résolution par les membres de l'OMI et annexé à la convention SOLAS en 1994⁷¹. Dans le cadre de l'intensification de la lutte contre le terrorisme à la suite des attentats du 11 septembre

68. *Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures*, 30 nov. 1990, (1995) 1891 R.T.N.U. 51 (n° 32194) [OPRC 1990].

69. *Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer*, 1^{er} nov. 1974, préc. note 59 ; *Protocole relatif à la Convention internationale du 1^{er} novembre 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer*, 17 fév. 1978, (1981) 1226 R.T.N.U. 255 (n° 18961) [SOLAS 74/78].

70. *Convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer*, 20 oct. 1972, (1977) 1050 R.T.N.U. 17 (n° 15824) [COLREG 1972].

71. *International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention (International Safety Management (ISM) Code)*, OMI Rs. A.741(18), 18^e sess., 1993 (4 nov. 1993) [Code ISM].

2001, le *Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires* a été adopté et intégré en 2002 à la convention SOLAS au chapitre XI-2 de celle-ci⁷².

D'autres conventions internationales relatives à la gestion des navires sont aussi en vigueur et imposent elles aussi des normes sécuritaires. Ainsi, la *Convention internationale sur les lignes de charge* de 1966 a remplacé sa première version adoptée en 1930⁷³. Son protocole de 1988⁷⁴ impose une uniformisation internationale des règles relatives aux lignes de niveau de charge marquées sur la coque des navires, lesquelles indiquent les limites de charge que ceux-ci peuvent transporter sans risque d'échouement ou d'instabilité du bâtiment. Dans le même esprit, la *Convention internationale sur le jaugeage des navires*⁷⁵ permet, là aussi, d'uniformiser des méthodes d'évaluation de la masse des navires. Enfin, la *Convention internationale sur la sécurité des conteneurs*, signée le 2 décembre 1972 à Genève⁷⁶ et qui est entrée en vigueur le 6 septembre 1977, a pour objectif de maintenir un niveau élevé de sécurité en regard de la protection de la vie humaine lors des opérations de transport et de manutention des conteneurs, et ce, à travers les divers modes de transport maritime et terrestre.

Par ailleurs, mentionnons l'existence de la *Convention visant à faciliter le trafic maritime international*⁷⁷ qui vise principalement à éviter des délais inutiles dans le domaine du trafic maritime en prévoyant notamment une coopération entre les gouvernements grâce à l'uniformité des procédures administratives. Plus particulièrement, cette convention

72. *Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires*, 12 déc. 2002, résolution 2 de la Conférence des gouvernements contractants à la convention SOLAS de 1974, dans Décret n° 2004-290, J.O. n° 75 du 28 mars 2004, p. 5955, texte n° 5, du 26 mars 2004, en ligne : <http://www.arbitrage-maritime.org/fr/PDF/Code_ISPS.pdf> (consulté le 23 oct. 2009) [Code ISPS].

73. *Convention internationale sur les lignes de charge*, 5 avril 1966, (1968) 640 R.T.N.U. 133 (n° 9159) [LL 1966] et *Convention internationale sur les lignes de charge*, 5 juil. 1930, CXXXV R.T.S.N. 301 (n° 3119).

74. *Protocole de 1988 relatif à la Convention de 1966 sur les lignes de charge*, 11 nov. 1988, en ligne : <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?page=traiverd&c=detail_get&d=detail&docid=8133> (consulté le 23 oct 2009) [Prot.L.L. 1988].

75. *Convention internationale de 1969 sur le jaugeage des navires*, 23 juin 1969, (1982) 1291 R.T.N.U. 3 (n° 21264) [TONNAGE 1969].

76. *Convention internationale sur la sécurité des conteneurs*, 2 déc. 1972, (1978) 1064 R.T.N.U. 3 (n° 16198) [CSC].

77. *Convention visant à faciliter le trafic maritime international*, 9 avril 1965, (1967) 591 R.T.N.U. 265 (n° 8564) [FACILITATION].

réduit à huit le nombre de déclarations exigées par les autorités publiques. Elle met en œuvre des normes et des pratiques recommandées qui s'appliquent aux opérations d'arrivée, de stationnement et de départ du navire, de son équipage, de ses marchandises ou encore de ses passagers et de leurs bagages.

De plus, la *Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites*⁷⁸ crée une institution de gestion d'un réseau de télécommunication par satellite visant à fournir un service de sécurité et une procédure de détresse pour l'ensemble des navires en service dans le monde. Ainsi, les navires qui circulent dans certains secteurs dangereux doivent être munis des équipements de communication pour recevoir et émettre des appels de détresse ou de sécurité et recevoir les avertissements relatifs à la navigation. En 1988, le *Système mondial de détresse et de sécurité en mer*⁷⁹ a été intégré par amendement à la convention SOLAS. Il est le seul système de communication par satellite qui est en ce moment offert.

Les conventions internationales que nous venons tout juste de décrire forment ensemble un corpus juridique qui permet d'affirmer l'existence véritable de normes sécuritaires relevant du droit positif international. Leur légitimité tient principalement du fait qu'elles ont été adoptées et ratifiées par un nombre suffisant d'États pour être reconnues comme étant valides en droit international et s'imposer comme les normes minimales applicables aux navires commerciaux. À cet égard, la résolution A. 466 (XIII) du 19 novembre 1981 adoptée par l'O.M.I. définit le navire sous normes comme celui dont la coque, les machines ou l'armement ne répondent pas aux normes requises par ces conventions⁸⁰. Par ailleurs, des normes de navigabilité au sens des contrats de transport et d'affrètement sont aussi déterminées par des instruments juridiques internationaux.

78. *Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites (INMARSAT)*, 3 sept. 1976, (1979) 1143 R.T.N.U. 105 (n° 17948) [INMARSAT].

79. La Garde côtière canadienne précise le rôle *Système mondial de détresse et de sécurité en mer (SMDSM)* mieux connu sous le nom de *Global Maritime Distress and Safety System (GMDSS)*, en ligne : <http://www.ccg-gcc.gc.ca/fra/GCC/RES_Smdsm> (consulté le 23 oct. 2009).

80. OMI, *Resolution A. 466 (XII). Procedures for the Control of Ships*, 19 nov. 1981, en ligne : <[http://www.directemar.cl/dai/dai-esp/r-omi/asamblea/402%20a%20483/A.466%20\(12\).pdf](http://www.directemar.cl/dai/dai-esp/r-omi/asamblea/402%20a%20483/A.466%20(12).pdf)> (consulté le 10 avril 2010). Voir aussi P. BOISSON, préc., note 3, n° 775, p. 504.

Section 2 Les règles positives liées à l'obligation de navigabilité en droit maritime

Les armateurs doivent s'assurer que les normes sécuritaires internationales contenues dans les conventions internationales de nature sécuritaire sont respectées à bord de leur navire; c'est en soi la contrepartie de la liberté de circulation dont bénéficie leur navire. Par ailleurs, ces mêmes armateurs sont aussi soumis, à titre de transporteurs, d'affréteurs ou d'assurés, à des règles privées. Ces dernières régissent leur responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Elles sont susceptibles d'être engagées lorsqu'un accident maritime implique leur navire et engendre des pertes. Ces dernières peuvent viser le bien transportés, le biens des tiers, le préjudice corporel et moral ainsi que les dommages environnementaux. Évidemment, ce régime de responsabilité relève d'un cadre privé plutôt que public et les coûts liés aux risques d'être reconnu responsable au plan contractuel et/ou extracontractuel ne peuvent être négligés par l'armateur. En effet, ces coûts doivent être intégrés au cadre financier plus général de la gestion de l'exploitation du navire. Indirectement, ils exercent une force dissuasive à l'endroit des comportements négligents entourant le maintien d'une qualité nautique satisfaisante du bâtiment. Au regard de la sécurité maritime, ces règles d'ordre privé sont incontournables. Or, les règles de droit maritime d'aujourd'hui sont issues d'une longue tradition liée à la pratique du transport et qui remontent parfois à l'ère romaine⁸¹. Toutefois, des règles issues de conventions internationales sont apparues dès le début du 20^e siècle, d'abord pour résoudre les conflits de lois qui survenaient à la suite d'abordages⁸², puis pour uniformiser les relations

81. Dominique GAURIER, *Le droit maritime Romain*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004.

82. Pendant longtemps, l'abordage accidentel entre des navires battant des pavillons différents a engendré des conflits de lois concernant le régime de responsabilité applicable. Or, ce type d'accidents entraîne généralement un préjudice considérable en raison des avaries sérieuses aux navires, des pertes de marchandises ainsi que des retards dans l'horaire de leurs opérations de transport. Ces pertes sont d'autant plus grandes qu'à la fin du 19^e siècle, l'autopropulsion à bord et l'accroissement de la puissance des moteurs, le tout conjugué à l'utilisation de l'acier dans la construction des coques a rendu plus effroyable la force des impacts lors des abordages. Afin de clarifier les règles d'indemnisation associées à ce type d'évènement, les États ont signé en 1910 la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage*, 23 sept. 1910, CCV R.T.S.N. 220. Cet instrument est la première convention internationale maritime moderne et elle reste encore aujourd'hui en vigueur: Martin NDENDE, « Les événements de mer – La limitation de responsabilité », dans J.-P. BEURIER (dir.), préc., note 32, p. 374, au n° 361.13, à la page 379; *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage*, Bruxelles,

juridiques entre les cocontractant. Ainsi, tout au long du siècle dernier, d'autres règles positives ont été mises de l'avant par des instruments internationaux, des contrats-type et de la jurisprudence. Celles-ci précisent le régime juridique de la responsabilité contractuelle en matière maritime, précisément à l'égard du transport des marchandises et des passagers par eau, de l'affrètement maritime, de la classification ou encore de l'assurance. Néanmoins, au-delà de ces relations contractuelles, encore faut-il définir le concept de navigabilité pour en apprécier la portée.

Sous-section 1 La notion de navigabilité en droit maritime

La navigabilité, ou la *seaworthiness* en anglais, est un concept complexe qui doit être défini selon ses multiples dimensions⁸³. Dans un arrêt du 22 avril 1926, le juge Scrutton reprenait un passage de Carver et utilisé par le juge Channell en 1905 pour établir le sens moderne de cette notion commerciale :

« The ship must have that degree of fitness which an ordinary careful owner would require his vessel to have at the commencement of her voyage having regard to all the probable circumstances of it. Would a prudent owner have required that it be made good before sending the ship at sea, had he know of it ? »⁸⁴

Autrement dit, la notion de navigabilité renvoie à « l'aptitude d'un navire à affronter les périls de la mer (navigabilité nautique) et à servir à une exploitation donnée (navigabilité commerciale) »⁸⁵. Cette navigabilité s'étend même au caractère administratif

23 sept. 1910, en ligne : <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/i7/0.747.363.1.fr.pdf>> (consulté le 10 avril 2010).

83. *Supra*, p. 11.

84. *F.C. Bradely & Sons. & Federal Steam Navigation Co.*, [1926] 24 Ll. L. Rep. 446, 454 (C.A.) ; *Macfadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697, 706.

85. Alain LE BAYON, *Dictionnaire de droit maritime*, Rennes, PUR, coll. « Didact droit », 2004, p. 176 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 877. Lord Scrutton explique les deux composantes de la navigabilité : « word “seaworthiness” is used in two senses : (1) the fitness of a ship to enter on the contemplated adventure of navigation, and (2) the fitness of the ship to receive the contemplated cargo » : *A. E. Reed Co. Ltd. v. Page, son and East* , [1927] 1 K.B. 743, 754. De plus, l'*Australian High Court* qui soulignait à propos de la notion de navigabilité prévue à III (1) des règles de La Haye- Visby : « Article III, r. 1 therefore effectively imposes an obligation on the carrier to carry the goods in a ship which is adequate in terms of her structure, manning, equipment and facilities having regard to the voyage and the nature of the cargo » : *Great China Metal Industries Co. Ltd. v. Malaysian International Shipping Corporation Berhad (The “Bunga Seroja”)*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 512, n° 88 p. 527 (Hight C. of Aust.) ; Martine REMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, 2^e éd., Paris, Pedone, 1993, n° 581, p. 46 ; Emmanuel DU PONTAVICE et René RODIÈRE, *Droit maritime*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1997, n° 365, p. 344 ; René RODIÈRE, « Le bon état de navigabilité du navire affrété », *DMF*1965.387 ; Michel

de la gestion du navire. Ainsi, elle ne se résume pas simplement à « l'aptitude du navire à tenir la mer, elle doit être appréciée de manière relative en prenant en considération le voyage convenu ainsi que la cargaison »⁸⁶. Ce concept implique une dimension relative puisqu'il doit être associé aux conditions dans lesquelles le navire doit circuler : « That the ship should be in a condition to encounter whatever perils of the sea a ship of that kind, and laden in that way, may be fairly expected to encounter in crossing the Atlantic, or in performing whatever is the voyage to be performed. »⁸⁷ Bref, la navigabilité n'est pas un concept qui se limite à la simple flottabilité du navire; celui-ci doit aussi pouvoir affronter les aléas normaux pouvant survenir lors de son déplacement⁸⁸. Reste à savoir comment s'exerce concrètement cette obligation en regard de ses dimensions nautiques, commerciales et administratives.

La navigabilité nautique — La définition de navigabilité nautique avancée par Michel Ferrer comporte deux dimensions :

« La navigabilité nautique touche toutes les composantes du navire indispensables à la navigation. Ces composantes peuvent être matérielles, comme la coque, les machines, les appareils de navigation. Elles peuvent être aussi humaines, comme la qualité de l'équipage. »⁸⁹

Concernant les composantes matérielles de la navigabilité nautique, le transporteur doit s'assurer de la structure adéquate de son bâtiment tant à l'égard de la solidité de la coque que du pont avec ses panneaux, afin d'éviter que l'eau puisse entrer dans ses cales et menacer la marchandise ou le navire lui-même⁹⁰. Il est responsable du bon

POURCELET, *Le transport maritime sous connaissance. Droit canadien, américain et anglais*, Montréal, P.U.M. 1972, p. 61.

86. M. FERRER, préc., note 34, n° 231, p. 119.

87. *Gilroy Sons & Co. v. Price & Co.*, [1893] A.C. 56 (Lord Hershell) ; voir aussi *Charles Goodfellow Lumber Sales Ltd. c. Verreault et al.* [1971] R.C.S. 522, 536 ; G. LEFEBVRE, préc., note 33, 86 ; C.A. Aix-en-Provence, 27 oct. 1987, navire *Kmid-Sif*, DMF 1989.126. L'appréciation de la navigabilité se fait *in concreto* : R. RODIÈRE, préc., note 85, 390.

88. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 26.

89. M. FERRER, préc., note 34, n° 232, p. 120. Voir aussi W. TETLEY, préc., note 30, p. 877 ; *Eridianna v. Rudolph Oetker (The "Fjord Wind")*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 191, 197 (C.A.), DMF 2001.142, obs. TASSEL ; *Demand Shipping CO. Ltd. v. Ministry of food Government of the People's Republic of Bangladesh (The "Lendoudis Evangelos II")*, [2001] 2 Lloyd's Rep. 304, 306 (Q.B.) ; *Papera Traders Co. Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd. (The "Eurasian Dream")*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 719, 736 (Q.B.).

90. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 87 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 67-72 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 907 ; C.A. Aix-en-Provence, navire *Knud-Sif*, préc. note 87. Plus précisément, concernant l'usure ou la corrosion de la tôle de la coque : C.A. Paris, 24 oct. 1955, navire *Compiègne*, DMF 1956.153, n. SAUVAGE (F.) ; Cass., 10 nov. 1959, navire *Compiègne*, DMF 1960.141 ; C.A. Douai, 31 jan. 2002,

compartimentage et arrimage de la marchandise, des fuites possibles ainsi que de la stabilité du bâtiment⁹¹. La navigabilité nautique exige aussi de l'armateur qu'il veille à ce que les moyens de propulsion et de direction soient en bon ordre, qu'il y ait du combustible en quantité et en qualité suffisante et que ses outils d'aide à la navigation soient pleinement fonctionnels et adaptés à la nature du voyage à réaliser⁹². Par ailleurs, les ressources

navire *Delta Joy*, DMF 2002.586, obs. TASSEL ; *Federazione Italiana dei Corsorzi Agrari v. Mandask Compania de Vapores*, 1968 AMC 315 (2d Circ., 1968) ; *Aktieslskabet de Danske Sukkerfabrikker v. Bajamar Compania Naviera S.A. (The "Torenia")*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 210 (Q.B.). Nécessité d'une coque suffisamment étanche et solide en regard des mers dans lesquelles il circule : Cass., 20 fév. 1962, navire *Calédonien*, DMF 1962.335, n. RODIÈRE ; T. com., Paris, 31 jan. 1973, navire *Nymphe*, DMF 1973.689 ; *Gilroy Sons, and Co. v. W. R. Price and Co.*, préc., note 87 ; *Peter Paul Inc. v. The M/S Christer Salen* 1957 AMC 2141 (S.D.N.Y., 1957). Les rivets d'assemblage des différentes parties de la coque doivent être suffisamment solides pour résister à l'action des flots pendant une traversée réalisée dans des conditions normales : *The "Washington Maru"*, [1924] 19 Ll. L. Rep. 398 (ADM.) ; T. Rotterdam, 17 nov. 1954, DMF 1960.313. ; *Canadian Industries Ltd. v. Continental Explosives Ltd.*, (1964) 83 C.R.T.C. 322 (B.C.S.C.). Différents éléments du navire doivent être renforcés pour circuler dans la glace : *C.N.R. c. E. & S. Barbour Ltd*, [1963] R.C.S. 323. Une attention particulière doit être donnée aux soudures d'une coque dans un contexte où celles-ci doivent résister à de l'eau glacée : *States Steamship Company v. United States (the "Pennsylvania")*, 1958 AMC 1775 (9th cir., 1958). Le mauvais état ou absence de ridoirs de porte entraînant le défaut d'étanchéité de la coque : C.A. Rennes 15 oct. 1973, navire *Navipesa Dos*, DMF 1974.30, n. CHEREAU et WAROT ; Cass. 3 déc. 1974, navire *Navipesa Dos*, DMF 1975.211, n. LUREAU et BOULOY. Le pont du navire doit résister aux actions de l'eau : *The "Assuzione"*, [1956] 2 Lloyd's Rep. 468, 472 (ADM.) ; T. com. Rouen, 10 jan. 1955, navire *Asgard*, DMF 1955.544. Panneaux d'écoutes : T. com., 2 nov. 1953, navire *Marhaba*, DMF 1954.544 ; *Fireman's Fund Insurance Co. v. M/V Vignes (The "M/V Vignes")*, 1987 AMC 291 (11th Circ., 1986). Solidité des manches à air : *Kruger Inc. c. Baltic Shipping Co.*, (1988) 1 C.F. 262.

91. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 73-75 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 908. Le cloisonnement des ballasts doit être étanche : *The "Friso"*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 469 (Q.B.). L'intégrité des réservoirs doit être assuré : C.A. Amsterdam 27 jan. 1954 et T. Amsterdam, 15 oct. 1958, dans H. SHADEE, « Résumé de jurisprudence néerlandaise – 1957, 1958, 1959 », DMF 1960.313. La marchandise doit être arrimée de manière à ne pas menacer la sécurité du navire : Trib. féd. New York, 4 déc. 1975, navire *M.S. Farida*, DMF 1979.688, obs. Bonassies ; Cass., 4 juil. 1972, navire *Hildegard Doerenkamp*, DMF 1972.717, obs. ACHARD ; *Nothern Shipping Co. v. Deutsche Seereederei G.m.b.H. and others (The "Kapitan Sakharov")*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 255 (C.A.), DMF 2001.147 ; *Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis*, [1924] All ER 135 (H.L.) ; *The "Standale"*, [1938] 61 Lloyd's Rep. 223 (ADM.).
92. G LEFEBVRE, préc., note 33, 87 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 910-913 ; René RODIÈRE, *Traité général de droit maritime, Le contrat d'affrètement*, t. 1, Paris, Dalloz, 1967, n° 144, p. 171 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 75-86 ; C.A. Rouen, 30 juin 1977, navire *Artico*, DMF 1978.535. Panne de moteur : *Karobi Lumber Co. v. Steamship Norco (The "Norco")*, 1966 AMC 315 (S.D. Ala., 1966) ; *The "Fjord Wind"*, préc., note 89 ; *Fyffes Group Ltd. v. Reefer Express Lines Pty. Ltd. (The "Kriti Rex")*, [1996] 2 Lloyd's rep. 171 (Q.B.). Manque de carburant : *USA v. Eastmount shipping Co. (The "S.S. Susquehanna")*, 1974 AMC 1183 (S.D.N.Y., 1974) ; *Steamship Willdomino v. Citro Chemical Co. & Charles Pfizer & Co. (The "Willdomino")*, 1927 AMC 129 (U.S. 3 jan. 1927) ; *Yawata Iron & Steel Co. v. Anthony Shipping Co.*, 1975 AMC 1602 (S.D.N.Y., 1975). Combustible de mauvaise qualité : *E. B. Aaby's Rederi A/S v. Union of India (N° 2) (The "Evje")*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 714. Avarie de barre : T. com. Bordeaux, 11 jan. 1963, navires *Ghanakust et Monte-Urba*, DMF 1963.230, obs. CHAUVEAU ; *Union of India v. N.V. Reederij Amsterdam (the "Amstelstlot")*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 223 (H.L.) ; C.A. Aix-en-Provence, 31 jan. 1911, *Dreyfus et assureurs c. capitaine Carras*, D. 1912. 2^e partie.193, obs. RICOL (J.) ; *The "Assuzione"*, préc., note 90. Les instruments de

humaines du navire ne doivent pas non plus être négligées dans le contexte d'une navigabilité nautique. En effet, les membres d'équipage doivent être en nombre suffisant et avoir les qualifications nécessaires au regard de la complexité des engins du navire, de la destination et du type de marchandises transportées⁹³. D'ailleurs, le transporteur a l'obligation d'aviser l'équipage des spécificités propres du navire ou de la marchandise afin d'éviter les risques d'accident⁹⁴. De plus, les documents d'information et les renseignements relatifs aux diverses procédures d'opération du bâtiment doivent aussi être adéquats quant à leur compréhension par les membres d'équipage⁹⁵. Enfin, de manière plus générale, il faut retenir que le manque de diligence d'un armateur à prendre soin du navire pourra être qualifié de faute dans le cadre de ses opérations de navigation⁹⁶.

La navigabilité commerciale — La seconde dimension du concept de navigabilité porte sur le caractère commercial de son utilisation :

« La qualité nautique ne suffit pas, le navire doit être capable de transporter des marchandises. La navigabilité commerciale requiert des qualités relatives au fonctionnement du navire intéressant la marchandise. Si certains aménagements ne sont pas adaptés à la cargaison, la stabilité du bâtiment n'en sera peut-être pas atteinte, il pourra même achever son expédition, mais le degré de navigabilité requis ne sera pas atteint. Le navire doit donc être

navigable : *Atlantic Fruit Co. Ltd v. Steamship Oritani (The "Oritani")*, 1930 AMC 230 (E.D.pa., 1929) ; *Waterman Steamship Co. v. Gay Cottons Inc., Shalom Baby Wear and United States of America (The "Chickasaw")*, [1970] 1 Lloyd's Rep. 437 (9th Cir., 1969) ; *James Samuel Webster v. Webster & Sons (The "Yungay")*, 1932 AMC 123 (S.D.N.Y., 1931). Présence de cartes nautiques : *Gianni Gladioli v. Standard Expert Lumber Co. (The "Maria")*, 1937 AMC 934 (4th cir., 1937) ; *United States Steel Products Co. v. American & Foreign Insurance Co. (The "Steel Scientist")*, 1936 AMC 387 (2d Cir., 1936).

93. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 90 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 86-100 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 915 ; M. POURCELET, préc., note 85, p. 61. Le personnel nécessaire pour mener les opération doit être à bord : *Horn v. Cia. de Navegacion Fruco S.A. (The "Heinz Horn")*, 1968 AMC 2548 (5th Cir., 1968) ; *United States v. M/V Marinela*, 443 F. 2d. 164 (5th Cir., 1969). Problème d'équipage : *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kaisha, Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 27, DMF 1963.304 n. BONASSIES. Insuffisance d'effectif : T. com. Bordeaux, 25 sept. 1993, navire *Heidberg*, DMF 1993.731. Absence de capitaine à bord : C.A. Pau, 28 mai 1953, navire *Claudine Henri*, DMF 1953.564. Manque de personnes compétentes : *Burnard and Alger Ltd. v. Player and Co.*, [1928] 31 Ll.L.Rep. 281 (K.B). Incompétence d'un membre de l'équipage : *The "Makedonia"*, [1962] 1 Lloyd's Rep. 316 (ADM.). Absence de vérification des compétences : *N.M. Paterson & Sons, Ltd v. Robin Hood Flour Mills (The "Farrandoc")*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 232 (Exch. Ct.), Confirmé en appel *Robin Hood Flour Mills Ltd. v. N.M. Paterson & Sons, Ltd. (The Farrandoc)*, [1967] 2 Lloyd's Rep 276(Exch. Ct.).
94. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 92 ; *Standard Oil Company of New York v. Clan Line Steamers Ltd.*, [1924] A.C. 100 ; *The "Farrandoc"*, préc., note 93 ; *The "Makedonia"*, précité note 93.
95. *The "Eurasian Dream"*, préc., note 89.
96. *Gosse Millerd, Ltd. v. Canadian Government Merchant Marine*, [1928] 1 K.B. 717 ; Eun Sup LEE et Sean Ok KIM, « A Carrier's Liability for Commercial Default and Default in Navigation or Management of the Vessel », (2000) 27 *Trans.L.J.* 205, 213 et s.

apte à transporter la marchandise spécifiée dans le contrat de transport. Cette aptitude est à traiter au cas par cas selon la nature de la cargaison. »⁹⁷

Ainsi, concernant la navigabilité commerciale, les engins de levage, de ventilation, de chauffage ou encore frigorifiques doivent fonctionner correctement. De plus, les structures d'arrimage de la marchandise doivent être suffisantes pour assurer sa conservation. Souvent, la salubrité doit être assurée, notamment les cales et les citernes doivent être étanches pour éviter non seulement les déversements, mais aussi les mouilles de la cargaison ou sa contamination par le gazole ou l'eau de mer⁹⁸. Par ailleurs, un nouvel enjeu relatif à l'obligation de navigabilité relève de l'accroissement des possibilités

-
97. M. FERRER, préc., note 34, n° 234, p. 120-121. Voir aussi W. TETLEY, préc., note 30, p. 877 ; *Actis Co. Ltd. v. The Sanko Steamship Co. Ltd. (The "Aquacharm")*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 7, 11 (C.A.) ; *Empresa Cubana Importada de Alimentos "Alimport" v. Lasmos Shipping Co. S.A. (The "Good Friend")*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 586, 593 (Q.B.) ; *The "Krity Rex"*, préc., note 92, 184.
98. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 94 et s. ; M. FERRER, préc., note 34, n° 234 p. 120-121 ; R. RODIÈRE, préc., note 92, n° 144, p. 171 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 920-922 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 102-129. Les appareils de levage : *Hang Fung Shipping And Trading Co., Ltd. v. Mullion and Co., Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 511 (Q.B.) ; C.A. Paris, 19 juin 1959, navire *Merkurius*, ex *Paul-Emile Javary*, DMF 1960.86. L'absence de thermomètre fonctionnel : C.A. Rennes, 21 nov. 1956, navire *Mosdale*, DMF 1957.94. Concernant l'étanchéité des cales et des réservoirs : T. com. Rouen, 14 avril 1961, navire *Alias*, DMF 1962.423 ; T. com. Paris, 23 juin 1971, navire *Chéloff*, DMF 1972.176 ; C.A. Paris, 21 avril 1976, navire *Panaglia*, DMF 1977.74. L'arrimage de la marchandise qui ne menace pas la sécurité du navire : *The Aquacharm*, préc., note 97 ; C.A. Paris, 29 nov. 1978, navire *Maori*, DMF 1979.80 notes RODIERE (R.) et VILLENAU (J.) ; Cass., 12 avril 1976, navire *Messinia*, DMF 1976.685 ; C.A. Aix-en-Provence, 4 mai 1972, navire *Cassarate*, DMF 1972.662 ; Mihail BALTCHIKLIEFF, «Jurisprudence maritime bulgare », DMF 1982.57. Le nettoyage des cales et citernes : *Tattersall v. National S.S. Co.*, [1884] 12 Q.B.D. 297 ; T. com de la Seine, 28 juin 1961, navire *Eole*, DMF 1962.620 ; *Samuel, Son & Co. Ltd v. Lithuanian Shipping Co. et al. (N/M Kapitonas Gudis)*, [2002] CFPI 101 (C.F.). La dératisation et la désinfestation : T. com. Rouen, 9 mars 1962, navire *Mintaka N'*, DMF 1963.407 ; *Cheikh Boutros Selim El-Khoury and Others v. Ceylon Shipping Lines, Ltd. (The "Madeleine")*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 224 (Q.B.) ; *Ciampa et al. v. British India Steam Ship Navigation Ltd., (The "Matiana")*, [1915] 2 KB 774 (H.C.J.) ; *The Good Friend*, préc. note 97. Le manque d'étanchéité des cales : *The "Tuxpan"*, 1991 AMC 2432 (S.D.N.Y., 1991) ; *BHP Trading Asia Ltd v. Oceaname Shipping Ltd*, [1996] F.C.A. 271 ; *Thyssen Inc. v. S/S Eurounity*, 1994 AMC 393 (S.D.N.Y., 1993) ; *Great West Steel Industries Ltd. v. Arrow Transfer Co. Ltd.*, [1977] D.L.R. 3d 424 (B.C.S.C.) ; *Interstate Steel Corp. c. S.S. Crystal Gem*, 1970 AMC 617 (S.D.N.Y., 1970) ; *M.D.C. Ltd. v. N.V. Zeevaart Maats Beursstraat*, [1962] 1 Lloyd's rep. 180 (Q.B.) ; *The Cornelia*, 15 F. 2d 245 (S.D.N.Y., 1926). Les cales inadaptées : T. com. Dunkerque, 21 déc. 1964, navire *Formentor*, DMF 1965.437. La ventilation des cales : *Distribudora San Juan Inc. c. Marcandia Rivediere*, C.F., n° T-4778-73, 28 mars 1980, p. 9 (j. Marceau) ; *The "Jean Bart"*, 197 F. 1002 (D. cal., 1911). Le manque de vaigrage et de fardage des cales : C.A. Rouen, 27 sept. 1957, navire *Carthage*, DMF 1958.478 ; *Grace Lines Inc. v. Central Gulf Steamship Corporation*, 416 F. 2d 977 (5th Cir., 1969). Les installations frigorifiques : Cass., 22 avril 1986, navire *Tuscan-Star*, DMF 1988.28 ; T. Com. Dieppe, 16 sept. 1949, *D'Alexis c. Biornstad et Cie*, *Gaz. Pal.* 1949.2.293 ; C.A. Rouen, 22 juil. 1950, *Soc. Biornstad et Cie. c. d'Alexis*, *Gaz. Pal.* 1950.2.281 ; *Atlantic Banana Co. v. M.V. Calanca & St. Gotthards Schiffahrts A. G.*, 1972 AMC 880 (S.D.N.Y., 1972) ; C.A. Rennes, 10 mai 1961, navire *Atlantique*, DMF 1962.210.

d'immobilisation en escale que ce soit pour des motifs liés à des situations d'irrégularités financières ou sécuritaires.

La navigabilité administrative — Au-delà du caractère commercial ou nautique de la notion de navigabilité, des aspects administratifs liés à celle-ci se développent toujours davantage surtout avec le développement des moyens de communication qui permettent de vérifier divers aspects relatifs à la gestion du navire. Depuis longtemps, l'obligation de navigabilité exige de l'armateur – transporteur ou affréteur – que le navire ne soit pas susceptible d'être immobilisé ou saisi notamment par des dettes impayées⁹⁹. Dépassant la question des créances, l'obligation de navigabilité administrative devrait dorénavant s'élargir à la nécessité du transporteur ou du fréteur de s'assurer d'avoir à bord de son navire tous les documents nécessaires à sa libre circulation et à son voyage. En effet, « le navire doit être en possession de tous les certificats exigés par la réglementation nationale et internationale »¹⁰⁰. Manifestement, l'obligation de navigabilité administrative est une nouvelle dimension qui est appelée à se développer en raison de l'intensification des contrôles documentaires réalisés par les États portuaires, lesquels peuvent exiger l'immobilisation du navire même si celui-ci se révèle en bon état au sens des normes minimales internationales. Le caractère public de l'inscription sur des listes blanches, grises ou noires empêchant l'allégation d'un vice administratif caché, l'armateur sera probablement appelé à agir dans ces circonstances.

Par ailleurs, si la navigabilité tant nautique, commerciale qu'administratif vise la condition du navire, il ne faut pas oublier que l'obligation contractuelle qui s'y attache vise la conduite de l'armateur. Or, ce dernier, à titre de transporteur ou parfois d'affréteur, a l'obligation de diligence raisonnable de mettre le navire en état de navigabilité selon la norme de la diligence raisonnable .

99. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 84 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 922 ; M. POURCELET, préc., note 85, p. 62 ; *Morrissey v. Steamship A. & J. Faith*, 1966 AMC 71 (N.D. Ohio, 1965) ; *Standard Oil Company of New York v. Clan Line Steamers Ltd*, préc., note 94.

100. Pierre BONASSIES et Christian SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, n° 1002, p. 677. Cette exigence relative aux certificats est aussi exigible dans le cadre d'un affrètement puisque le navire doit être en possession de tous les documents nécessaires aux opérations de la charte-partie : Yves CHALARON, *L'affrètement maritime; Essai de définition théorique*, Paris, Librairie technique, 1967, 221 ; R. RODIÈRE, préc., note 85, 392 et s.

Sous-section 2 La diligence raisonnable à mettre le navire en état de navigabilité comme norme d'intensité de l'obligation contractuelle

Il est utile de déterminer si l'obligation de navigabilité visé par les règles en est une de résultat ou de moyens. En d'autres termes, il s'agit de comprendre les niveaux d'intensité que cette notion peut sous-tendre. Ainsi, dans la mesure où un connaissement ou une charte-partie exige du transporteur ou de l'affrètement qu'il fournisse un navire navigable pour l'opération commerciale, l'obligation de résultat serait évidente et l'intensité absolue. Toutefois, lorsque ces contrats exigent de ces mêmes personnes une diligence raisonnable à mettre le navire sous norme, il s'agit d'une obligation de moyens dont l'intensité reste à déterminer.

La définition et la portée juridique de la notion de diligence raisonnable quant à la mise en condition de navigabilité d'un navire — Nous verrons sous peu que l'article III des Règles de La Haye-Visby, lesquelles régissent la grande majorité des connaissements, prescrit une obligation de navigabilité qui tient de la norme de la diligence raisonnable, en anglais *due diligence*. Déjà, soulignons que cette diligence n'est pas absolue compte tenu de son caractère raisonnable : « It is the diligence of the “ reasonably prudent ” carrier, as at the time of the relevant acts or omissions, and not in hindsight. »¹⁰¹. Dans ce contexte, l'obligation de navigabilité en est une de moyen avec néanmoins le fardeau de la preuve qui pèse sur les épaules du débiteur de l'obligation, à savoir le transporteur¹⁰². Ainsi, elle est qualifiée de « lourde » ou « renforcée » compte tenu de l'interprétation qui peut être donnée à l'expression « diligence raisonnable ». D'abord en 1918, cette exigence normative était définie comme un effort véritable, compétent et raisonnable pour s'acquitter de son obligation de navigabilité¹⁰³. Lord Develin, dans l'arrêt *The Amstelslot*, fait référence au critère objectif de l'homme compétent évoluant dans des circonstances comparables et confronté aux pratiques généralement acceptées dans le milieu. Par ailleurs, si ce critère ne

101. *The “Subro Valour”*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 509, 516 (ADM.) ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 876.

102. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 100. Voir aussi Jean PINEAU, *Le contrat de transport terrestre, maritime, aérien*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, p. 199 ; Georges MARAIS, *Les transports internationaux de marchandises par mer et la jurisprudence en droit comparé. Loi du 9 avril 1936*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 132-134 ; Cass. 23 juil. 1951, *Capitaine Paraskevopoulos c. ministre de l'Économie nationale*, *Gaz. Pal.* 1951.2.225.

103. *Grain Growers Export Co. v. Canada Steamship Lines Ltd.* (1918) 43 O.L.R. 330, 344-345.

peut jamais justifier la négligence, à l’opposé, la constatation d’une omission de quelques précautions additionnelles qui auraient pu être prises n’implique pas pour autant le manque de diligence raisonnable¹⁰⁴. Ces explications rejoignent le point de vue français sur la question de la diligence : « Elle est satisfaite si ont été prises les diverses mesures normales qu’il est habituel et raisonnable de prendre en semblable circonstance. »¹⁰⁵ Ainsi, la valeur normative de l’obligation de navigabilité est associée au comportement d’un transporteur normalement compétent et vigilant eu égard à son obligation de rendre son navire navigable. En bref, le niveau de diligence exigible est celui du « bon armateur de famille »¹⁰⁶, véritable croisement entre le comportement du bon père de famille et celui de bon professionnel¹⁰⁷. Du point de vue des Anglo-saxons, la notion de *due diligence* fait référence à un effort actif et suffisant pour s’assurer que le navire est en état de navigabilité. Bref, malgré la dichotomie entre les deux systèmes de droit sur la diligence exigée, une similitude subsiste au plan pratique¹⁰⁸. En l’absence d’un tel effort, la négligence du transporteur est constatée : « The exercise of due diligence is equivalent to the exercise of reasonable care and skill : “Lack of due diligence is negligence; [...]” »¹⁰⁹. Cela rejoint l’idée mentionnée par le professeur Guy Lefebvre que, en common law, la notion de *due diligence* rejoint celle de *Duty of care*¹¹⁰.

Précisant la norme de *due diligence*, les professeurs Pierre Bonassies et Christian Scapel font un rapprochement avec le comportement d’un bon professionnel à son travail :

« L’expression *diligence raisonnable*, n’est qu’une traduction maladroite, et sans doute inexacte, de l’expression *due diligence* employée par le *Harter act* américain, dont les dispositions sont, sur ce point précis, à l’origine de la Convention de 1924. Mais en droit américain, la notion de *due diligence* est une notion exigeante : la *due diligence* c’est la diligence due par le bon professionnel, le professionnel compétent (on songe à l’adage de Pothier : *peritus debet esse uniusquisque artis suae*). Plus que de diligence raisonnable, la Convention de 1924 aurait dû parler de diligence requise – ou autre expression analogue. »¹¹¹

104. *The “Amstelslot”*, préc., note 92, 235. Voir aussi *The “Eurasian Dream”*, préc., note 89, 737.

105. Paul CHAUVÉAU, *Traité de droit maritime*, Librairie Technique, 1958, n° 774, p. 522. Voir aussi M. FERRER, préc., note 34, n° 235 p. 122.

106. M. REMOND-GOULLAUD, préc. note 85, n° 581, p. 375 ; J. PINEAU, préc., note 102, p. 199 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 235, p. 122.

107. T. Com. Paris, 30 mai 1979, navire *Diagara*, DMF 1981.229.233.

108. M. FERRER, préc., note 34, n° 236, p. 122.

109. *The “Eurasian Dream”*, préc., note 89, 737 citant *The “Amstelslot”*, préc. note 92, p. 235 ; W. TETLEY, préc., note 30, p. 876.

110. G. LEFEBVRE, préc. note 33, 100.

111. P. BONASSIES et C. SCAPEL, préc., note 100, n° 1003, p. 678.

Se référant à l'expression « examen vigilant » stipulé à l'article 27 (h) de la Loi de 1966 en lieu et place de la « diligence raisonnable », ils ajoutent : « C'est l'examen vigilant que doit tout professionnel compétent à ses co-contractants. »¹¹²

Cette exigence normative de « l'examen vigilant » du professionnel compétent est conforme à cette exigence « de soins et de précautions » d'une personne de métier spécialisé en transport. Cela revient à l'idée d'un transporteur « sérieux et soigneux », qu'avait autrefois invoquée Michel Pourcelet pour préciser la notion de diligence raisonnable : « Ce n'est pas une diligence méticuleuse et extraordinaire, mais une diligence convenable, normale, appropriée, requise, voulue, raisonnablement nécessaire, un ensemble de soins et de précautions que l'on peut logiquement demander à un transporteur normalement sérieux et soigneux[...] ».¹¹³

Indirectement, la référence à la norme professionnelle renvoie à cette nécessité pour le transporteur maritime de s'informer des développements récents dans le milieu maritime et de prendre connaissance de l'ensemble des données qui s'offrent à lui, notamment celles relatives à la condition du navire sur lequel il entend faire transporter les marchandises qui lui sont confiées. Cette diligence pourrait, indirectement, s'appuyer sur la fréquence de contrôle et d'entretien¹¹⁴. Cette diligence raisonnable associée à une norme professionnelle ouvre la voie à l'exigence d'une connaissance qui serait associée à l'obligation de navigabilité. D'ailleurs, en 1957, dans l'arrêt phare *Maxim Footwear Company Limited c. Canadian Government Merchant Limited*, le juge Cartwright de la Cour suprême du Canada est venu mettre l'accent sur la connaissance du transporteur dans l'évaluation de sa diligence raisonnable pour rencontrer son obligation de navigabilité :

112. *Id.*

113. M. POURCELET, préc., note 85, p. 63.

114. Les tribunaux peuvent évaluer le bon état des machines et des accessoires selon la fréquence de leur entretien, ce qui demande souvent un démontage : *Atlantic Banana Co v. M/V Calanca*, préc., note 98 ; *Karobi Lumber Co v. S.S. Norco*, préc., note 92. À moins d'une collision, la mise en cale sèche annuelle est suffisante pour respecter l'obligation de navigabilité : *Cooper v. Pinedo, (The "Zesta")*, 1954 AMC 899 (5th Cir., 1954). Pour les pétroliers, la fréquence d'inspection peut être bi-annuelle : *Interocean Oil Co. v. Steamship Agwinmoon, Atlantic, Gulf & West Indies Steamship Co. (The "Agwinmoon")*, 1928 AMC 645 (D. Md., 1928). Voir aussi G. LEFEBVRE, préc., note 33, 87 et 88. Selon nous, il faut retenir le principe de l'exigence de mener des contrôles périodiques. Toutefois, les fréquences mentionnées de ces contrôles ne semblent plus d'actualité en raison de celles exigées par les sociétés de classification : *infra*, p. 97.

« Due diligence' seems to be equivalent to reasonable diligence, having regard to the circumstances known, or fairly to be expected, and to the nature of the voyage, and the cargo to be carried. It will suffice to satisfy the condition if such diligence has been exercised down to the sailing from the loading port. But the fitness of the ship at that time must be considered with reference to the cargo, and to the intended course of the voyage; and the burden is upon the shipowner to establish that there has been diligence to make her fit... »¹¹⁵

Du reste, confirmant la thèse de la norme professionnelle, l'obligation de navigabilité du transporteur reste personnelle et ne peut être dirigée vers les tiers mandataires : « The obligation to make a ship seaworthy is personal to the owners, whether or not they entrust the performance of that obligation to experts, servants or agents. »¹¹⁶

Il faut parler de l'armateur raisonnablement prudent pour lequel la connaissance du défaut entraînerait la perte de sa défense de diligence raisonnable : « The only relevance of the standard of the reasonably prudent owner is to ask whether, if [the carrier] had known of the defect, he would have taken steps to rectify it. »¹¹⁷. Toutefois, encore faut-il apprécier l'ampleur du défaut. La Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *The Kapitan Sakharov* souligne que la diligence raisonnable de mettre en état de navigabilité est évaluée selon un test qui réfère au respect des normes internationales :

« NSC was required under art. III, R. 1 of the Hague rules to exercise due diligence to make the vessel seaworthy. The judge correctly took as the test whether it had shown that it, its servants, agents or independent contractors, had exercised all reasonable skill and care to ensure that the vessel was seaworthy at the commencement of its voyage, namely, reasonably fit to encounter the ordinary incidents of the voyage. He also correctly stated the test to be objective, namely to be measured by the standards of a reasonable ship owner, taking in account international standards and the particular circumstances of the problem in hand. »¹¹⁸

Ce passage permet de soutenir l'idée que l'obligation de navigabilité nautique fait référence aux normes sécuritaires internationales que le transporteur doit connaître; ce

115. *The "southwark"*, (1903) 191 U.S. 1 ; *Herman v. Compagnie général Transatlantique*, (1917) 242 Fed.Rep. 859 ; *Maxine Footwear Company Limited c. Canadian Government Merchant Limited (the "Maurienne")*, [1957] R.C.S. 801, 808 ; Raoul COLINVEAUX (ed.), *Carver's Carriage of Goods by Sea*, vol. 1, coll. British Shipping Laws, 13^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1982, n° 500, p. 351. voir aussi voir aussi *Charles Goodfellow Lumber Sales Ltd. v. Verreault et al.*, préc., note 87, 540.

116. *Northumbrian Shipping Co. Ltd v. E. Timm & Son Ltd.*, [1939] A.C. 397, 403 (H.L.). William TETLEY, *International maritime and admiralty law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 82 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 238, p. 123 ; G. LEFEBVRE, préc., note 33, 108-109 et 119 ; *Maxim Footwear Co. Ltd. v. Canadian Government Merchant Marine*, [1959] A.C. 589 ; *Packers London Ltd. v. Ocean Steam Ship Co., Ltd.*, [1955] 2 Lloyd's Rep. 218, 236 (Q.B.); *Paterson Steamships Ltd v. Robin Hood Mills Ltd. (The "Thordoc")*, [1937] 58 Ll. L. Rep. 33 (Privy Council) ; *Riverston Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping co. Ltd. (The "Muncaster Castle")*, [1961] 1 Lloyd's Rep. 57 (H.L.).

117. *The Fjord Wind*, préc., note 89, 199. Cette éventualité de la connaissance de l'armateur amène à la théorie « every dog is allowed one bite » que nous verrons beaucoup plus loin : *infra*, p. 491.

118. *The "Kapitan Sakharov"*, préc., note 91, 266 ,voir aussi 268-269.

dernier doit s'assurer que le navire s'y conforme afin de s'acquitter de son obligation de diligence raisonnable de mettre ce dernier en état de navigabilité. Par ailleurs, les questions entourant la connaissance des problèmes par l'armateur influence l'appréciation de l'existence d'un vice caché.

L'obligation de navigabilité et l'existence d'un vice caché — La notion de vice caché est l'une des principales limites à la norme de la diligence raisonnable, d'autant qu'il est fondé sur l'ignorance du problème par le transporteur. En effet, « a latent defect may be defined as defect in the ship which a competent examination, made according to modern standards of the trade, would not be reasonably expected to disclose. »¹¹⁹. D'ailleurs, l'article IV (2) (p) des *Règles de La Haye-Visby*, l'article 17 3) (g) des *Règles de Rotterdam* ou encore l'article et l'article 27 (h) de la *Loi du 18 juin 1966* stipule que le transporteur peut s'exonérer des dommages causés par les vices cachés qui ont échappé à sa diligence raisonnable. Toutefois, cette norme reste sévère :

« The art. 4 (2)(p) defense imposes an onerous burden of proof on the carrier, who, in proving the latent defect, must often also adduce evidence of his due diligence before and at the commencement of the voyage, and that the defect could not have been discovered on a reasonable inspection even during the voyage, as well as the causal link between the defect and the cargo loss. In consequence, defects such as corrosion are rarely recognized judicially as latent defects within the meaning of the Rules. »¹²⁰

La notion de vice caché exprime l'éventualité d'une défectuosité à l'origine d'un problème de navigabilité qui ne serait pas décelable malgré la vérification prudente et attentive exercée par le transporteur. Le caractère masqué du défaut permet au transporteur de s'acquitter de son obligation de navigabilité. Mais, si cette dernière n'est pas absolue, la vérification prudente et attentive reste exigée de la part du transporteur¹²¹. C'est sur la base de ces constats que l'on dira que la défense fondée sur la diligence à mettre le navire en état de navigabilité et celle fondée sur l'existence de vices cachés sont des régimes

119. W. TETLEY, préc., note 30, p. 1210.

120. *Id.*, p. 1222.

121. M. POURCELET, préc., note 85, p. 64. À cet égard, le juge Branson lie la notion de vices-caché à celui de diligence raisonnable à mettre le navire en état de navigabilité : « If the defect is such that it cannot be discoverable by due diligence, it become immaterial to consider whether due diligence was exercised or not, because *ex hypothesi*, if it had been exercised it would have been useless. » : *Corporation Argentina de productores de Carnes v. Royal Mail Lines*, [1939] 64 L.L.L.R. 188, 192 (K.B.) ; *Western Canada SS Co. v. Canadian Commercial Corp.*, [1960] 2 L.L.L.R. 313, 322 (C.S.C.).

juridiquement proches, mais qui restent indépendant l'un de l'autre¹²². La norme de vigilance à cet égard est importante. En droit français le vice caché se définit comme « comme le vice échappant à la diligence requise ou à un examen vigilant de la part du transporteur maritime »¹²³. Il faut aussi parler de l'« examen vigilant et attentif », de l'« examen minutieux » ou encore de l'« examen minutieux et attentif »¹²⁴. En droit anglais, le vice-caché est lié à l'examen selon la norme de la diligence raisonnable, à savoir, il ne s'agit pas d'un défaut qui peut être perçu par la plus précise et plus exercée des perceptions, mais simplement sa découverte par une personne compétente en la matière utilisant une attention normale. Par conséquent, le caractère caché du vice exige le test de l'examen normal de la part d'un technicien compétent¹²⁵. Dans ce contexte, toute preuve relevant de l'exercice d'une expertise sécuritaire sera pertinente¹²⁶.

Ainsi, le concept de navigabilité est complexe et comporte de multiples facettes. En regard de nos explications, le caractère positif de cette obligation doit être établi selon qu'il s'agit de contrat de transport, d'affrètement ou d'assurance.

Sous-section 3 Les règles internationales établissant l'obligation de navigabilité du transporteur maritime de marchandises

Un armateur peut exploiter son navire à titre de transporteur, il délivre des connaissements à cet effet au bénéfice de chargeurs qui lui confient leurs marchandises afin qu'elles soient transportée vers leur lieu de destination. Ces connaissement constituent alors la meilleure preuve des contrats de transport engagés. Dans le cadre de cette relation contractuelle, il est légitime pour les chargeurs de présumer que le navire du transporteur

122. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 202-204. Voir aussi C.A. Tunis, 23 fév. 1955, navire *Vella*, *DMF* 1955.297, obs. PAGES.

123. M. FERRER, préc., note 34, n° 267, p. 134. Voir aussi René RODIÈRE, *Traité général de droit maritime. Affrètement et transport*, t.2, Paris, Dalloz, 1968, n° 648-650, p. 285-288 ; P. CHAUVEAU, *Traité de droit maritime*, préc., note 105, n° 776-777, p. 524-525; Guy FRAIKIN, *Traité de la responsabilité des transporteurs maritimes*, Paris, L.G.D.T., 1957, n° 224 (*in fine*), p. 218 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 200. Voir aussi Cass., 4 déc. 1962, navire *Zit*, *DMF* 1963.145.

124. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 201 ; C.A. Aix-en-Provence, 20 sept. 1985, navire *Orque*, *DMF* 1987.136 ; T. com. Marseille, 5 mars 1971, navire *Berkane*, *DMF* 1971.721.

125. M. FERRER, préc., note 34, n° 268, p. 135. Voir aussi Cedric BARCLAY, « The technical aspect of unseaworthiness », (1975) *LMCLQ*, 288, 289.

126. *Infra*, p. 501.

est apte à transporter adéquatement la cargaison jusqu'à sa destination. De là une obligation de navigabilité du transporteur.

Les trois instruments internationaux régissant le contrat de transport de marchandises par eau — Dès le début du 20^e siècle, avec l'accroissement des échanges commerciaux, un régime légal international précisant la responsabilité du transporteur à l'égard de la marchandise qui lui a été confiée s'est imposé. Le 25 août 1924, les *Règles de La Haye* sont venues unifier, à l'échelle internationale, le régime de responsabilité contractuelle visant les connaissements relatifs au transport de marchandises par eau. Grâce aux améliorations apportées par les protocoles de 1968 et de 1979, ces règles, appelées dorénavant *Règles de La Haye-Visby* (R. de L.H.-V.), subsistent encore aujourd'hui comme celles régissant la très grande majorité des connaissements délivrés à travers le monde¹²⁷. En 1978, les *Règles d'Hambourg* (R. de H.) ont été adoptées¹²⁸. Celles-ci jugées plus favorables aux chargeurs, seul un nombre restreint d'États, généralement en voie de développement, ont mis de l'avant ces Règles¹²⁹. Avec les nouvelles technologies de l'information et les processus de transport par conteneurisation, la nécessité d'élaborer de nouvelles règles adaptées. Le 11 décembre 2008, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté par résolution le projet de la *Convention des Nations Unies sur le contrat de transport*

-
127. *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, Bruxelles, 25 août 1924, (1931-32) 120 R.T.S.N. 155 (n° 2764) ; *Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, 23 fév. 1968, (1985) 1412 R.T.N.U. 121 (n° 23642) ; *Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 25 août 1924, telle qu'amendée par le protocole de modification du 23 février 1968*, Bruxelles, 21 déc. 1979, (1985) 1412 R.T.N.U. 121 (n° 23643) [R. de L.H.-V.]. À l'heure actuelle, la plupart des pays mettent en œuvre ces règles en les intégrant dans leur droit national. À cet égard, la France a intégré les dispositions des R. de L.H.-V. dans la *Loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes*, J.O.R.F. 24 juin 1966, p. 5206 [*Loi du 18 juin 1966*] – l'obligation de navigabilité se trouve d'ailleurs sous une formule similaire aux R. de L.H.-V. à l'article 21 de cette loi –. Le Canada a intégré dans son droit positif fédéral la version unifiée des *R. de L.H.-V.* en incorporant directement celles-ci à l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C., 2001, c. 6 [LRMM].
128. *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer*, 31 mars 1978, (1992) 1695 R.T.N.U. 3 (n° 29215) [R. de H.]. Ces règles sont présentes en droit canadien. Même si elles n'ont pas encore été mises en vigueur au Canada, elles ont été mises à l'annexe 4 de la LRMM, préc., note 127 en vue de leur éventuelle mise en vigueur.
129. La portée des Règles de Hambourg est limitée puisqu'elles régissent seulement 5 % du commerce mondial : OCDE, *Les règles de Hambourg des Nations Unies de 1978*, en ligne : <http://www.oecd.org/document/32/0,3343,fr_2649_34367_34767200_1_1_1_1_1_00.html> (consulté le 24 sept. 2009). Voir aussi l'état de ratification de cette convention sur le site Internet de la CNUDCI, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html> (consulté le 21 oct. 2009).

international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer. Cet instrument dorénavant désignée sous nom de *Règles de Rotterdam*¹³⁰ est actuellement en processus de signature et de ratification. Les rédacteurs de cette convention prétendent qu'elle est adaptée aux nouvelles technologies de l'information et du transport et qu'elle assure du même coup un meilleur équilibre quant aux responsabilités qui incombent aux chargeurs et aux transporteurs.

Or, chacun de ces instruments établit un régime de responsabilité contractuelle fondé principalement sur une obligation du transporteur à mettre son navire en état de navigabilité. Cette obligation est décrite explicitement à l'article III (1) des R. de L.H.-V. :

« Article III

1. Le transporteur sera tenu avant et au début du voyage d'exercer une diligence raisonnable pour :

a) mettre le navire en état de navigabilité;

b) convenablement armer, équiper et approvisionner le navire;

c) approprier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques, et toutes autres parties du navire où des marchandises sont chargées, pour leur réception, transport et conservation. »¹³¹

Ce régime est complété par l'article IV qui énonce une série d'exceptions souvent liées à la question de la force majeure.

Par ailleurs, l'alinéa 5 (1) des R. de H. instaure une présomption générale de responsabilité du transporteur :

« article 5.

1. Le transporteur est responsable du préjudice résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises ainsi que du retard à la livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu pendant que les marchandises étaient sous sa garde au sens de l'article 4, à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences. »¹³²

Dans le cadre de ce régime contractuel, le transporteur est soumis à une présomption de responsabilité à l'égard de la détérioration ou la perte de la marchandise ou

130. *Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer*, résolution A/RES/63/122, Assemblée générale, ONU, 2 fév. 2009, 63^e session, 11 déc. 2008, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html> (consulté le 21 oct. 2009) [R. de R.]. La cérémonie de signatures s'est tenue le 23 septembre 2009 à Rotterdam. À ce jour, la convention a recueilli 19 signatures dont celles de la France et des États-Unis.

131. R. de L.H.-V., art. III a).

132. R. de H., préc., note, art. 5(1).

encore un retard significatif quant à son arrivée à destination. Il a le fardeau de démontrer qu'il a pris les moyens raisonnables pour éviter le dommage. Ainsi, implicitement, le transporteur a l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour mettre le navire en état de navigabilité¹³³.

L'article 14 des R. de R. prescrit une obligation de navigabilité basée sur la diligence raisonnable :

« Article 14 Obligations particulières applicables au voyage par mer

Le transporteur est tenu avant, au début et pendant le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour :

- a) Mettre et maintenir le navire en état de navigabilité;
- b) Convenablement armer, équiper et approvisionner le navire et le maintenir ainsi armé, équipé et approvisionné tout au long du voyage; et
- c) Approprier et mettre en bon état les cales et toutes les autres parties du navire où les marchandises sont transportées, ainsi que les conteneurs fournis par lui dans ou sur lesquels les marchandises sont transportées, et les maintenir appropriés et en bon état pour la réception, le transport et la conservation des marchandises. »¹³⁴

L'alinéa 17 (1) des R. de R. énonce une présomption générale de responsabilité du transporteur :

« Article 17 -Fondement de la responsabilité

1. Le transporteur est responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison subi par les marchandises, si l'ayant droit prouve que cette perte, ce dommage ou ce retard, ou l'événement ou la circonstance qui l'a causé ou y a contribué, s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 4. »¹³⁵

Le transporteur peut se décharger de sa responsabilité « s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage ou du retard n'est pas imputable à sa faute » conformément à l'alinéa 17 (2) R de R, ou encore s'il prouve qu'un événement se rapportant à l'un des éléments de la série d'exceptions, relevant presque toutes de la force majeure, lesquelles sont énoncées dans l'alinéa 17 (3) R. de R. a pu contribué à la perte, au dommage ou au retard de la marchandise.

Par contre, au-delà de ce régime de défense fondé sur l'absence de faute ou les exceptions, la responsabilité du transporteur peut être retenue selon la prescription de l'alinéa 17 (4) R. de R. qui met de l'avant la responsabilité du transporteur selon une faute

133. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 121.

134. R. de R., préc., note, art. 14.

135. *Id.*, art. 17.

contributoire de sa part, ou encore si un événement inexpliqué par le transporteur a contribué au dommage. Plus particulièrement, selon l’alinéa 17 (5) R. de R., la responsabilité du transporteur maritime peut être retenue si l’ayant droit démontre que le navire n’était pas en état d’innavigabilité, au sens large et si le transporteur ne peut prouver que cette condition n’est pas à l’origine du dommage ou encore qu’il a rencontré son obligation de diligence raisonnable de mettre son navire en état de navigabilité tel qu’exigé par l’article 14.

En regard de cette prescription de navigabilité du transporteur maritime en droit privé international, il faut retenir qu’autant le régime des R. de H. que celui des R. de R. établissent, à cet égard, un régime de responsabilité exigible sur une période de temps continue, à savoir, avant le moment du départ, au départ ainsi que lors de la durée du voyage¹³⁶. Contrastant avec ces nouvelles mesures, les R. de L.H.-V. stipulent une obligation de navigabilité plus limitée puisqu’elle est exigible seulement avant et au début du voyage¹³⁷. Plus précisément, ces moments correspondent à « la période qui s’étend au moins au début du chargement jusqu’au moment où le navire commence le voyage »¹³⁸. La période couverte par l’obligation du transporteur est donc de loin supérieure dans les nouveaux instruments que dans le régime traditionnel généralement en vigueur.

Sous-section 4 Les règles internationales liées à l’obligation du transporteur maritime de passagers d’assurer la sécurité de ces derniers

Le transport maritime ne se limite pas aux marchandises, il s’étend aussi à celui du transport de passagers. Or, l’uniformité des règles est certainement tout aussi nécessaire dans ce domaine. Toutefois, les États sont davantage préoccupés par les questions liées à la

136. Au sujet de la période couverte par le régime de responsabilité des R. de H. : W. TETLEY, préc., note 30, p. 936.

137. Voir Guy LEFEBVRE, « Le projet préliminaire de la CNUDCI et la responsabilité du transporteur de marchandises par mer : périple difficile ou échouement ? » (2003) 37 *R.J.T.* 431, 443.

138. M. POURCELET, préc., note 85, p. 64 ; G. LEFEBVRE, préc., note 33, 102-107 ; *Maxine Footwear v. Canadian government Merchant Marine (the “Maurienne”)* [1959] 2 *Lloyd’s Rep.* 105 (conseil privé de la reine). Dans l’arrêt *Stell v. State Line Steamship Co.*, [1877] 3 *A.C.* 72, le tribunal a jugé que le départ consistait en le moment où le navire quitte son mouillage sans nécessairement avoir atteint la sortie du port.

protection de l'intégrité de leur citoyens. L'article 3 (3) de la *Convention d'Athènes relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages*, signée le 13 décembre 1974¹³⁹, établit une présomption de faute ou de négligence du transporteur de passagers dans la mesure où « la mort ou la lésion corporelle du passager ou la perte ou les dommages survenus aux bagages de cabine résultent directement ou indirectement d'un naufrage, d'un abordage, d'un échouement, d'une explosion ou d'un incendie, ou d'un défaut du navire ». Pour la perte ou les dommages aux autres bagages, la responsabilité du transporteur est simplement présumée, peu importe la nature de l'événement générateur. Cet instrument ne mentionne pas nommément l'obligation de navigabilité du navire, mais en regard de la présomption créée et des événements générateurs de celle-ci, le transporteur a l'obligation de se conformer aux normes de sécurité communément établies. En effet, la présomption de faute et de négligence pourrait être renversée par la démonstration d'une diligence raisonnable à rencontrer son obligation.

Les règles canadiennes et françaises sur la responsabilité des transporteurs maritimes de passagers — Le Canada a ratifié les règles d'athènes et a intégré celles-ci comme telles à l'annexe 2 de sa *Loi sur la responsabilité en matière maritime*¹⁴⁰. Par contre, la France n'a pas encore ratifié cette convention. Il faut plutôt se référer aux dispositions du titre III de la *Loi du 18 juin 1966* et du *Décret d'application du 31*

139. *Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages*, 13 déc. 1974, (1987) 1463 R.T.N.U. 19 (n° 24817). Ce traité est visé par deux protocoles qui sont actuellement en processus de signature. Il y a le protocole du 29 mars 1990 conclu à Londres, mais, il y a surtout le protocole du 1^{er} novembre 2002 conclu à Londres qui change radicalement le régime de responsabilité des transporteurs de passager. En effet, dans ce dernier protocole de 2002 instaure un régime de responsabilité de plein droit du transporteur quant à l'indemnisation, à hauteur de 250 000 DTS, pour les décès et dommages corporels résultant d'un événement maritime (sauf les cas d'exonération d'acte de guerre, d'événement naturel irrésistible ou encore le fait d'un tiers). Au-delà de 250 000 DTS, le transporteur est responsable jusqu'à un montant de 400 000 DTS sauf s'il peut prouver qu'il n'a commis ni faute ni négligence. C'est un régime de responsabilité basée sur la présomption simple. Pour les autres types d'accident la responsabilité du transporteur est engagée jusqu'à 400 000 DTS dans la mesure où la victime prouve la faute ou la négligence de ce dernier. Il est à noter que ce protocole exige des transporteurs une assurance pour sa responsabilité : voir OMI, *Liability limits for ship passengers raised with new Athens Convention, compulsory insurance introduced*, en ligne : <http://www.imo.org/newsroom/mainframe.asp?topic_id=583&doc_id=253> (consulté le 9 sept. 2010) ; *Convention d'Athènes de 2002 relatives au transport par mer de passagers et de leurs bagages. Texte consolidé de la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages et du Protocole de 2002 de la convention*, J.O., 20 mars 2008, C74E/567, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:074E:0567:0583:FR:PDF>> (consulté le 15 août 2010).

140. LRMM, préc., note 127.

décembre 1966¹⁴¹. À cet égard, l'article 36 de la *Loi du 18 juin 1966* stipule qu'en regard des dommages corporels, le transporteur a une obligation de moyen quant à la navigabilité de son navire : « le transporteur est tenu de mettre et de conserver le navire en état de navigabilité, convenablement armé, équipé et approvisionné pour le voyage considéré et de faire toutes diligences pour assurer la sécurité des passagers ». Parlant de « toutes diligences », il est évident que la norme exigée pour mettre le navire en état de navigabilité est de loin supérieure à celle de la diligence raisonnable. Néanmoins, selon l'article suivant, la victime doit établir que le transporteur « a contrevenu aux obligations précédentes ou a commis une faute ». Par ailleurs, l'article 38 stipule que le fardeau de la preuve est inversé lorsque des blessures ou le décès résultent d'un événement nautique majeur, notamment d'un naufrage, d'un abordage, d'un échouement, d'une explosion ou d'un incendie. Le transporteur peut faire valoir une exonération de responsabilité en démontrant seulement que l'incident n'est pas attribuable à sa faute ou à celle de ses préposés¹⁴².

Sous-section 5 L'obligation de navigabilité dans le cadre des contrats d'affrètement de navires commerciaux

L'exploitation d'un navire peut aussi se réaliser par l'entremise d'opérations d'affrètement. Dans ce contexte, ces opérations sont régies par une charte-partie, le contrat d'affrètement qui s'apparente grossièrement à celui de la location. Ainsi, l'affrèteur jouit de l'usage d'un navire qui est mis à sa disposition par le fréteur, et ce, pour une contrepartie financière, qualifiée de fret, ou plus anciennement dans le bassin méditerranéen, de *nolis*. En outre, la charte-partie stipule les conditions d'exploitation du navire, notamment l'obligation des parties en regard de l'état de navigabilité du navire¹⁴³. En matière d'affrètement, aucune convention internationale ne régit l'obligation de maintenir le navire en état de navigabilité. Cette dernière relève de l'essence même du contrat puisque l'objet du contrat vise le bâtiment lui-même. Or, son affrètement n'a de sens que s'il réalise les

141. *Loi du 18 juin 1966*, préc., note 127 et *Décret n° 66-1078 du 31 déc. 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes*, J.O.R.F. 11 jan.1967 p. 483.

142. Y. TASSEL, préc., note 32, n° 346.21, p. 332.

143. M. FERRER, préc., note 34, n° 228, p. 119.

opérations de navigation et de transport attendu par l'affréteur. Autrement dit, fournir un navire navigable tant au plan nautique que commercial est une obligation juridique fondamentale et implicite qui pèse sur les épaules de fréteur¹⁴⁴. Par ailleurs si les Chartes-parties sont exclues *ex proprio vigore* – par sa propre force inhérente – des R. de L.H.-V ou des R. de H.¹⁴⁵. Par contre, les parties à l'affrètement sont libres de s'obliger à l'une ou l'autre de celles-ci en les intégrant explicitement à la charte-partie par l'entremise d'une disposition¹⁴⁶. Par ailleurs, l'opération d'affrètement se caractérise selon divers modes, à savoir au voyage, à temps ou encore coque-nue. Or, l'obligation de navigabilité est variable en fonction de chacun de ces types d'affrètement¹⁴⁷.

L'obligation de navigabilité pour l'affrètement au voyage — L'affrètement au voyage a pour objet l'usage d'un navire aux fins d'une ou plusieurs opérations de transport d'un lieu de départ à un lieu de destination. Cette opération commerciale ressemble fortement au contrat de transport de marchandise, mais il reste un contrat synallagmatique soumis à la volonté des parties ayant pour seul objet l'usage d'un navire, même si celui-ci est entièrement armé et géré par le fréteur¹⁴⁸. Ce type de transport est utile pour les forts volumes selon un horaire particulier surtout dans une dynamique de production selon la gestion fondée sur la méthode du *just in time*.

Dans le cadre d'affrètement au voyage, le fréteur a l'obligation de fournir un navire en bon état de navigabilité tant dans ses dimensions nautique que commerciale. Celle-ci

144. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 136-138. Voir aussi *Patton-Tully Transp. Co. v. Barrett*, 37 F.2d 516 (6th Cir., 1930) ; *Cullen Fuel Co. v. W. E. Hedger, Inc.*, 290 U.S. 10 (1933).

145. R de L.H./V, art. V.

146. Chen LIANG, « Seaworthiness in Charter Parties », (2000) *The Journal of Business Law* 1, 1 ; voir aussi Michel ALTER, *Droit des transports terrestre, aérien et maritime internes et internationaux*, Paris, Dalloz, 1989, p. 118 ; Michael RUTLEDGE, « Mobile shipping & Transportation Co. V. Wonsild Liquid Carriers Ltd : Seaworthiness Adapts to a new environment », (2000-01) 25 *Tul. Mar. L. J.* 409 , 410. Voir aussi *The "marine sulphure Queen"*, [1973] 1 *Lloyd's Rep.* 88, 89 (2d Circ, 1972): Il faut que ce soit formulé de manière explicite et non s'en remettre simplement à une formulation similaire au R/H-V.

147. Concernant les caractéristiques générales des trois types d'affrètement, voir C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 48-53 et p. 139 ; W. TETLEY, préc., note 116, p.124-128 ; *Loi du 18 juin 1966*, préc., note 127, art. 5-11.

148. Pour en savoir plus sur les caractéristiques de l'affrètement au voyage. Voir Patricia CORDIER et Emmanuel DU PONTAVICE, *Transport et affrètement maritimes*, 2^e éd., Paris, Delmas, 1990, p. 309 et s. ; J. PINEAU, préc., note 102, p. 152 ; Y. TASSEL, préc., note 32, n° 341.22, p. 295 ; Julien LE CLÈRE, *Les Chartes-Parties et l'affrètement maritime*, coll. «Droit Maritime et des Transports» Paris, Librairies Techniques, 1962, n° 14 et s. p. 35 et s.

s'apprécie *in concreto*¹⁴⁹. Cette obligation fondamentale est énoncée dans les modèles de chartes-parties. À titre d'exemple, l'article 2 de la partie II de la charte partie au voyage *GENCON 94* réalisée par la *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) souligne l'obligation du fréteur d'exercer une diligence raisonnable à mettre le navire en état de navigabilité sans pour autant être responsable des erreurs de l'équipage :

« 2. Owners' Responsibility Clause

The Owners are to be responsible for loss of or damage to the goods or for delay in delivery of the goods only in case the loss, damage or delay has been caused by personal want of due diligence on the part of the Owners or their Manager to make the Vessel in all respects seaworthy and to secure that she is properly manned, equipped and supplied, or by the personal act or default of the Owners or their Manager.

And the Owners are not responsible for loss, damage or delay arising from any other cause whatsoever, even from the neglect or default of the Master or crew or some other person employed by the Owners on board or ashore for whose acts they would, but for this Clause, be responsible, or from unseaworthiness of the Vessel on loading or commencement of the voyage or at any time whatsoever. »¹⁵⁰

Cette obligation de diligence raisonnable de l'affréteur à mettre le navire en état de navigabilité se retrouve par l'intermédiaire d'une intégration explicite des R. de L.H.-V. à la charte-partie. À cet égard, l'article 8 de la charte-partie *AMWELSH 93* mise de l'avant par l'*Association of ship Brokers and Agents* (ASBA) pour l'affrètement spécialisé au voyage de charbon stipule une obligation de navigabilité de la part du fréteur fondée sur une diligence raisonnable tout en faisant référence aux exceptions des R. de L.H./V. :

« 8. Exceptions

The Owners shall be bound before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence to make the Vessel seaworthy, and to have her properly manned, equipped and supplied, and neither the Vessel, nor the Master, or Owners shall be, or shall be held liable for any loss of, or damage, or delay to the cargo for causes excepted by the Hague Rules, or the Hague-Visby Rules, where applicable.

Neither the Vessel, her Master or Owners, nor the Charterers shall, unless otherwise expressly provided in this Charter Party, be responsible for loss or damage to, or failure to supply, load, discharge or deliver the cargo resulting from : Act of God, act of war, act of

149. J. PINEAU, préc., note 102, p. 152; E. DU PONTAVICE et P. CORDIER, préc., note 148, p. 313. L'article 6 (1) du Décret n° 66-1078 du 31 déc. 1966 :

« Le fréteur s'oblige :

1° A présenter à la date et au lieu convenus et à maintenir pendant le voyage le navire désigné en bon état de navigabilité, armé et équipé convenablement pour accomplir les opérations prévues dans la charte-partie ;

2° A faire toutes diligences qui dépendent de lui pour exécuter le ou les voyages prévus à la charte-partie. »

Ainsi, l'obligation de navigabilité pourrait à moins de disposition contraire s'exercer avant et au début du voyage.

150. « *GENCON 94* ». *General Uniform Charter* 1994, art. 2, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/gencon94.pdf> (consulté le 22 jan. 2009).

public enemies, pirates or assailing thieves; arrest or restraint of princes, rulers or people; embargoes; seizure under legal process; provided bond is promptly furnished to release vessel or cargo; floods; frosts; fogs; fires; blockades; riots; insurrections; civil commotions; earthquakes; explosion; collisions; strandings and accidents of navigation; accidents at the mines or to machinery or to loading equipment; or any other causes beyond the Owners' or the Charters' control; always provided that such events directly affect the loading and/or discharging process of the Vessel, and its performance under this Charter Party. »¹⁵¹

L'article 18 de la charte-partie *NUVOY* exige du fréteur qu'il s'assure que le navire conserve sa classe, qu'il s'acquitte des exigences techniques et que les membres d'équipage détiennent les compétences nécessaires conformément aux prescriptions sécuritaires :

«18. Vessel

(a) Prerequisites. – Owners shall ensure that :

(aa) (class) the Vessel be classed Lloyd's Register 100 A 1 or equivalent, and Owners shall exercise due diligence to maintain that class throughout the performance of this Charter,

(ab) (technical requirements) the Vessel be equipped to meet the technical requirements as specified in Cl. 4,

(ac) (compliance with regulations etc.) the Vessel and her Master and crew will comply with all safety, health and other statutory rules, regulations and internationally recognized requirements as are necessary to secure safe and unhindered loading, performance of the voyage and discharge of the cargo. »¹⁵²

L'intégration des R. L.H.-V. à la charte-partie fait en sorte que l'obligation de mettre le navire en État de navigabilité n'est exigible qu'au début du voyage. Par contre, une charte-partie, comme la *GENCON 94*, qui ne renvoie pas à de telles dispositions pourrait rendre l'affréteur au voyage responsable de maintenir son navire en état de navigabilité au début ainsi que tout au long du voyage, d'autant qu'il conserve la gestion nautique et commerciale du bâtiment. Comme le souligne Jean Pineaud cela doit s'apprécier *in concreto*¹⁵³. Lorsque le navire est affrété à temps, l'obligation de navigabilité a tendance à viser la durée du contrat

L'obligation de navigabilité pour les affrètements à temps — L'affrètement à temps d'un navire permet à l'affréteur de disposer d'un navire armé pour une période de temps déterminée – de quelques semaines à plusieurs années –. Dans cette relation

151. « *AMWELSH 93* ». *Americanized Welsh Coal Charter*, art. 8, en ligne <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/amwelsh93.pdf> (consulté le 22 jan. 2009).

152. « *NUVOY 84* ». *Universal Voyage Charter Party 1984*, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/nuvoy84.pdf> (consulté le 22 jan. 2009).

153. J. PINEAUD, préc., note 102, p. 152. Quant à l'affrètement au voyage, l'article 6(1) du Décret n° 66-1078 du 31 déc. 1966. voir aussi E. DU PONTAVICE et P. CORDIER, préc., note 148, p. 313 ; M. REMOND-GUILLOUD, préc., note 85, n° 480, p. 312.

contractuelle, le fréteur est responsable de la gestion nautique du navire alors que l'affrèteur s'occupe de sa gestion commerciale¹⁵⁴.

Concernant l'obligation de navigabilité entre l'affrètement au voyage et celui à temps une nuance pourrait s'imposer. En effet, selon Chen Liang, dans le premier cas, cette obligation serait, selon la *common law*, implicitement incorporée à la charte-partie comme s'il s'agissait d'un contrat de transport, tandis qu'elle ne le serait pas dans l'affrètement à temps et qu'elle devrait donc être explicitement mentionnée dans la charte-partie¹⁵⁵. Cette obligation subsiste généralement tout au long des affrètements à temps du fait que le fréteur conserve la gestion nautique du bâtiment¹⁵⁶

L'article 3 de la partie II de la charte-partie en temps *BALTIME 39* de la le *Baltic BIMCO* stipule explicitement l'exigence pour le fréteur d'assurer la bonne condition du navire :

«Owners to Provide
The Owners to provide and pay for all provisions and wages, for insurance of the Vessel, for all deck and engine-room stores and maintain her in a thoroughly efficient state in hull and machinery during service.»¹⁵⁷

L'article 13 de la partie II de la *BALTIME 39* complète cette règle en soulignant que le fréteur est responsable des délais de livraison du navire et des pertes causées à la marchandise advenant la volonté de faire réaliser des opérations pour s'acquitter de son obligation de diligence raisonnable à mettre son navire en état de navigabilité :

«Responsability and Exemption
The Owners only to be responsible for delay in delivery of the Vessel or for delay during the currency of the Charter and for loss or damage to goods on board, if such delay or loss has been caused by want of due diligence on the part of the Owners or their Manager in making the Vessel seaworthy and fitted for the voyage or any other personal act or omission or default of the Owners or their Manager.[...]»¹⁵⁸

154. Y. TASSEL, préc., note 32, n° 343.11 et s., p. 304 et s..

155. C. LIANG, préc. note 146, 10.

156. Quant à l'affrètement à temps, l'article 19 du Décret n° 66-1078 du 31 déc. 1966 stipulent que le fréteur s'oblige à la mise en État de navigabilité du navire au début et pour la durée du contrat. Voir E. DU PONTAVICE et P. CORDIER, préc., note 148, p. 296 ; M. REMOND-GOULLAUD, préc., note 85, n° 480, p. 312. Jean Pineau précise que l'obligation de navigabilité du fréteur dans une charte-partie à temps est non seulement applicable à la livraison mais aussi durant tout le temps que dure la période d'affrètement : J. PINEAU, préc., note 102, p. 143-144.

157. « *BALTIME 1939* ». *Baltic Uniform Time Charter*, 1974, art. 3, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/baltime1939.pdf> (consulté le 22 jan. 2009).

158. « *BALTIME 1939* ». *Baltic Uniform Time Charter*, 1974, art. 13, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/baltime1939.pdf> (consulté le 22 jan. 2009). Voir aussi Danielle BRUDER-BURMAN, *Les droits et obligations du fréteur dans les chartes-parties types « Balttime » et « Gencon »*,

L'article 2 de la charte-partie en temps *NYPE 93* réalisée par l'ASBA exige du fréteur que le navire qu'il met à la disposition de l'affréteur puisse réaliser les opérations de transport pour lequel il a été affrété : « The Vessel on her delivery shall be ready to receive cargo with clean-swept holds and tight, staunch, strong and in every way fitted for ordinary cargo service, having water ballast and with sufficient power to operate all cargo-handling gear simultaneously. »¹⁵⁹ L'article 6 de la *NYPE 93* précise comment le fréteur propriétaire est responsable de la bonne condition du navire durant la période visée par la charte-partie :

« 6. Owners to provide

The Owners shall provide and pay for the insurance of the Vessel, except as otherwise provided, and for all provisions, cabin, deck, engine-room and other necessary stores, including boiler water; shall pay for wages, consular shipping and discharging fees of the crew and charges for port services pertaining to the crew; shall maintain the Vessel's class and keep her in a thoroughly efficient state in hull, machinery and equipment for and during the service, and have a full complement of officers and crew. »¹⁶⁰

Par ailleurs, mentionnons que la durée de l'obligation de navigabilité pour l'affrètement à temps n'est pas uniforme puisqu'il peut exister des approches différentes :

« La durée de cette aptitude [de navigabilité] est plus délicate car deux systèmes juridiques coexistent. En droit anglais, on semble considérer que l'innavigabilité du navire postérieure au début de l'affrètement n'entraîne pas l'obligation de remettre le navire en état de navigabilité, mais plutôt celle de mettre un terme à l'exécution de la charte. Une doctrine différente, dite *seaworthiness by stages*, enseigne que la navigabilité doit être maintenue au début de chaque période distincte de navigation d'un même voyage. Il se peut donc que le contenu de l'obligation varie d'une charte-partie à l'autre. Ainsi la *BALTIME*, dans sa clause 3, prévoit-elle la navigabilité *during service*, tandis que la *LINERTIME* vise l'expression «avant et au début de chaque voyage.»¹⁶¹

L'article 11 de la charte-partie *GENTIME* énoncée en 1999 par la BIMCO stipule des obligations élargies pour le fréteur propriétaire en exigeant qu'il exerce une diligence raisonnable à maintenir son navire dans sa classe, qu'il soit apte à fournir son service pour lequel il est affrété :

«11. Owners' Obligations

Except as provided elsewhere in this Charter Party, the Owners shall deliver the Vessel in the Class indicated in Box 5 and in a thoroughly efficient state of hull and machinery and shall exercise due diligence to maintain the Vessel in such Class and in every fit for the service throughout the period of the Charter Party. [...]

mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1981, p. 30-31 ; C.A. Aix-en-Provence, 20 juin 1972, navire *Acapulco*, *DMF* 1973.276.

159. « *NYPE 93* » *Timecharter New York Produce Exchange Form*, 1993, art. 2, en ligne <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/nype93.pdf> (consulté le 23 sept. 2009); voir aussi W. TETLEY, préc., note 116, p. 148.

160. *NYPE 93*, Art. 6.

161. Y. TASSEL, préc., note 32, n° 343.11, p. 304.

Ainsi, cette disposition souligne que le fréteur est responsable du salaire de l'équipage, de l'inventaire des équipements, des assurances, du soutien à l'équipage notamment quant aux opérations d'acconage, de la validité des certificats et autres documents ainsi que de la dératisation. Par ailleurs, la disposition 18 (a) (iii) de la *GENTIME* stipule que le fréteur est responsable du préjudice causé à la marchandise en raison d'un manquement à son obligation de navigabilité au début de chaque voyage.

L'obligation de navigabilité en affrètement coque-nue — Dans le cadre d'un affrètement coque-nue, ou *bare boat charter* en anglais, il revient à l'affréteur d'armer le navire et d'en assurer tant sa gestion nautique que commerciale. Dans ces conditions, l'obligation de navigabilité tant nautique que commerciale du fréteur n'est valable qu'au départ de l'opération d'affrètement, à savoir au moment de mise à disposition du navire à l'affréteur¹⁶². L'affréteur ayant la gestion du navire tout au long de la période d'affrètement, c'est à lui que revient l'obligation d'assurer son bon état. La charte-partie *BARECON 89* ou sa version plus récente *BARECON 2001* énoncées par le BIMCO constitue un modèle souvent utilisé dans le cadre de l'affrètement coque-nue¹⁶³. Or, l'article 2 de la partie II de *BARECON 89* exige du fréteur qu'il exerce une diligence raisonnable à remettre à l'affréteur coque-nue un navire en état de navigabilité au moment et au lieu convenu :

«2. Delivery (*not applicable to new building vessels*)

The Vessel shall be delivered and taken over by the Charterers at the port or place indicated in Box 13, in such ready berth as the Charterers may direct.

The Owners shall before and at the time of delivery exercise due diligence to make the Vessel seaworthy and in every respect ready in hull, machinery and equipment for service under this Charter. The Vessel shall be properly documented at time of delivery. »¹⁶⁴

162. J. PINEAU, préc., note 102, p. 139. Par ailleurs, l'article 25 du Décret n° 66-1078 du 31 déc. 1966, prévoit que l'obligation de navigabilité du fréteur est applicable au moment de la présentation du navire lors du début de l'exécution du contrat d'affrètement coque-nue. Voir E. DU PONTAVICE et P. CORDIER, préc., note 148, p. 287 ; M. REMOND-GOUILLOU, préc., note 85, n° 478-479, p. 311.

163. « *BARECON 89* ». *Standard Bareboat Charter 1989*, en ligne : <<http://eliteblacksea.com/files/article/barecon89.pdf>> (consulté le 23 sept. 2009) [BARECON 89] ; « *BARECON 2001* ». *Standard Bareboat Charter 2001*, en ligne : <<https://www.bimco.org/Corporate%20Area/Products/idea/~media/Documents/Document%20Samples/Sundry%20Other%20Forms/BARECON2001.ash>> (consulté le 23 sept. 2009) [BARECON 2001]. voir aussi W. TETLEY, préc., note 116, p. 165.

164. BARECON 89, art. 2. L'article 3 de BARECON 2001 est au même effet en plus d'exiger un amarrage sécuritaire. Voir aussi W. TETLEY, préc., note 116, p. 165.

Par contre, l'article 9 de la partie II de la *GENCON 89* exige de l'affrèteur qu'il maintienne le navire dans un bon état d'entretien permettant son exploitation et qui aux fins commerciales rencontre les bonnes pratiques d'entretien généralement reconnues.

« 9. Maintenance and Operation

(a) The Vessel shall during the Charter period be in the full possession and at the absolute disposal for all purposes of the Charterers and under their complete control in every respect. The Charterers shall maintain the Vessel, her machinery, boilers, appurtenances and spare parts in a good state of repair, in efficient operating condition and in accordance with good commercial maintenance practice and, except as provided for in Clause 13 (I), they shall keep the Vessel with unexpired classification of the class indicated in Box 10 and with other required certificates in force at all Times. [...]

(b) The Charterers shall at their own expense and by their own procurement man, victual, navigate, operate, supply, fuel and repair the Vessel whenever required during the Charter period and they shall pay all Charges and expenses of every kind and nature whatsoever incidental to their use and operation of the Vessel under this Charter, including any foreign general municipality and/or state taxes. The Master, officers and crew of the Vessel shall be the servants of the Charterers for all purpose whatsoever, even if for any reason appointed by the Owners.

Charterers shall comply with the regulations regarding officers and crew in force in the country of the Vessel's flag or any other applicable law. »¹⁶⁵

Cette obligation de l'affrèteur à maintenir le navire en état de navigabilité est établie selon des normes commerciales plutôt qu'en fonction de la norme de la diligence raisonnable. C'est là une exigence plus faible d'autant plus que les éléments visés par cette obligation sont exhaustifs. Néanmoins, le respect des normes minimales sécuritaires est explicitement exigé. La mise en œuvre de ces obligations est tributaire de la charge de la preuve exigible en la matière.

La charge de la preuve et les droits exigibles en matière d'affrètement — Si l'affrètement au voyage s'apparente au contrat de transport, il s'agit d'une illusion puisque l'objet du contrat vise un navire. Néanmoins, le frèteur au voyage est tenu à une obligation de moyens renforcé. Ainsi, l'affrèteur peut bénéficier d'un régime de présomption dont la décharge repose sur les épaules du frèteur :

« *“La perte ou l'avarie de la marchandise signifie prima facie quelque chose”* : le seul fait que le dommage à la marchandise existe fait présumer la faute du frèteur au voyage. Il est *a priori* responsable des dommages survenus à la marchandise : la présomption qui pèse sur lui est une présomption de faute, et non de responsabilité. L'affrèteur au voyage n'a qu'à prouver l'existence du dommage, à charge pour le frèteur afin de se libérer de prouver soit qu'il a fait preuve de diligence dans l'accomplissement de ses obligations contractuelles, soit

165. BARECON 89, art. 9 ; BARECON 2001, art. 10.

que le dommage ne tient pas à un manquement à ses obligations. Dès lors, l'obligation qui pèse sur le fréteur est une obligation de moyens renforcée. »¹⁶⁶

Dans le cas de l'affrètement coque-nue et à temps, la charge de la preuve de démontrer l'innavigabilité revient à l'affréteur puisque les régimes de responsabilité n'instituent aucune présomption à l'égard de la défaillance contractuelle :

« Le fréteur coque-nue et le fréteur à temps sont donc tenus d'une obligation de moyens. Dans ces deux cas, le fréteur ne s'oblige à rien en ce qui concerne la marchandise, mais si l'affréteur prouve que le dommage à la marchandise est dû à l'état du navire – c'est-à-dire à l'innavigabilité – alors ce sera au fréteur d'établir qu'il a correctement exécuté ses obligations de fréteur, notamment son obligation de mise en bon état de navigabilité du navire. Il s'agit donc d'une obligation de moyens simple mise à la charge du fréteur, l'affréteur devant prouver non seulement l'existence du dommage, mais également le lien de causalité entre ce dommage et l'inexécution de son obligation par le fréteur. Le fréteur peut dès lors s'exonérer en prouvant qu'il a tout mis en œuvre pour arriver au résultat souhaité : la navigabilité du navire remis à l'affréteur. Finalement, le fréteur devra prouver qu'il a eu le comportement d'un "bon armateur de famille". »¹⁶⁷

Par ailleurs, en général, le défaut du fréteur de mettre un navire en état de navigabilité peut entraîner des sanctions relevant du droit commun à savoir la résiliation du contrat d'affrètement, le non-paiement du fret en plus de la réclamation de dommages et intérêts¹⁶⁸. Toutefois, le régime de responsabilité de l'affrètement entre les parties relève des principes de liberté contractuelle. De cette manière, un fréteur pourrait inclure dans la charte-partie des clauses avantageuses qui, d'une part, n'exigent de lui qu'une simple diligence raisonnable de mettre à la disposition de l'affréteur un navire en état de navigabilité et, d'autre part accorde de nombreux cas d'exonération ou de limitation de responsabilité¹⁶⁹. Mais cette liberté contractuelle n'a aucune emprise sur les dommages subis par les tiers ou même des États en raison de leur manquement à l'égard de leur obligation de navigabilité. En effet, le régime de responsabilité est plutôt extracontractuel,

166. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 154 :. Voir aussi R. RODIÈRE, préc., note 92, n° 315, p. 345. Voir aussi, M. REMOND-GUILLOUD, préc. note 85, n° 486 et s. p. 315 et s. ; Y. TASSEL, préc., note 32, n° 341.13, à la pages 292 et aux n° 344.09 et s. et aux pages 309 et s. ; P. BONASSIES et C. SCAPEL, préc., note 100, n° 764-765. p. 519-520.

167. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 153.

168. *Id.*, p. 154. Concernant la résiliation de la Charte-partie ; *Kish v. Taylor*, [1911-1913] All E.R. Rep. 481 ; *Hong Kong Fir Shipping Co., Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd.*, préc., note 93 ; T. com. Sète, 12 juil. 1960, navire *Sagallo*, *DMF* 1961.422 ; *Johs. Thode v. VDA. De Gimeno y Cia. S.L. (The "Steendiek")*, [1961] 2 L.L.L.R. 138 (C.A.) ; CAMP, 22 déc. 1999, sentence n° 1023, *DMF* 2000.645 ; CAMP, 18 juil. 1980, sentence n° 363, *DMF* 1980.762. Concernant la perte du fret : CAMP, 13 déc. 2002, sentence n° 1075, *DMF* 2003.991.

169. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 164-165.

même délictuelle¹⁷⁰. À cet égard, les assurances peuvent jouer un rôle important, il est donc pertinent de vérifier l'obligation de navigabilité de l'armateur à l'égard de sa relation contractuelle avec l'assureur.

Sous-section 6 L'obligation de navigabilité dans le cadre des contrats d'assurance maritime

Le contrat d'assurance de corps couvre le navire pour les aléas de la navigation maritime, mais il ne couvre pas l'innavigabilité au départ. Ainsi, l'armateur a l'obligation de déclarer, à l'étape de la formation du contrat d'assurance, l'état de navigabilité de son navire, et ce, de bonne foi. D'ailleurs, cette dernière est essentielle pour maintenir l'équité au sein de la relation contractuelle, d'autant que l'assureur n'est pas en mesure de vérifier les déclarations de l'armateur. L'absence de la mention d'une irrégularité touchant la navigabilité du navire peut entraîner l'annulation – en droit français – ou la résiliation – en droit anglais – du contrat d'assurance¹⁷¹. En droit français, tout au long du contrat d'assurance, l'assuré a l'obligation d'exercer une diligence raisonnable pour mettre le navire en état de navigabilité afin que la garantie soit maintenue. En droit anglais, la police d'assurance induit un *warranty of seaworthiness*, autrement dit une garantie implicite de navigabilité, qui exige de la part de l'assuré qu'au début de chaque voyage le navire soit en état de navigabilité. De plus, la clause « Inchmaree » des contrats d'assurance de corps exige là aussi que l'assuré fasse diligence raisonnable pour mettre le navire en état de navigabilité pour assurer la mise en œuvre de la garantie¹⁷². Pour les assurances des marchandises transportées, les clauses A, B et C de l'*Institute Marine Cargo* (IMC) qui

170. T. gr inst. Paris, 16 jan. 2008, navire *Erika* : <<http://coordination-maree-noire.eu/spip.php?article6487>> (consulté le 7 sept. 2010). [Aff. *Erika*]. Confirmé par la Cour d'appel de Paris : C.A. Paris, 30 mars 2010, n° RG 08/02278, navire *Erika*, en ligne : <http://coordination-maree-noire.eu/IMG/pdf_0802278A_-_pdf> (consulté le 7 sept. 2010) [Aff. *Erika* en appel]. Voir aussi CAMP, 30 mars 1990, sentence n° 766, *DMF* 1991.47 ; CAMP, 15 oct. 1996, sentence n° 950, *DMF* 1997.286.

171. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 263-266. Voir aussi R. Rodière, préc. note 85.388.

172. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 281. Voir *Thames and Mersey Marine Insurance Co. vs. Hamilton, Fraser & Co.*, [1887] 12 A.C. 484 (H.L.); *Prudent Tankers Ltd. SA v. Dominion Insurance Co. Ltd. (The "Caribbean Sea")*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 338 (Q.B.).

régissent l'assurance sur le fret ont énoncé aux articles 5 de chacune d'entre elles un obligation de navigabilité pour bénéficiaire de la couverture d'assurance :

« 5.1 In no case shall this insurance cover loss, damage or expense arising from unseaworthiness of vessel or craft, unfitness of vessel craft conveyance container or liftvan for the safe carriage of the subject-matter insured, where the Assured or their servants are privy to such unseaworthiness or unfitness, at the time the subject-matter insured is loaded therein.

5.2 The Underwriters waive any breach of the implied warranties of seaworthiness of the ship and fitness of the ship to carry the subject-matter insured to destination, unless the Assured or their servants are privy to such unseaworthiness or unfitness. »¹⁷³

Par conséquent, les chargeurs ont avantage à s'informer de la navigabilité des navires sur lesquels ils souhaitent faire transporter la marchandise, même s'ils ont peu d'emprise sur la bonne marche de ceux-ci. Ils sont vulnérables aux déclarations des transporteurs à l'égard de la qualité de leur navire. Dans la mesure où l'information est compilée sur une base de données qui est externe, crédible et disponible, les chargeurs – du moins leurs courtiers – seraient avisés de la consulter.

En conclusion du chapitre — Les standards de qualité des navires sont dûment établis par le droit positif. Des conventions issues du droit international public instaurent de manière très explicite des prescriptions sécuritaires précises. Par ailleurs, l'obligation de navigabilité répandue en droit maritime fait peser sur les épaules de l'armateur une responsabilité supplémentaire d'agir pour s'assurer que son navire soit en bonne condition. On peut d'ores et déjà affirmer que les règles qui régissent la sécurité des navires, de leur équipage, de leurs passagers et de la marchandise qu'ils transportent existent et se développent toujours de manière plus précise. Toutefois, si le droit existe, encore faut-il que ce droit positif détermine aussi les instruments qui assurent la mise en œuvre des prescriptions. En d'autres termes, les moyens de renforcement juridique, notamment par le contrôle, doivent aussi exister pour assurer le droit.

173. « *Institute Marine Cargo* » (Clauses A, B & C), en ligne : <<http://www.jus.uio.no/lm/private.international.commercial.law/insurance.html>> (consulté le 16 oct. 2009).

Chapitre 2

Le droit positif international régissant le contrôle du respect des normes de sécurité et de navigabilité des navires

Généralement, le droit international public conventionnel désigne les autorités chargées de contrôler le respect de leurs dispositions. En l'espèce, les conventions internationales qui énoncent les normes de qualité nautique pour les navires tout en désignent les autorités chargées de les contrôler et en les dotant de prérogatives pour mener concrètement et efficacement ces contrôles et d'exiger les corrections nécessaires aux lacunes sécuritaires. Or, les conventions internationales sécuritaires visées précédemment ou encore les traités internationaux stipulant les règles du droit de la mer désignent généralement l'État du pavillon, l'État côtier ou encore l'État du port expressément comme les entités publiques autorisées à prendre des mesures sécuritaires à bord des navires. Ainsi, ceux-ci bénéficient d'une reconnaissance formelle de leur capacité souveraine d'intervention. Nous tâcherons d'établir les règles inscrites au droit positif international qui autorisent l'intervention de chacune de ces autorités. Par ailleurs, les sociétés de classification ne doivent pas être négligées dans l'analyse du processus de contrôle puisqu'il revient à ces institutions privées de mener des inspections sur les qualités nautiques du navire pour le compte de leurs clients et de faire le suivi de la situation sécuritaire à bord.

Section 1 Les obligations de l'État du pavillon en matière de sécurité maritime

Le navire est soumis aux prérogatives de l'État dans lequel il est inscrit au registre maritime. Pour publiciser sa nationalité, le pavillon de cet État est hissé au mât de poupe du bâtiment. Ainsi, le pavillon est la preuve *prima facie* de sa nationalité; autrement dit,

c'est sa métaphore¹⁷⁴. Il faut alors parler de l'État du pavillon lequel est au centre du principe de nationalité des navires. Celui-ci est d'ailleurs complémentaire aux principes de liberté des mers, *mare liberum*, qui s'est établi depuis le début du 17^e siècle en droit international, depuis l'époque où le juriste Hugo Grotius a défendu la thèse que la mer n'était pas susceptible d'appropriation individuelle ou collective comme principe fondateur d'un droit moderne de la mer ainsi que d'une liberté de commerce international¹⁷⁵. Ce principe présuppose qu'au-delà des limites côtières, aucun État ne peut exercer d'autorité souveraine en haute mer. Le 7 septembre 1927, dans sa décision rendue dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de justice internationale a confirmé ce principe :

« Le principe de liberté de la mer a pour conséquence que le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'État dont il porte le pavillon, car, comme dans le territoire, cet État y fait valoir son autorité et aucun autre État ne peut y exercer la sienne. Tout ce qu'on peut dire est que, en vertu du principe de la liberté de la mer, un navire est placé dans la même situation que le territoire de l'État ; [...] ».¹⁷⁶

Traditionnellement, en haute mer, l'État du pavillon exerce de manière exclusive sa juridiction sur le navire, à l'image d'une île flottante¹⁷⁷. Comme le souligne clairement la Cour permanente de justice internationale : « Il s'ensuit que ce qui se passe à bord d'un

174. Haijiang YANG, *Jurisdiction of the Coastal State Over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea*, New York, Springer, 2006, p. 20 ; Maurice KAMTO, « La nationalité du navire en droit international public », dans Laurent LUCCHINI et Jean-Pierre QUÉNEUDEC (dir.), *La mer et son droit : mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, A. Pédone, 2003, p. 343, n° 62, à la page 362.

175. Edwin H. ANDERSON, « The Nationality of Ships and Flag of Convenience: Economics, Politics, and Alternatives », (1996) 21 *Tul.Mar.L.J.* 139, 140 ; Carmen CASADO, « Vessels on the High Seas: Using a Model Flag State Compliance Agreement to Control Marine Pollution », (2004-2005) 35 *Cal. W.Int'l L.J.* 203, 209 ; Pierre Angelelli et Yves Moretti reprennent tels quels les propos d'Hugo Grotius :

« IX.1 Il faut avouer pourtant, que dans toutes les parties de la Mer qui étoient connües du tems de l'Empire Romain, depuis les premiers Siècles jusques à Justinien, il avoit été établi par le Droit de Gens, qu'aucun peuple ne pourroient s'emparer de la Mer, pas même pour le simple droit de Pêche. (...) »

« X. 3. Cependant, comme le Droit des Gens a pu défendre bien des choses que le Droit Naturel permet, s'il a été établi par une espèce de commun consentement des Peuples, que la Mer ne seroit susceptible de propriété en aucune sorte, un peuple ne pourra point s'approprier un coin de Mer, quelque petite qu'il soit (...) » : P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 39 ; reprenant Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, livre II, Chapitre III, 1604, (traduction française de *De jure belli et pacis*, 1724).

Cette thèse a été contestée par John Selden qui invoquait la possibilité de s'approprier les mers : John SELDEN, *Mare Clausum seu de dominio maris libri duo*, Londres, 1635. Voir aussi Tullio SCOVAZZI, « La liberté de la mer : vers l'affaiblissement d'un principe vénérable ? », *A.D.Mer* 1998.13.18. ; Monica Brito VIEIRA, « Mare Liberum vs. Mare Clausum : Grotius, Freitas, and Selden's Debate on Dominion over the Seas », (2003) 64-3 *Journal of the history of ideas* 361.

176. Affaire du « Lotus » (France c. Turquie), 1927 P.C.I.J. (Serie A) No. 10, p. 25 (7 sept. 1927) [Aff. *Lotus*]. Voir aussi E. DURUIGBO, préc., note 47, 106 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 365, p. 162.

177. E. DURUIGBO, préc., note 47, 105 ; David F. MATLIN, « Re-evaluating the Status of Flags of Convenience Under International Law », 23 *Vand. J. Transnat'l L.* 1017, 1022.

navire en haute mer doit être regardé comme s'étant passé dans le territoire de l'État dont le navire porte le pavillon. »¹⁷⁸ Ainsi, la loi du pavillon s'exerce à bord d'un navire de façon à combler le vide juridique imposé par le principe de liberté des mers dans les eaux internationales. Cette emprise juridique permet d'assurer l'ordre public international partout à travers le monde¹⁷⁹. Toutefois, pour s'assurer de l'absence de chaos sur les mers encore faut-il cerner les liens qui existent entre le navire et l'État du pavillon, notamment les règles d'attribution de la souveraineté, l'exigence d'un lien substantiel entre eux ainsi que la responsabilité et les prérogatives de l'État du pavillon à mener des contrôles à bord des navires.

La souveraineté des États du pavillon quant à l'attribution de la nationalité à des navires — Les pays déterminent les conditions pour lesquelles ils accordent leur nationalité selon le principe fondamental de souveraineté. Ils sont donc en mesure de choisir les navires auxquels ils accordent le droit de battre leur pavillon et d'être reconnus par la communauté internationale comme faisant partie de leur flotte commerciale¹⁸⁰. Ce principe a d'abord été établi en 1875 dans le cadre de la décision rendue par le Tribunal arbitral dans l'affaire *Montijo* qui opposait la Colombie aux États-Unis d'Amérique : « Le soussigné ne peut revenir sur le fait qui ne présente aucun doute, à savoir que le Gouvernement des États-Unis considère le Montijo comme bateau américain. Sur ce point, ce gouvernement est seul juge »¹⁸¹. En 1905, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye a rendu, dans l'affaire des *Boutres de Mascate* opposant le Royaume-Uni à la France, une sentence dans lequel ce principe a aussi été retenu : « [E]n général, il appartient à tout État souverain de décider à qui il accordera le droit d'arborer son pavillon et de fixer les règles auxquelles l'octroi de ce droit sera soumis [...] »¹⁸². En 1953, l'arrêt *Lauritzen v. Larsen* rendu par un

178. Aff *Lotus*, préc. note 176.

179. P. B. PAYOYO, préc., note 20, p. 7 ; Ademuni ODEKE, « Port State Control and UK Law », (1997) 28 *J. Mar. L. & Com* 657, 658.

180. P. B. PAYOYO, préc., note 20, p. 5 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 97 ; M. KAMTO, préc., note 174, n° 13, à la page 346.

181. Citation du surarbitre Robert Bunch repris dans Alexandre MAKAROV, « Affaire du Montijo (Colombie c. États-Unis) », 26 juil. 1875 dans A. DE LA PRADELLE et N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. III, Paris, Éditions internationales, 1954, p. 651, à la p. 669. Voir aussi M. KAMTO, préc., note 174, n°15 à la note 18, à la page 346.

182. Affaire des *boutres de Mascate* (France, Grande-Bretagne), 8 août 1905, XI R.S.A. 83, 93. Voir aussi M. KAMTO, préc., note 174, n° 15, à la note 19, à la page 346 ; E. H. ANDERSON, préc., note 175, 145 ; H. YANG, préc., note 174, p. 18 ; D. F. MATLIN, préc., note 177, 1030.

tribunal américain a confirmé la possibilité pour les États d'immatriculer librement les navires¹⁸³. En fait, l'État du pavillon détermine souverainement les conditions d'immatriculation et d'attribution de la nationalité aux navires¹⁸⁴. Cette perspective ouvre toute grande la porte à la possibilité pour les pays de mettre de l'avant une politique de libre immatriculation qui offre l'occasion aux armateurs d'enregistrer leur navire dans un autre État que celui duquel ils sont ressortissants, mais encore faut-il un lien substantiel pour permettre l'attribution d'une nationalité.

L'exigence d'un lien substantiel entre le navire et l'État du pavillon — La liberté d'immatriculation d'un navire par un État est soumise à l'exigence d'un lien substantiel entre eux, appelé *Genuine link* en anglais¹⁸⁵. Ce dernier constitue un concept incontournable et est une composante essentielle à la nationalité tel que défini dans l'arrêt *Nottebohm* rendu en 1955 par la Cour internationale de justice (CIJ)¹⁸⁶. Dans cette affaire, l'analyse du lien substantiel qui existe entre un individu et l'État envers lequel il se prétend ressortissant est au centre des considérations du tribunal. En outre, des relations empreintes d'intérêts et de sentiments doivent permettre d'établir l'existence d'un rapport étroit et privilégié avec le pays duquel la nationalité est revendiquée. Néanmoins, il reste que selon la CIJ « le droit international laisse à chaque État le soin de déterminer l'attribution de sa propre nationalité »¹⁸⁷. Concernant la nationalité d'un navire, l'article 5 de la *Convention sur la haute mer* (CHM)¹⁸⁸ exige l'existence d'un lien substantiel entre ce dernier et l'État du pavillon duquel il tire sa nationalité¹⁸⁹. Cette exigence est réitérée par l'article 91 (1)

183. *Lauritzen v. Larsen*, 1953 AMC 1210, 1218 (U.S., 25 mai 1953). Voir aussi E. H. ANDERSON, préc., note 175, 146 ; D. F. MATLIN, préc., note 177, 1030.

184. Conformément aux principes d'exercice de la souveraineté, la création des registres maritimes et les conditions d'inscription des navires relèvent de l'ordre interne des États du pavillon. Ceux-ci y trouvent le moyen de bénéficier d'une marge de manœuvre afin de moduler les exigences à l'immatriculation au point de pouvoir créer plusieurs registres, même ouverts, les pavillons bis : P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 160, 166-167.

185. Étonnamment, exprimant le même concept, les deux expressions ne sont pas équivalentes quant à leur substance. Faudrait-il plutôt parler de « lien authentique » en français ou encore de « *substantial link* » ou « *significant link* » en anglais ? Voir Robert R. CHURCHILL, « The Meaning of the «genuine link» Requirement in Relation to the nationality of ships », oct. 2000, p.11, en ligne : < <http://www.oceanlaw.net/projects/consultancy/pdf/ITF-Oct2000.pdf> > (consulté le 17 mai 2010).

186. *Nottebohm (Liech. v. Guat.)*, [1955] I.C.J. Rep. 4 (apr.6).

187. *Id.*, 23. Voir aussi M. KAMTO, préc., note 174, n° 15, à la p. 346 ; D. F. MATLIN, préc., note 177, 1031.

188. *Convention sur la Haute-mer*, Genève, 29 avril 1958, (1963) 450 R.T.N.U. 11 (n° 6465) [CHM].

189. CHM, art. 5(1) :

CNUDM¹⁹⁰. Toutefois, dans le domaine maritime, la notion de lien substantiel est loin d'être définie¹⁹¹ et la doctrine est plutôt partagée quant à la portée de ce principe¹⁹². À cet égard, Anderson revient à l'arrêt *Nottebohm* pour fonder le principe de lien substantiel en matière d'immatriculation maritime. Pour lui, la question se résume à savoir comment définir des rapports étroits et privilégiés dans un contexte d'immatriculation si ce n'est tout simplement que par la finalisation de la procédure d'enregistrement elle-même.¹⁹³ Toutefois, l'utilisation du principe de nationalité envers les navires, tel qu'élaboré dans l'arrêt *Nottebohm*, est critiquable puisque le lien substantiel, au sens de cet arrêt, ne peut s'appliquer qu'exclusivement aux personnes physiques. Les navires ne peuvent avoir, de par leur nature, de sentiment d'attachement. De plus, pour la majorité des navires, leurs

«1. Chaque État fixe les conditions auxquelles il accorde sa nationalité aux navires ainsi que les conditions d'immatriculation et du droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'État dont ils sont autorisés à battre pavillon. Il doit exister un lien substantiel entre l'État et le navire; l'État doit notamment exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines technique, administratif et social, sur les navires battant son pavillon.»

Voir aussi E. H. ANDERSON, préc., note 175, 148.

190. L'article 91(1) UNCLOS :

«1. Chaque État fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires sur son territoire et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'État dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Il doit exister un lien substantiel entre l'État et le navire.»

Voir aussi P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 41 ; Shayna FRAWLEY, « The Great Compromise : Labour Unions, Flags of Convenience and the Rights of Seafarers », (2005) 19 *Windsor Rev. of Legal & Soc. Issues* 85, 87.

191. Moira L. MCCONNELL, « «...Darkening Confusion Mounted Upon Darkening Confusion» : The Search for the Elusive Genuine Link », (1985) 16 *J. Mar. L & Com.* 365, 373 ; R.-J. DUPUY, D. VIGNES (dir.), préc., note 25, p. 354-357 ; R. R. CHURCHILL, préc., 185.

192. Selon Boczek, le lien substantiel est définie par l'exercice d'un contrôle effectif du navire en hauteur par l'État pavillonnaire : « genuine link [...] must be interpreted as a general rule laying down, in the interests of safety and order of navigation, the duty of flag State to control effectively on the high seas the ships flying its flag » : Boleslaw Adam BOCZEK, *Flags of Convenience: An International Legal Study* Harvard, University Press, 1962, p. 283. O'Connell souligne que la notion de lien substantiel est inapplicable aux navires : « [t]he problem with the application of the 'genuine link' theory to ships is that no explicit connection can be established between ship and State when ship is owned by a juristic person whose own composition may be nationally disparate » : Daniel Patrick O'CONNELL et Ivan Anthony SHEARER, *The International Law of the Sea*, vol. 2, Oxford, Clarendon press, 1984, p. 760. McConnell s'interroge sur la précision de la preuve qui doit être donnée à la notion de lien substantiel : « Is effective control *proof* of genuine link, a consequence of it, or a condition precedent to registration? » : M L. MCCONNELL, préc., note 191, 376. Bettink souligne qu'en pratique le lien substantiel est une notion non-effective qui reste soumise à l'appréciation discrétionnaire des États : « If the lack of a genuine link would not be sanctioned by international law, States could in practice implement the concept as they wished » : Wefers H. W. BETTINCK, « Open Registry, the Genuine Link and the 1986 Convention on Registration Conditions for Ships », (1987) 18 *N.Y.I.L.* 69, 86.

193. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 149 ; C. CASADO, préc., note 175, 210.

opérations de transport les amènent rarement, sinon jamais, à faire escale dans le territoire de leur pavillon. D'où l'idée d'un lien substantiel moins contraignant pour les navires avec l'idée que le rattachement « c'est au fond, la nationalité sans la citoyenneté, la nationalité ramenée, réduite, rabattue à la seule désignation de la loi applicable »¹⁹⁴. Bref, la nationalité des navires impliquerait une simple fiction juridique aux limites de l'anthropomorphisme¹⁹⁵ laquelle se réduit à la réalisation des procédures d'immatriculation.

Par ailleurs, cette simplification du lien substantiel à l'opération d'immatriculation du navire n'est pas déraisonnable. En effet, contrairement aux individus qui peuvent bénéficier de la double nationalité, un navire ne peut être soumis à plus d'un pavillon, ni être apatride¹⁹⁶. D'ailleurs, soulignons que si la relation mutuelle juridique avec un État est conditionnelle à la réalisation préalable du processus d'immatriculation, il en découle de ce dernier un lien entre eux qui est somme toute substantiel.

Comme nous pourrons le constater ultérieurement, cette situation est contre-productive par rapport aux objectifs sécuritaires d'une régulation internationale fondée sur le principe de nationalité d'un navire lequel suffirait normalement à renforcement des normes internationales de sécurité¹⁹⁷. Qui plus est, le flou qui entoure la notion de lien substantiel favorise la complexification des enjeux sécuritaires dans le secteur du transport maritime, et ce, dans la mesure où les liens entre les navires et l'État pavillonnaire sont souvent ténus d'autant que l'administration des navires peut être partagée entre plusieurs sociétés de gestion installées dans différents pays¹⁹⁸.

Jusqu'à récemment, la jurisprudence internationale relative à la définition du lien substantiel était restée imprécise. Il y a d'abord eu le rendez-vous manqué de l'avis consultatif du 8 juin 1960 relatif à la *Composition du Comité de la Sécurité maritime de*

194. Jean-Pierre LABORDE, « De la nationalité du navire », *DMF* 2005.803.805. Voir aussi O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 13 ; Antoine VIALARD, *Droit maritime*, Coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1997, n° 295, p. 257 et n° 300, p. 260 ; R. R. CHURCHILL, préc., 185 ; M. KAMTO, préc., note 174, n° 1-6 et 23, aux pages 343, 344 et 349. D. F. MATLIN, préc., note 177, 1033.

195. M. KAMTO, préc., note 174, n° 6, à la page 344.

196. CNUDM, art. 94 ; CHM, art. 10.

197. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 148 et 149. Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 267.

198. *Infra*, p. 145.

*l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*¹⁹⁹. En effet, dans cette affaire, la CIJ devait déterminer si le Panama et le Liberia constituaient des puissances maritimes, dans la mesure où ces États sont détenteurs de flottes commerciales importantes. Or, la Cour a statué que la notion de puissance maritime se limite simplement au tonnage enregistré, et ce, sans se pencher sur la nécessité de définir et d'établir un lien substantiel entre le navire et son pavillon²⁰⁰. En 1970, dans l'arrêt *The Barcelona Traction*, le juge Jessup de la CIJ déclare «If a State purports to confer its nationality on ships by allowing them to fly its flag, without assuring that they meet such tests as management, ownership, jurisdiction and control, other States are not bound to recognise the asserted nationality of the ship.»²⁰¹ Néanmoins, ce type de test proposé, du moins la non-reconnaissance par les autres États, reste sans suite au sein de la jurisprudence internationale. Au contraire, tout récemment, des décisions internationales et européennes ont confirmé l'approche du lien substantiel fondé sur la simple immatriculation. En 1992, dans le cadre de l'affaire *Kriminal og Skifteret c/ P. M. Poulsen, Diva Corporation*, la Cour de justice des communautés européennes a explicitement et exclusivement lié la nationalité d'un navire à la réalisation du processus d'enregistrement :

« 13 En vue de répondre à cette question, il convient de relever qu'en vertu du droit international un bateau n'a en principe qu'une seule nationalité, à savoir celle de l'État dans lequel il est enregistré [...]

15 Que le seul lien rattachant le bateau à l'État dont il a la nationalité est la formalité administrative de l'enregistrement n'est pas de nature à écarter l'application de cette règle. En effet, il appartenait à l'État ayant attribué en premier lieu sa nationalité de déterminer de manière souveraine les conditions d'octroi de sa nationalité [...]. »²⁰²

-
199. *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime, Avis consultatif du 8 juin 1960* [1960] CIJ rec. 150 en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2418.pdf>> (consulté le 10 mai 2010) [Avis consultatif du 8 juin 1960]. Voir aussi B A BOCZEK, préc., note 192, p. 125 et ss.
200. B A BOCZEK, préc., note 192, p. 154 ; O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 16 ; H. YANG, préc., note 174, p. 22.
201. *The Barcelona Traction Case*, [1970] ICJ Rep. 1, 188. Voir M. KAMTO, préc., note 174, n° 20, à la page 348.
202. Cour de justice des Communautés, 24 nov. 1992, C-286/90, *Anklagemyndigheden c. P. M. Poulsen, Diva Corporation*, *Recueil de jurisprudence* 1992.6019, par. 13 et 15. Cette règle sera reprise dans Cour de justice des Communautés, 2 déc. 1992, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, C-280/89, E.C.R. 1992.I-6185, par. 24. Voir aussi C. SCAPEL, préc., note 11, à la page 133 ; R. R. CHURCHILL, préc., 185.

Le nouveau Tribunal international du droit de la mer (TIDM), dans le cadre de son second arrêt du *Saiga* rendu le 1^{er} juillet 1999²⁰³, a aussi opté pour l'approche d'une simple exigence d'immatriculation pour fonder la nationalité d'un navire :

« Il n'y a rien dans l'article 94 qui permette à un Etat, qui découvre la preuve de l'absence d'une juridiction et d'un contrôle appropriés par l'Etat du pavillon sur un navire, de refuser de reconnaître le droit qu'a le navire de battre le pavillon de l'Etat du pavillon.

83. La conclusion qu'en tire le Tribunal est que le but des dispositions de la Convention relatives à l'exigence d'un lien substantiel entre un navire et l'Etat dont il bat le pavillon est d'assurer un respect plus efficace par les Etats du pavillon de leurs obligations, et non d'établir des critères susceptibles d'être invoqués par d'autres Etats pour contester la validité de l'immatriculation de navires dans un Etat du pavillon. »²⁰⁴

Ainsi, l'approche libérale du lien substantiel est en vigueur aujourd'hui. Or, l'absence d'une définition étroite en droit international a conduit, depuis les trente dernières années, au développement d'une pratique généralisée de la libre immatriculation²⁰⁵. Constatant la diminution de l'emprise sécuritaire des pays de libre immatriculation sur les navires inscrits à leur registre, plusieurs pays ont cherché à renforcer la qualité du lien substantiel exigé.

À cet égard, la *Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires*²⁰⁶, conclue en 1986 à Genève, est restée une vaine tentative d'un groupe de pays développés de faire reconnaître en droit des conditions restrictives relatives à la reconnaissance du lien substantiel aux fins de la détermination de la nationalité du navire. Malgré le fait que plusieurs conditions aient disparues ou encore aient été « adoucies » lors des négociations, cet instrument n'a toujours pas été ratifié par un nombre suffisant d'États pour la mettre en vigueur. De toute manière, dans sa formule actuelle, cette convention ne ferait qu'officialiser un flou juridique, la discrétion d'établir les conditions d'inscription au

203. *Affaire du Saiga No 2 (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, [1999] 2 I.T.L.O.S., en ligne : <http://www.itlos.org/start2_fr.html> (consulté le 10 avril 2009).

204. *Id.*, par 82-83. Voir aussi P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 42 ; H. YANG, préc., note 174, p. 22 ; Agustin BLANCO-BAZAN, « L'Organisation Maritime Internationale et le renforcement de l'application par l'État du pavillon de traité en matière de sécurité de la navigation et de prévention de la pollution du milieu marin », dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, Paris, A. Pedone, 2008, p. 227, à la page 228 ; Annick DE MARFFY-MANTUANO, « Rapport général » dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, préc. à la présente note, p. 185, à la page 195 ; M. KAMTO, préc., note 174, n° 15 et 27, aux pages 347 et 350.

205. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 161.

206. *Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires*, 7 fév. 1986, rés. AG 37/209, Doc. Off. A.G.N.U., 37^e session, supp. n° 51 Doc N.U. A/37/51 (1986) [CNUCIN].

registre maritime étant toujours laissée aux États du pavillon²⁰⁷. Par ailleurs, les nouveaux critères mis de l'avant par la convention menacent la souveraineté des pays de définir pleinement les conditions d'attribution de la nationalité. En définitive, la *realpolitik* condamne cette convention, sous sa forme actuelle, au rejet par un grand nombre d'États concernés²⁰⁸.

En somme, la notion de « lien substantiel » est l'un des éléments essentiels à la résolution des problèmes de sécurité maritime. En effet, l'absence d'une définition restrictive du lien substantiel ouvre toute grande la porte non seulement à la pratique de la libre immatriculation, mais aussi à la perversion de sa pratique, à savoir des États qui enregistrent des navires étrangers sans nécessairement se soucier de leur responsabilité de contrôler leur condition sécuritaire; c'est l'origine des pavillons de complaisance²⁰⁹.

La responsabilité de l'État du pavillon relatif au contrôle de la sécurité à bord des navires immatriculés sur son territoire — L'inscription au registre maritime est l'acte originel par lequel la nationalité ainsi que les droits et devoirs de l'État du pavillon sont établis à l'endroit d'un navire²¹⁰. La contrepartie est que ce dernier bénéficie de la

207. selon l'article 7 de la CNUCIN, l'État du pavillon jouit d'une parfaite discrétion pour déterminer le niveau de participation des intérêts nationaux nécessaire quant à la gestion d'un navire inscrit à son registre. L'article 9 permet à l'État pavillonnaire de fixer la proportion de citoyens nationaux qui doivent être membres de l'équipage du navire, sans toutefois énoncer un pourcentage minimum à cet effet. L'article 10 souligne qu'un seul représentant local de l'armateur est nécessaire pour rencontrer les exigences. L'article 11 stipule une obligation de transparence quant à la gestion sans que des mesures ne soient prévues pour permettre, en pratique, la levée du voile corporatif ainsi que l'identification du véritable propriétaire. Voir O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 19 ; E. DURUIGBO, préc., note 47, 119 ; E. H. ANDERSON, préc., note 175, 150.

208. A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, aux pages 228-229 ; A. DE MARFFY-MANTUANO, préc., note 204, à la page 195 ; Slim HABIB, « Les pavillon de complaisance » dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, préc., note 204, p. 81, à la page 91.

209. *Infra*, p. 158. Par ailleurs, dès à présent nous référons à la question de Blanco-Bazan pour anticiper la problématique de la complaisance associée au lien substantiel :

«Pourquoi cette réticence à introduire dans le droit international une définition un peu plus précise du « lien substantiel » ?

À mon avis, la réponse est que nous habitons un monde capitaliste. Dans ce monde, les questions touchant à la propriété des navires sont des questions économiques relevant du droit commercial ou du droit des sociétés. La question de la propriété de navires est manifestement étrangère à l'objet du droit de la mer et au mandat des organisations internationales tels qu'ils ressortent de la Convention sur le droit de la mer. Pour mettre en œuvre la législation internationale sur la question de la propriété des navires, il faudrait réexaminer partout la question de la propriété dans le droit international des entreprises ou corporations économiques.» : A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, la page 229.

210. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 7.

protection de l'État du pavillon tout en ayant l'obligation de se soumettre à ses lois, notamment les règles sécuritaires qui y sont prescrites.

L'inscription du navire au registre signifie aussi que l'État du pavillon y exerce une autorité de contrôle : « By placing a ship on its register, a State assumes the authority to exercise over the ship and undertakes the national and international responsibilities of a flag State in relation to that ship. »²¹¹ À cet égard, les articles 10 CHM²¹² et 94 CNUDM²¹³ indiquent que le pouvoir et la responsabilité de contrôler la sécurité à bord relèvent de l'État du pavillon. Ce contrôle doit être réalisé sur tous les aspects du navire, et ce, tout au long de son existence : « Les Etats du pavillon sont tenus de prendre les mesures qui sont nécessaires

211. *Id.*

212. CHM, art. 10 :

«1. Tout État est tenu de prendre à l'égard des navires arborant son pavillon les mesures nécessaires pour assurer la sécurité en mer notamment en ce qui concerne :

- a) L'emploi des signaux, l'entretien des communications et la prévention des abordages;
- b) La composition et les conditions de travail des équipages, en tenant compte des instruments internationaux applicables en matière de travail;
- c) La construction et l'armement du navire et son aptitude à tenir la mer.

2. En prescrivant ces mesures, chaque État est tenu de se conformer aux normes internationales généralement acceptées et de prendre toutes les dispositions nécessaires pour en assurer le respect.»

213. CNUDM, art. 94 :

«1. Tout État exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon.

[...]

3. Tout État prend à l'égard des navires battant son pavillon les mesures nécessaires pour assurer la sécurité en mer, notamment en ce qui concerne :

- a) la construction et l'équipement du navire et sa navigabilité ;
- b) la composition, les conditions de travail et la formation des équipages, en tenant compte des instruments internationaux applicables ;
- c) l'emploi des signaux, le bon fonctionnement des communications et la prévention des abordages.

4. Ces mesures comprennent celles qui sont nécessaires pour s'assurer que :

- a) Tout navire est inspecté, avant son inscription au registre et, ultérieurement, à des intervalles appropriés, par un inspecteur maritime qualifié, et qu'il a à son bord les cartes maritimes, les publications nautiques ainsi que le matériel et les instruments de navigation que requiert la sécurité de la navigation ;
- b) Tout navire est confié à un capitaine et à des officiers possédant les qualifications voulues, en particulier en ce qui concerne la manœuvre, la navigation, les communications et la conduite des machines, et que l'équipage possède les qualifications voulues et est suffisamment nombreux eu égard au type, à la dimension, à la machinerie et à l'équipement du navire ;
- c) Le capitaine, les officiers et, dans la mesure du nécessaire, l'équipage connaissent parfaitement et sont tenus de respecter les règles internationales applicables concernant la sauvegarde de la vie humaine en mer, la prévention des abordages, la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution et le maintien des services de radiocommunication.»

pour assurer la sécurité en mer -- armement des navires, conditions de travail, formation des équipages, construction, équipement et navigabilité des navires, emploi des signaux, entretien des moyens de communication et prévention des collisions. »²¹⁴

Les prérogatives de l'État du pavillon entourant leur exercice de contrôle — La CHM et la CNUDM indiquent que les États du pavillon ont la responsabilité de contrôler les navires qui sont sous leur juridiction, mais elles se gardent bien de dicter le détail de leurs prérogatives quant au contrôle qui doit être exercé, notamment quant aux différents critères d'inspection²¹⁵. Or, les activités de contrôle de ces États se fondent sur des normes et des modalités d'inspection qu'ils prescrivent. Par ailleurs, leur prérogative de contrôle, souvent discrétionnaire, fait en sorte qu'il est possible pour les États du pavillon de mandater d'autres États ou encore plus fréquemment des sociétés de classification pour qu'ils réalisent les inspections nécessaires. Cette option permet d'ailleurs de bénéficier d'avantages liés à l'accès d'un réseau élargi d'inspecteurs répartis à travers le monde²¹⁶.

Or, le principal problème de l'enregistrement des navires dans des États qui permettent la libre immatriculation se trouve dans le lien substantiel qui existe entre eux est souvent très ténu sinon presque inexistant et l'emprise de l'autorité étatique sur les navires est considérablement réduite. Ainsi, si certains proposent de redéfinir la notion de lien substantiel pour renforcer le contrôle par l'État du pavillon, d'autres privilégient l'intervention de l'État côtier et de l'État portuaire pour pallier le manque de contrôle sécuritaire²¹⁷. Des prérogatives de contrôle sur les navires mettent en péril la compétence exclusive et souveraine de l'État du pavillon²¹⁸.

214. OCDE, préc., note 6, p. 5 ; A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, à la page 227 ; A. DE MARFFY-MANTUANO, préc., note 204, aux pages 188-190 ; M. KAMTO, préc., note 174, n° 66, à la page 363 ; A. CLARKE, préc., note 6, 203.

215. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 140.

216. *Infra*, p. 95.

217. George K. WALKER et John E. NOYES, « Definitions for the 1982 Law of the Sea Convention - Part II », (2002-2003) 33 *Cal. W. Int'l L.J.* 191, 314 à 316.

218. H. YANG, préc., note 174, p. 26

Section 2 Les droits de l'État côtier en regard de la sécurité des navires circulant dans ses zones maritimes

Longtemps, l'État côtier, anciennement appelé État riverain, s'est limité à exercer des prérogatives souveraines sur une étroite bande maritime longeant ses côtes²¹⁹. En raison de la dégradation sécuritaire des navires, ce type d'État a récemment fait l'objet d'un activisme afin qu'il exerce de nouvelles prérogatives sécuritaires. Le « cotiérisme » met de l'avant un besoin d'autodéfense à l'égard des menaces environnementales provenant des trafics modernes et des contrôles lacunaires de certains États du pavillon en matière de sécurité²²⁰. Ainsi, un nouveau glissement des compétences se concrétise dans le domaine de la sécurité maritime : « Le droit à la sécurité prend le pas sur le droit au pavillon comme fondement de l'interventionnisme de l'État dans la création du droit de la sécurité maritime »²²¹.

Les nouvelles prérogatives de l'État côtier — L'attribution de régimes juridiques sur diverses zones maritimes bordant son littoral a été la première étape menant à la délimitation géographique des nouvelles prérogatives de l'État côtier. Cette reconnaissance s'est d'abord réalisée par la ratification de la *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë*²²², puis en 1982 de celle de la CNUDM. Aujourd'hui, l'État côtier exerce diverses prérogatives sur ses eaux intérieures et ses ports, ses eaux archipélagiques, sa mer territoriale de 12 miles marins (nm), sa zone contiguë de 24 nm, sa zone économique exclusive (ZEE) de 200 nm ainsi que le plateau continental. Ces zones déterminent géographiquement l'exercice des prérogatives de l'État côtier non seulement en regard de l'exploitation des ressources minières et halieutiques, mais aussi à l'égard des moyens de défenses en matière de sécurité et de sûreté. Ces zones offrent une capacité d'intervention

219. Durant longtemps, cette bande se limitait à trois miles à partir des côtes, soit la portée balistique maximale d'un boulet de canon : P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 83 ; T. SCOVAZZI, préc., note 175, 19-20.

220. Jean-Pierre BEURIER, « Le transport maritime, le droit et le désordre économique international », dans L. LUCCHINI et J.-P. QUÉNEUDEC (dir.), préc., note 174, p. 87, aux pages 94-95. Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 270.

221. J.-P. BEURIER, préc., note 220, aux pages 94-95. Voir aussi Jean-Pierre BEURIER, « La sécurité maritime et la protection de l'environnement: évolution et limites », *DMF* 2004.99.109.

222. *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë*, 29 avril 1958, (1964) 516 R.T.N.U. 205 (n° 7477) [CMTZC].

légitime à l'égard de la protection du territoire, des industries et des citoyens de l'État côtier contre d'éventuelles menaces qui troubleraient l'ordre et la paix qu'il doit assurer²²³. En d'autres termes, l'État côtier exerce les prérogative liées à un droit de police quant à la présence de navires dangereux²²⁴.

Plus spécifiquement, diverses conventions internationales décrivent les prérogatives accordées à l'État côtier. Ainsi, le premier article de la *Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures*²²⁵ ainsi que du *Protocole de 1973 sur l'intervention en haute mer en cas de pollution par des substances autres que les hydrocarbures*²²⁶ permet aux États riverains de « prendre en haute mer les mesures nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer les dangers graves et imminents que représentent pour leur côtes ou intérêts connexes une pollution ou une menace de pollution » susceptible d'entraîner des dommages très importants. L'article 9 de la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance*²²⁷ confirme le droit de l'État côtier à prendre les mesures nécessaires pour protéger son littoral contre la pollution ou les menaces de pollution. L'article 220 CNUDM lui reconnaît, à certaines conditions, cette capacité d'intervenir sur des navires étrangers afin de protéger sa mer territoriale ainsi que sa zone économique exclusive²²⁸. De plus, les alinéas 4 et 5 de

223. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 19 ; P. B. PAYOYO, préc., note 20, p. 12 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 113.

224. P. BOISSON, préc., note 3, n° 850, p. 549. Concernant la définition générale et les incidences relatives à la notion de police dans le domaine maritime : Bertrand VENDÉ, *Les polices dans les ports maritimes*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, n° 80-102, p. 36-43.

225. *Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures*, 29 nov. 1969, (1975) 970 R.T.N.U. 211 (n° 14049) [INTERVENTION 1969].

226. *Protocole de 1973 sur l'intervention en haute mer en cas de pollution par des substances autres que les hydrocarbures*, 2 nov. 1973, (1983) 1313 R.T.N.U. 3 (n° 21886) [INTERVENTION PROT 1973].

227. *Convention internationale de 1989 sur l'assistance*, 28 avril 1989, (1996) 195 R.T.N.U. 165 (n° 33479) [SALVAGE 1989].

228. CNUDM, art. 220 :
« Pouvoir de l'État côtier

1. Lorsqu'un navire se trouve volontairement dans un port ou à une installation terminale au large, l'État du port peut, sous réserve de la section 7, intenter une action pour toute infraction aux lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires, si l'infraction a été commise dans sa mer territoriale ou sa zone économique exclusive.

2. Lorsqu'un État a de sérieuses raisons de penser qu'un navire naviguant dans sa mer territoriale a enfreint, lors de son passage, des lois et règlements qu'il a adoptés en conformité de la Convention ou des règles et des normes internationales applicables visant à

l'article 211 CNUDM l'autorisent à mettre en œuvre une réglementation et des mesures pour prévenir la pollution de sa mer territoriale et de sa ZEE sans toutefois entraver le passage inoffensif²²⁹. Même si certaines conditions s'appliquent, les prérogatives d'intervention sécuritaires de l'État côtier à l'endroit de navires étrangers sont établies. Néanmoins, ces prérogatives ne peuvent être confondues avec son devoir d'assistance qui se résume à l'obligation de porter secours à un navire en détresse, et ce, sans préjudice à ses

prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires, il peut procéder, sans préjudice de l'application des dispositions pertinentes de la section 3 de la partie II, à l'inspection matérielle du navire pour établir l'infraction et, lorsque les éléments de preuve le justifient, intenter une action et notamment ordonner l'immobilisation du navire conformément à son droit interne, sous réserve de la section 7.

3. Lorsqu'un État a de sérieuses raisons de penser qu'un navire naviguant dans sa zone économique exclusive ou sa mer territoriale a commis dans sa zone économique exclusive, une infraction aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires ou aux lois et règlements qu'il a adoptés conformément à ces règles et normes internationales et leur donnant effet, cet État peut demander au navire de fournir des renseignements concernant son identité et son port d'immatriculation, son dernier et son prochain port d'escale et autres renseignements pertinents requis pour établir si une infraction a été commise.
[...]

5. Lorsqu'un État a de sérieuses raisons de penser qu'un navire naviguant dans la zone économique exclusive ou la mer territoriale a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction visée au paragraphe 3 entraînant des rejets importants dans le milieu marin qui ont causé ou risquent d'y causer une pollution notable, il peut procéder à l'inspection matérielle du navire pour déterminer s'il y a eu infraction, si le navire a refusé de donner des renseignements ou si les renseignements fournis sont en contradiction flagrante avec les faits, et si les circonstances de l'affaire justifient cette inspection.

6. Lorsqu'il y a preuve manifeste qu'un navire naviguant dans la zone économique exclusive ou la mer territoriale a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction visée au paragraphe 3 ayant entraîné des rejets qui ont causé ou risquent de causer des dommages importants au littoral ou aux intérêts connexes de l'État côtier ou à toute ressource de sa mer territoriale ou de sa zone économique exclusive, cet État peut, sous réserve de la section 7, si les éléments de preuve le justifient, intenter une action, notamment ordonner l'immobilisation du navire conformément à son droit interne. [...] ».

229. CNUDM, art. 211 al. 4 et 5 :

« 4. Les États côtiers peuvent, dans l'exercice de leur souveraineté sur leur mer territoriale, adopter des lois et des règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires étrangers, y compris les navires exerçant le droit de passage inoffensif. Ces lois et règlements, conformément à la section 3 de la partie II, ne doivent pas entraver le passage inoffensif des navires étrangers.

5. Aux fins de la mise en application visée à la section 6, les États côtiers peuvent adopter pour leur zone économique exclusive des lois et règlements visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires qui soient conformes et donnent effet aux règles et normes internationales généralement acceptées établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale. »

intérêts. Dans la mesure où un navire ne requiert aucune aide et que l'état côtier n'est pas menacé, ce dernier ne peut intervenir²³⁰.

Ainsi, en fonction des zones maritimes, les prérogatives qui peuvent être exercées par l'État côtier sont progressives du large vers le rivage, et ce, au détriment de celles de l'État du pavillon²³¹. Néanmoins, dans ce continuum de transmutation de la juridiction étatique, le navire conserve l'avantage du passage inoffensif.

Le principe du passage inoffensif — Les navires bénéficient dans les mers territoriales étrangères d'un droit au passage inoffensif prescrit par les articles 17, 18, 19, 24 et 26 CNUDM. Pour bénéficier de ce principe, les navires étrangers doivent traverser de manière continue et rapide la mer territoriale d'un pays notamment pour se rendre dans ses eaux intérieures et de ses installations portuaires pour y faire escale ou en sortir. Ce passage reste « inoffensif aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier »²³². En outre, le caractère inoffensif cesse lorsqu'il constitue un risque pour la population, la côte, le port ou l'environnement²³³, particulièrement si les navires se livrent à des activités de pollution délibérées et graves²³⁴ ou encore qu'il ne sont pas conformes aux prescriptions reconnues à l'échelle

230. Michel VOELCKEL, « L'«assistance publique» nouvel avatar de l'assistance maritime? », *Annuaire de droit maritime et aérospatial* 1993.99.104.

231. Ted L. McDorman résume bien le débat entre ceux qui prônent l'intervention de l'État côtier et la position des États du pavillon qui privilégient la liberté des mers :

« Flag States sought to preserve traditional freedom of navigation and argued against undue interference with vessels passing through the waters of other States. Thus, the principal debating point respecting the vessel-source pollution provisions was the balance to be struck between coastal States and flag States in the establishment and enforcement of rules for vessels navigating in the newly-expanded territorial sea and ZEE. », Ted L. MCDORMAN, « Port State Enforcement : A Comment on Article 218 of the 1982 Law of the Sea Convention », (1997) 28 *J. Mar. L. & Com.* 305, 306.

Peter B. Payoyo soumet quant à lui la théorie voulant qu'un navire se rapprochant du littoral d'un État côtier autre que celui de son pavillon se met graduellement sous la juridiction de ce dernier :

« As a ship moves nearer to shore, coastal state regimes intervene to establish in a progressive way the assertion of coastal state jurisdiction. Without going into detailed elaboration of these maritime zones, a general observation on the integrity of flag state jurisdiction can be made : the flag state principle is increasingly impinged upon by the jurisdiction of the coastal state. » : P. B. PAYOYO, préc., note 20, p. 10.

Voir aussi E. DURUIGBO, préc., note 47, 122-123.

232. CNUDM, préc., note 10, art. 18.

233. Marcel-Yves LE GARREC, « L'intervention de l'autorité portuaire dans le contrôle des navires », *DMF* 2003.476.484.

234. CNUDM, art. 19.

internationale²³⁵. Par ailleurs, l'exercice de ce passage peut être encadré par l'État côtier en vertu des articles 21, 22, 25, 27, 192, 211 CNUDM²³⁶. Néanmoins, le contrôle par les autorités côtières en mer territoriale reste problématique : « Coastal States have to respect the right of innocent passage enshrined in the law of the sea and they have no real control over the ships which pass their coast. »²³⁷ Voilà la source d'un nouvel antagonisme avec l'État du pavillon.

L'antagonisme entre l'État côtier et l'État du pavillon — Si les États côtiers souhaitent renforcer leurs prérogatives de contrôle sécuritaire sur des navires étrangers circulant dans leurs zones maritimes, les puissances maritimes sont réfractaires à cette option compte tenu des risques d'entraves à la circulation de leur flotte commerciale²³⁸. Par exemple, le Royaume-Uni manifeste l'intérêt de maintenir un régime de libre circulation :

« [N]otre politique est fondée sur l'idée de préservation de la liberté de navigation. Comme toute nation maritime, [...] le Royaume-Uni a tout intérêt à maintenir un accès libre à la mer. Notre intérêt secondaire [...] concerne la défense et les affaires étrangères. Nous reconnaissons donc d'emblée à un navire le droit de passage innocent au large de nos côtes sans qu'il y ait interférence quelconque. »²³⁹

Ce type de déclaration fait évidemment craindre l'immobilisme sécuritaire international en raison des contradictions d'intérêts entre deux types d'États. En effet, le renforcement des normes sécuritaires et leur mise en oeuvre par l'État côtier ne peuvent

235. E. DURUIGBO, préc., note 47, 122.

236. M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 585.

237. Douglas BELL, « Port State Control v Flag State Control: UK Government Position », (1993) 17 *Marine Policy* 367, 368. ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 120 ; Donald Rothwell souligne que le droit entourant le libre passage inoffensif est encore flou puisqu'il doit encore être mieux défini avec la pratique d'intervention des États côtiers à l'endroit des navires qui ne respectent pas les normes minimales de sécurité : Donald R. ROTHWELL, « Navigational Rights and Freedoms in the Asia Pacific Following Entry into Force of the Law of the Sea Convention », (1994-1995) 35 *Va. J. Int'l L.* 587, 593.

238. P. B. PAYOYO, préc., note 20, p. 42. Après le naufrage du cargo *Prestige*, la France, l'Espagne et le Portugal ont signé le 26 novembre 2002 l'accord de Malaga lequel prévoit un renforcement des opérations de contrôle et d'intervention dans leur zone économique exclusive, et ce, même si cela va à l'encontre des principes de liberté des mers en haute-mer et de libre passage en mer territoriale, et ce, au risque d'être visés par des plaintes au Tribunal du droit de la mer : François GROSRIECHARD, « La France se prépare à éloigner les bateaux-poubelles de ses côtes », *Le Monde*, Régions, vendredi 29 nov. 2002, p. 12. À cet égard les armateurs français soulèvent une objection à une telle intervention qui entrave le libre passage : « Ce n'est pas la bonne façon de traiter le problème, affirme-t-on chez les armateurs français. On comprend l'émotion qui a suivi le naufrage du «Prestige», mais, si chaque pays édicte ses propres règles et fait sa propre police, on ne sait plus où on va. » : Martine ROYO, « Le trafic maritime sous haute surveillance », *Les Echos*, n° 19190, mercredi 30 juin 2004, p. 11.

239. Propos tenu par David Rowe, responsable de la division pour la sécurité maritime au ministère britannique de l'Environnement, des transports et des régions : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 15.

être réalisés sans atteindre le principe de liberté des mers sur lequel se fonde le droit de la mer²⁴⁰. Mais admettre cette perspective, c'est oublier que l'État côtier exerce aussi une souveraineté complète dans ses eaux internes :

« Foreign merchant ships in internal waters are, in principle, under the complete civil and criminal jurisdiction of the coastal state. However, for reasons of comity and expediency, such state normally asserts its jurisdiction only when : 1) an offense committed on board the foreign ship disturbs the peace and good order of the port; 2) its intervention is requested by the ship's master or the flag state's consul; 3) a person who is not a member of the ship's crew is involved; or 4) the coastal state's national interests require an assertion of jurisdiction. [...] Thus, matters such as pollution, seaworthiness, sanitary regulation, and the like are considered to be within the jurisdiction of the coastal state. »²⁴¹

Étant donné que les ports relèvent du régime des eaux internes des États côtiers, la prérogative d'inspection de ces derniers sur les navires qui y font escale est totale : « coastal state have extensive authority to regulate ships that enter the port »²⁴². D'ailleurs, le contrôle des navires réalisé dans le cadre d'escales portuaires a l'avantage de ne pas entraver la liberté de navigation.

Section 3 Les droits de l'État du port en regard de la sécurité des navires faisant escale dans ses installations portuaires

Récemment, l'État portuaire est devenu une entité reconnue pouvant exercer des prérogatives de contrôle sécuritaire à bord des navires en escale portuaire :

« A State's power to control the activities of foreign ships in its territorial waters and adjacent zones is called coastal State jurisdiction. In general terms, under coastal State jurisdiction a State exercises jurisdiction in its territorial sea and exclusive economic zone. Port State control refers to a State's jurisdiction over ships in its ports. In general, it is defined as jurisdiction based solely on the presence of a vessel in port. »²⁴³

Ce type de contrôle s'est d'abord imposé en raison de l'effacement du contrôle sécuritaire d'États du pavillon d'exception²⁴⁴. Il s'inscrit dans un cadre de police

240. *Id.*, p. 15.

241. A. ODEKE, préc., note 179, 660.

242. Lindy S. JOHNSON, *Coastal State Regulation of International Shipping*, New York, Dobbs Ferry, Oceania, 2004, p. 35.

243. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 65. Voir aussi Michelle CUTTLER, « Incentives for Reducing Oil Pollution from Ship: the Case for Enhanced Port State Control » (1995) 8 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 175, 194.

244. P. CHAUMETTE, préc., note 3, aux pages 271 et 279. Voir aussi G. PLANT, « Safer Ships and Cleaner Seas: A Review Article on the Report of Lord Donaldson's Inquiry into the Prevention of Pollution from Merchant Shipping », (1994) 9 *Int'l J. Marine & Coastal L.* 535, 537 ; Matthew MARSHALL,

« supraportuaire »²⁴⁵. En l'espèce, il est pertinent de vérifier l'autonomie juridique de l'État portuaire, d'exposer les fondements juridiques de ses prérogatives et de décrire succinctement les instruments de coordination régionale dont il fait l'objet.

L'autonomie sémantique de l'État portuaire à l'égard de l'État côtier — L'État portuaire a longtemps été intégré à celui d'État côtier. Il était alors question d'États riverains qui imposaient leur autorité souveraine sur diverses zones maritimes les bordant, y compris les installations portuaires. À cette époque, sous la notion d'État riverain, les prérogatives des États côtiers et portuaires ne faisaient pas encore l'objet de distinctions²⁴⁶. Si l'État côtier et l'État portuaire sont une seule et même entité, ils se différencient au plan sémantique selon l'espace juridictionnel visé²⁴⁷. Autrement dit, l'État du port exerce des prérogatives autonomes de contrôle sur les navires uniquement lorsqu'ils sont en escale dans les installations portuaires²⁴⁸. Ces prérogatives se fondent essentiellement sur un caractère préventif :

« Port state jurisdiction is generally defined as jurisdiction based solely on the presence of the vessel in port. If a pollution incident occurs in or affects a state's coastal waters, the state may exercise jurisdiction as a coastal state. It acts as a port state if its sole connection with the incident is the delinquent vessel's presence. »²⁴⁹

En fait, la différence entre l'État côtier et portuaire est marquante lorsqu'on sait que les prérogatives du premier sont soumises au passage inoffensif en mer territoriale alors que ceux du second profitent de l'ambiguïté juridique liée au droit d'un libre accès au port²⁵⁰.

« Port State Detention – What Message for Insurers? », *The Insurance Institute of London*, 12 jan. 1998, p. 11 (pdf), en ligne : <<http://www.iilondon.co.uk/pdf/marshall.pdf>> (consulté le 20 avril 2010).

245. B. VENDÉ, *préc.*, note 224, n° 8, p. 17. Voir aussi *supra*, p. 74.

246. *Id.*, p. 29 et 48. Voir aussi T. KESELJ, *préc.*, note 31, 134 ; A. ODEKE, *préc.*, note 179, 659.

247. Les deux concepts peuvent aussi bien impliquer les mêmes services gouvernementaux, à savoir, les mêmes autorités maritimes. Mais, ils peuvent aussi faire l'objet de services gouvernementaux différents. Par exemple, au Canada la DSM et le BST peuvent s'occuper de diverses questions sécuritaires des navires lorsqu'il est question d'enquête ou d'inspection au port. Par contre, les pouvoirs de police dans les zones côtières sont exercés par la Garde côtière du Canada.

248. H. YANG, *préc.*, note 174, p. 97-98 ; Myron H. NORDQUIST (dir.) *United Nations Convention on the Sea, 1982. A commentary*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991. n° 218.1, p. 260-261.

249. Daniel BODANSKY, « Protecting the Marine Environment from Vessel-Source Pollution : UNCLOS III and Beyond », (1991) 18 *Ecology L.Q.* 719, 738-739.

250. Michael A. BECKER, « The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea », (2005) 46 *Harv. Int'l L.J.* 131, 176 et 186.

Le libre accès au port n'est pas un droit pleinement reconnu — Si le passage inoffensif en mer territoriale ne peut être entravé, le droit pour les navires étrangers d'accéder librement aux ports reste une revendication controversée :

« A port is part of internal waters and internal waters are classified as an integral part of the coastal State, which enjoys full territorial sovereignty over them. In relation to the sovereignty of the coastal State there is no right of innocent passage through internal waters as exists through the territorial sea. When one considers the existence of sovereignty over internal waters and the absence of any general right of innocent passage through them, it is possible to reach the conclusion that there is no right under customary international law for foreign ships to enter a State's ports. However, a port State's right to deny access to its ports used for maritime trade has been the subject of controversial theories and interpretations. »²⁵¹

En contrepartie, la *Convention relative au régime international des ports maritimes*, signée le 9 décembre 1923 à Genève limite le plein exercice de la souveraineté de l'État sur les navires de commerce étrangers présents dans les ports maritimes en confirmant un droit de libre accès aux ports en tout temps sous la condition d'une réciprocité²⁵². Cet instrument impose l'équilibre entre les principes de liberté des mers qui exige l'accessibilité aux ports – avec son corollaire d'une primauté de compétence de l'autorité de l'État du pavillon – et celui de souveraineté des États sur leur territoire²⁵³. L'article 2 de cette convention fonde la liberté d'accès des navires selon les principes de réciprocité et d'égalité de traitement²⁵⁴. Ainsi, le concept de libre accès aux ports est amené de manière indirecte et souple sous forme d'un droit minimum. En effet, chacun des États contractants assure dans ses ports un traitement des navires d'autres pays signataires qui est égal à celui qu'il offre aux navires qui font battre son pavillon. Le libre accès n'est pas un principe autonome, il découle plutôt de l'égalité d'accès puisqu'« il vise le traitement national et le traitement du pavillon le plus favorisé, et permet à l'État de moduler l'ouverture ou la fermeture à condition de traiter également ses contractants et ses ressortissants »²⁵⁵. Bien que cette convention ait seulement été signée par une quarantaine de pays, cette égalité de traitement entre les

251. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 77.

252. *Convention sur le régime international des ports maritimes*, 9 déc. 1923, (1926-1927) 58 R.T.S.N. 285. Voir aussi O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 77 ; Raymond GOY, « La liberté d'accès au port des navires de commerce en temps de paix », *Espace et ressources maritimes* 1993.244.244 et 249.

253. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 21 ; R. GOY, préc., note 252, 245.

254. *Convention relative au régime international des ports maritimes* de 1923, art. 2 :

« Sous condition de réciprocité [...], tout Etat contractant s'engage à assurer aux navires de tout autre Etat contractant un traitement égal à celui de ses propres navires ou des navires de n'importe quel autre Etat, dans les ports maritimes placés sous sa souveraineté ou son autorité, en ce qui concerne la liberté d'accès au port, son utilisation et la complète jouissance des commodités qu'il accorde à la navigation et aux opérations commerciales pour les navires, leurs marchandises et leurs passagers. »

255. R. GOY, préc., note 252, 250.

navires est un principe juridique maintenant reconnu en droit de la mer²⁵⁶. Par ailleurs, en faisant référence à des raisons de « sûreté de l'État », d'« intérêts vitaux du pays », de « santé ou de sécurité publiques », l'article 16 de la convention de 1923 délimite largement les motifs qui peuvent être invoqués par l'État pour restreindre l'accès à ses ports aux navires étrangers²⁵⁷. En 1958, dans l'affaire *Aramco*, une instance arbitrale a reconnu l'existence d'un droit d'accès au port tout en offrant à l'État du port une prérogative de fermeture lorsque des questions vitales sont en cause²⁵⁸. Toutefois, la sentence est critiquée²⁵⁹ et la reconnaissance de ce principe en droit international n'est pas pour autant acquise. Si la CNUDM prescrit un passage inoffensif dans la mer territoriale, celui-ci n'est pas exigible dans les eaux internes d'un État, donc ses ports²⁶⁰. Expliquant la position des tenants de la fermeture des ports, et ce, au nom de la souveraineté de l'État portuaire, Raymond Goy avance une position plutôt favorable à l'ouverture des ports. D'une part, sa posture se fonde sur une première présomption de volonté d'ouverture des ports que sous-entend le défaut d'une manifestation de volonté expresse de l'État portuaire de restreindre l'accès au port – c'est le critère d'une norme supplétive de volonté qui cède le pas devant la manifestation de la volonté contraire –. D'autre part, il pourrait aussi s'agir d'une présomption du droit objectif, à savoir un droit commun limité par un droit d'exception prévoyant des cas de dérogation – c'est la norme obligatoire qui cède devant les circonstances justifiant la dérogation, donc ici la fermeture du port –²⁶¹. Le professeur Goy retient une combinaison des deux présomptions afin d'élargir le droit d'accès :

256 H. YANG, préc., note 174, p. 54 et 85. Voir aussi M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 484.

257. *Convention relative au régime international des ports maritimes* de 1923, articles 3, 8 (1) et 13.

258. La sentence arbitrale reprend en anglais une citation de Paul GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, T. 1, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., 1953, p. 419 : « Les ports de mer sont en principe ouverts aux navires de commerce étrangers. Leurs fermeture n'est admissible que si les intérêts vitaux de l'Etat l'exige. » : T. arb. 23 août 1958, *Aramco c/Arabie Saoudite*, [1963] 27 I.L.R. 117, 212. Voir aussi R. GOY, préc., note 252, 257 ; H. YANG, préc., note 174, p. 49. Vaughan Lowe démonte le raisonnement de cette sentence arbitrale qui invoque un droit international d'accès au port : Vaughan A. LOWE, « The Right of Entry into Maritime Ports in International Law », (1977) 14 *San Diego L. Rev.* 597.

259. Selon Haijiang Yang, des auteurs soulignent que l'instance arbitrale a confondu l'existence du droit d'accès avec celle des contraintes entourant les prérogatives d'élaborer des conditions d'accès aux ports : H. YANG, préc., note 174, p. 50-51. Voir aussi D. P. O'CONNELL et I. SHEARER, préc., note 192, p. 848. Selon Raymond Goy, les critiques manifestées à l'égard de cette décision invoquent l'abus d'interprétation de l'arbitre lorsqu'il traite de certaines jurisprudences : R. GOY, préc., note 252, 258.

260. CNUDM, art. 86 et 87.

261. Le professeur Goy résume précisément les arguments qui fondent l'opinion des auteurs qui ont traité du droit d'accès au port : R. GOY, préc., note 252, 259-263.

« L'idée d'une présomption d'ouverture paraît donc se scinder en deux selon l'analyse donnée par les auteurs des facteurs de dérogation : la présomption d'une intention, en l'absence de décision expresse de fermer, et la présomption d'une règle devant l'absence de circonstances justifiant la dérogation. Mais en réalité une même présomption semble bien les combiner. L'ouverture est présumée lorsqu'il n'y a ni volonté de fermer, ni circonstances le permettant. Elle l'est donc lorsque la volonté de fermeture n'est pas confirmée par les circonstances, et lorsque la volonté d'ouverture ne veut pas tenir compte de circonstances dérogatoires. Ainsi, l'ouverture se trouve encore élargie. »²⁶²

Néanmoins, d'autres interprétation existe. Mettant de l'avant l'arrêt *Nicaragua* rendu par la CIJ²⁶³ ainsi que l'existence même d'accords bilatéraux d'accès aux ports, Erik Jaap Molenaar est catégorique en soutenant que, mis à part les cas d'assistance maritime, le droit d'accès au port n'existe tout simplement pas :

« As ports lie wholly within a State's territory and fall on that account under its territorial sovereignty, customary international law acknowledges a port State's wide discretion in exercising jurisdiction over its ports. This was explicitly stated by the International Court of justice in *Nicaragua case* and implicitly confirmed by, inter alia, Articles 25(2), 211(3), and 255 of the LOSC. While there may often be a presumption of access to ports, customary international law gives foreign vessels no general right of access to ports. The plethora of bilateral port access agreements in existence today is a further indication of the absence of a general right of access to ports under customary international law. »²⁶⁴

Partagés entre les tendances d'ouverture et de fermeture des ports, Pierre Angelelli et Yves Moretti soulignent le caractère privilégié de l'accès au port compte tenu des principes de protection des intérêts nationaux et de maintien de l'ordre. Ainsi, « l'État reste donc juridiquement fondé soit à refuser l'accès de ses installations portuaires aux navires étrangers, soit à subordonner leur admission à des conditions. »²⁶⁵ Pour sa part, Bertrand Vendé privilégie tout simplement la thèse de la présomption de l'ouverture des ports²⁶⁶.

262. *Id.*, 263.

263 S'agissant de la dénonciation de mines posées à l'entrée d'un port, la CIJ reconnaît aux États l'exercice d'une souveraineté sans partage dans leurs ports : « C'est aussi en vertu de sa souveraineté que l'État côtier peut réglementer l'accès à ses ports » : *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), 27 juin 1986, [1986] C.I.J. Recueil 14, n° 213, 111. Voir aussi P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 19.

264. Erik Jaap MOLENAAR, « Port State Jurisdiction : Towards Mandatory and Comprehensive Use », in David. FREESTONE, Richard BARNES et David M. ONG (eds.), *The Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006, p. 192, à la page 194. Sur l'absence d'un droit d'accès voir L. S. JOHNSON, préc., note 242, p. 36. V. A. LOWE, préc., note 258, 619 ; L. A. DE LA FAYETTE, « Access to Ports in International Law » (1996) 11 *IJMCL* 1, 4. Aldo CHIRCOP, « Ships in Distress, Environmental Threats to Coastal States, and Places of Refuge : New Directions for an Ancien Regime? », (2002) 33 *Ocean Development and International Law* 207, 212 ; H. YANG, préc., note 174, p. 50-51.

265. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 33.

266. B. VENDÉ, préc., note 224, n° 35-39, p. 25-26.,.

Peu importe l'opinion juridique adoptée sur l'obligation d'ouverture, il reste que l'accès au port peut être réglementé à l'aide de conditions auxquelles le navire et son équipage doivent se soumettre. Notamment, il peut s'agir de subir une inspection sécuritaire du navire par l'autorité maritime de l'État portuaire : « De même, le séjour dans le port peut soumettre le navire à des conditions lourdes et parfois dissuasives. Mais surtout dans le cadre de certaines conventions OMI et OIT, il comporte l'obligation de respecter certaines normes techniques de sécurité ou sociales, et de subir un contrôle pouvant aboutir à une rétention du navire »²⁶⁷. L'État du port, comme entité souveraine, est en mesure d'exiger le respect de ses normes sécuritaires nationales²⁶⁸. Généralement, la fluidité du trafic est assurée par l'équilibre de la liberté de navigation et du droit des États côtiers de se protéger, ces normes sécuritaires se résumant habituellement à celles prescrites dans le cadre de conventions internationales²⁶⁹. Il va sans dire que la prérogative de contrôle sécuritaire de l'État portuaire se fonde aussi sur le principe d'acceptation des conditions d'accès au port, qui incluent, entre autres, la renonciation aux privilèges extraterritoriaux : « when a merchant vessel of one country enters the ports of another for the purposes of trade, it subjects itself to the law of the place to which it goes »²⁷⁰. Bref, au moment de l'escale, la compétence corrective de l'État portuaire domine la compétence générale de l'État du pavillon²⁷¹. Il reste que la fermeture du port aux navires ou les conditions d'entrée de ceux-ci ne doivent pas être discriminatoires ni déraisonnables.

267. R. GOY, préc., note 252, 273.

268. Historiquement, il existait une dualité d'approche entre le droit français privilégiant la fiction extraterritoriale par laquelle l'État se refusait d'intervenir sur des navires étrangers en escale dans ses ports et le droit anglo-saxon où l'accès au port était subordonné au respect des règles du pays d'accueil : « The merchant ship of one country voluntarily entering the territorial limits of another subjects herself to the jurisdiction of the latter. » : *Cunard S.S.Co, Limited & al. v. Mellon, Secretary of the Treasury, & al.*, 262 U.S. 100, 124 (1923). Avec la Convention SOLAS en 1914 et les autres conventions sécuritaires subséquentes, l'approche française s'est effacée au profit de l'approche anglo-saxonne : P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 17-18. Voir aussi David ANDERSON, « The Roles of Flag States, Port States, Coastal States and International Organisations in the Enforcement of International Rules and Standards Governing the Safety of Navigation and the Prevention of Pollution from Ships under the UN Convention on the Law of the Sea and Other International Agreements », (1998) 2 *Sing. J. Int'l & Comp. L.* 557, 561 et 565; Raymond GOY, « Les droits des navires de commerce en séjour dans les ports », *Espaces et ressources maritimes* 1995.298.300.

269. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 33.

270. *Mali v. Keeper of the common jail of Hudson County*, 120 U.S. 1 (1887) ; P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 29 ; L. S. JOHNSON, préc., note 242, p. 39; H. YANG, préc., note 174, p. 83.

271. Ted L. MCDORMAN, « Port State Control : A Comment on the Tokyo MOU and Issues of International Law », (1997) 7 *Asian Yearbook of International Law* 229, 231- 234. Pour le cadre législatif français :

L'exercice des prérogatives de l'État portuaire ne doit pas être discriminatoire ni déraisonnable — S'il existe encore un pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non l'accès d'un port à un navire ou d'exiger des conditions à celui-ci, l'exercice de ce pouvoir doit éviter les abus de droit, à savoir qu'il ne doit pas être déraisonnable ni discriminatoire et que les conditions d'accès doivent être publicisées²⁷². Rejetant la distinction de nationalité, ces principes découlent du principe d'égalité de traitement entre les navires ainsi qu'entre pavillons, comme le prescrit l'article 2 de la *Convention relative au régime international des ports maritimes* de 1923²⁷³. L'égalité de traitement émane aussi des principes généraux du droit de la mer qui exigent un traitement égal de tous les étrangers et de l'égalité de tous en haute mer²⁷⁴.

L'élaboration et la reconnaissance de la notion d'État portuaire en droit positif international — L'idée d'un contrôle portuaire des certificats sécuritaires des navires se trouvait déjà dans la « Convention Titanic » SOLAS de 1914²⁷⁵. Plus concrètement, en 1954, la *Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures*²⁷⁶ a été l'instrument conventionnel qui a initié une formule faisant indirectement référence à l'État portuaire. En effet, elle mentionnait que « [l]es autorités compétentes de tout territoire d'un gouvernement contractant pourront examiner à bord des navires auxquels la Convention s'applique, pendant qu'ils se trouvent dans un port de ce territoire, le registre des hydrocarbures dont ils doivent être munis [...] »²⁷⁷. D'autres conventions sécuritaires internationales ont par la suite été élaborées en faisant référence,

Loi n°83-581 du 5 juillet 1983 sur la sauvegarde de la vie humaine en mer, l'habitabilité à bord des navires et la prévention de la pollution, JO, 6 juil. 1983, p. 2063, art. 3 et s., cette loi a fait l'objet de plusieurs amendement : version consolidée au 14 juin 2006, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000692260&fastPos=1&fastReqId=1254604911&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>> (consulté le 15 août 2010),. Pour le cadre législatif canadien : *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, 2001, ch. 26, art. 211 et s. A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, à la page 230.

272. CNUDM, art. 25 (2), 211 (3), 227. Voir aussi E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 195 ; H. YANG, préc., note 174, p. 50-51 et p. 86 ; Paul RODGERS et Edwin COE, « The powers of a Port State Control Officer and the legal impact of a detention order », (1999) 155 *Gard News*, 20, 20 ; D. P. O'CONNELL et I. SHEARER, préc., note 192, p. 848.

273. *Supra*, p. 80-81.

274. R. GOY, préc., note 268, 307 et 308.

275. H. YANG, préc., note 174, p. 100.

276. *Convention Internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures*, 12 mai 1954, (1959) 327 R.T.N.U. 3 (n° 4714) [OILPOL 1954].

277. *Id.*, art. 9 (5). Voir aussi D. VIGNES, « La juridiction de l'État du port et le navire en droit international » dans *Le navire en droit international*, Paris, Pedone, 1992, p. 127, à la page 133.

de manière similaire, à des prérogatives de contrôle à bord des navires en escale dans les ports²⁷⁸.

Une nouvelle étape dans l'arrivée la notion d'État portuaire a été franchie le 12 novembre 1975, lorsque l'Assemblée générale de l'OMI a adopté la résolution A.321 (IX) relative au contrôle du respect des conventions SOLAS 60 et LL 66 à bord des navires commerciaux. En effet, dans cette résolution, l'État du port y est désigné comme tel pour mener les procédures d'inspection et d'immobilisation des navires en escale portuaire²⁷⁹. Non seulement s'agit-il d'une première reconnaissance formelle de l'État portuaire et de ses prérogatives, mais cette résolution a permis de fonder les mécanismes de coordination en réseau des contrôles, tel que ceux mis en œuvre par les MoU, afin de limiter le nombre d'inspections et assurer la liberté de navigation²⁸⁰. En 1982, la CNUDM a consacré le concept d'État portuaire en dotant ce dernier de prérogatives générales de contrôle et d'immobilisation sur les navires²⁸¹. Plus particulièrement, l'alinéa 211 (3) accorde aux pays une prérogative d'imposer des conditions particulières à l'entrée des navires dans leurs ports ou leurs eaux intérieures, et ce, tout en reconnaissant les arrangements régionaux de coordination du type MoU²⁸². De plus, même si l'État du port n'y est pas explicitement

278. À cet effet nous pouvons mentionner les dispositions suivantes: LL 1966, art. 21 ; TONNAGE 1969, art. 12 ; MARPOL 1973/78, art. 5 et art. 4 de l'annexe ; SOLAS 1974/78, règle 19 ; ILO *No 147*, art. 4 ; STCW 1978, art. X, MLC 2006, art. 5(4). Voir aussi D. VIGNES, préc., note 277, aux pages 134-135 ; H. YANG, préc., note 174, p. 97 ; A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, à la page 227.

279. OMI, *Resolution A321(IX), Procedures for the Control of Ships*, 12 nov. 1975. Le préambule de cette résolution fait clairement référence aux articles 21 de LL 66 et 19 de SOLAS dans sa version de 1960. La Résolution A.466(XII) et la Résolution A.597(15) sont venues amender les dispositions de la résolution A321(IX) : OMI, *Resolution A.466(XII), Procedures for the Control of Ships*, du 19 nov. 1981 ; OMI, *Resolution A.597(15), Amendments to the procedures for the control of ships*, 19 nov. 1987. Voir aussi CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED), *Flotte de libre immatriculation*, Rapport du secrétariat de la CNUCED, Conseil du Commerce et du développement, Commission des transports maritimes, 3^{ème} sess. extraordinaire, Genève, 27 mai 1981, TD/B/C.4/220, n° 18, p. 6 [Rapport de la CNUCED de 1981].

280. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 114.

281. CNUDM, art. 211 (3), 218, 219 et 220.

282. CNUDM, art. 211 (3) :

« 3. Les États qui, dans le but de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, imposent aux navires étrangers des conditions particulières pour l'entrée dans leur port ou leurs eaux intérieures ou l'utilisation de leurs installations terminales au large, donnent la publicité voulue à ces conditions et les communiquent à l'organisation internationale compétente. Lorsque, en vue d'harmoniser la politique suivie en la matière, deux ou plusieurs États côtiers imposent de telles conditions sous une forme identique, il est indiqué dans la communication quels sont les États qui participent à de tels arrangements. Tout État exige du capitaine battant son pavillon ou immatriculé par lui, lorsque ce navire se trouve dans la mer territoriale d'un État participant à ces arrangements conjoints, qu'il

désigné, l'article 219 lui accorde un pouvoir d'immobilisation des navires pouvant constituer une menace pour l'environnement marin²⁸³. Il s'agit là d'une prérogative axée plutôt sur la prévention en matière de sécurité maritime.

Pour sa part, l'article 218 CNUDM intitulé « pouvoir de l'État du port » donne des pouvoirs d'enquête à l'État portuaire lorsqu'une infraction environnementale a été commise dans les zones maritimes de l'État côtier. Cette disposition s'explique notamment par les difficultés à recueillir les éléments de preuve pour ce type d'infraction²⁸⁴. Il s'agit d'une prérogative axée sur la réparation d'un dommage. Cela est vrai aussi pour l'article 220 CNUDM puisque, malgré l'intitulé *Pouvoir de l'État côtier*, cette disposition accorde spécifiquement à l'État du port la capacité d'intenter des actions contre un navire ayant commis une infraction environnementale dans la mer territoriale ou dans la zone économique exclusive de l'État côtier²⁸⁵. Toutefois, le dépôt de telles procédures reste aléatoire :

« Extending port state jurisdiction in this manner does increase the likelihood that operational discharges will result in some sort of governmental enforcement action. It does not, however completely foreclose the possibility that a discharge will go unregulated. First, port and coastal States' interests are not always mutually inclusive. Second, although UNCLOS, Article 218 (3), indicates that a port State has an obligation to investigate discharges upon an affected State's request, that obligation is modified by the term "as far as practicable." Thus,

fournisse à la demande de cet État des renseignements indiquant s'il se dirige vers un État de la même région qui participe à ces arrangements et, dans l'affirmative, de préciser si le navire satisfait aux conditions imposées par cet État concernant l'entrée dans ses ports.[...]

voir aussi T. KESELJ, préc., note 31, 134 et 135.

283. CNUDM, art. 219 :

« [...] les États, lorsqu'ils ont déterminé, sur demande ou de leur propre initiative, qu'un navire se trouvant dans un de leurs ports ou à l'une de leurs installations terminales au large a enfreint les règles et normes internationales applicables concernant la navigabilité des navires et risque de ce fait de causer des dommages au milieu marin, prennent, autant que faire se peut, des mesures administratives pour empêcher ce navire d'appareiller. Ils ne l'autorisent qu'à se rendre au chantier de réparation approprié le plus proche et, une fois éliminées les causes de l'infraction, ils lui permettent de poursuivre sa route sans délai.»

Voir aussi Aboubacar FALL, « Le contrôle par l'État du port en matière de sécurité de la navigation et de protection de l'environnement marin », *DMF* 2000.99.100.

284. L'article 218 CNUDM accorde à l'État portuaire le pouvoir d'enquêter et intenter une action pour des rejets effectués dans les eaux intérieures, la mer territoriale et la zone économique exclusive lui appartenant ou appartenant à un autre État dans la mesure où le rejet risque de polluer ses propres zones ou encore qu'une demande d'enquête a été formulée par cet État. Voir T. KESELJ, préc., note 31, 138 ; O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 82.

285. CNUDM, art. 220. Voir extrait note 228.

the port State has no actual treaty-imposed duty to enforce—through prosecution—the regulations against a violating vessel. »²⁸⁶

Enfin, la disposition 228 (1) CNUDM souligne la prédominance de la juridiction de l'État du pavillon sur celle l'État côtier/portuaire dans les processus d'enquête et de judiciarisation d'infraction aux normes²⁸⁷.

Bref, malgré une certaine ambiguïté dans les intitulés des articles visés, l'autonomie sémantique de l'État portuaire est maintenant consommée en droit de la mer. Le 23 novembre 1995, l'Assemblée générale de l'OMI a adopté la résolution A.787 (19) qui précise les limites de l'exercice des prérogatives de contrôle sécuritaire attribuées aux États portuaires²⁸⁸. Ces prérogatives donnent aux prescriptions sécuritaires une portée extraterritoriale qui va au-delà du processus de ratification généralement admis en droit international. En effet, les États portuaires peuvent exiger que les navires respectent des prescriptions sécuritaires de conventions qu'ils ont ratifiées et intégrées dans leur droit national. *De facto*, ces navires sont soumis aux prescriptions même s'ils sont régis par le droit d'un État pavillonnaire n'ayant pas ratifié des conventions internationales. Seul les navires en détresse trouvant refuge dans un port peut faire valoir une immunité à l'égard de l'application des lois nationales²⁸⁹. Il reste que l'État du port bénéficie de telles prérogatives pour des raisons pratiques.

Les raisons pratiques liées aux prérogatives de contrôle par l'État portuaire —

Les prérogatives d'inspection de l'État portuaire des navires en escale se justifient par les raisons pratiques de cet exercice. Les opérations d'inspection à bord des navires sont physiquement beaucoup plus aisées à réaliser à quai plutôt qu'en mer : l'accès aux navires étrangers à partir d'autres navires ou d'un hélicoptère est toujours une entreprise coûteuse et difficile, même périlleuse. L'abordage ou l'hélicoptère exige non seulement l'usage de

286. Christopher P. MOORADIAN, « Protecting Sovereign Rights: The Case for Increased Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution in the Exclusive Economic Zone », (2002) 82 *B.U.L.Rev.* 767, 778.

287. P. BOISSON, préc., note 3, n° 853, p. 551.

288. La résolution A.787(19) de l'OMI réfère aux conventions SOLAS 1974/78, SOLAS PROT 1988, MARPOL 1973/78, STCW 1978, TONNAGE 1969 LL 1966, LL PROT 1988 : OMI, *Resolution A.787(19), Procedures for Port State Control*, 23 nov. 1995. Elle a été amendée par la résolution A.882 (21) : OMI, *Resolution A.882(21), Amendments to the procedures for Port State Control*, 25 nov. 1999.

289. J.-P. BEURIER, préc., note 221.102. Concernant l'immunité des navires en détresse dans les ports servant de refuge voir H. YANG, préc., note 174, p. 64-67.

bâtiments et d'engins spécialisés, mais aussi l'emploi d'un personnel formé et bien entraîné à ce type d'intervention. Par contre, l'inspection à bord d'un navire paisiblement amarré évite l'utilisation de telles méthodes. De cette manière, les inspecteurs concentrent leur expertise et leurs ressources matérielles sur l'inspection elle-même, d'autant mieux que les lieux sont propices à la collecte de preuves²⁹⁰.

Au surplus, toute forme d'arraisonnement de navires en mer par l'État côtier, même à des fins de contrôle sécuritaire, reste une intervention généralement contestée par les États du pavillon qui invoquent l'entrave au passage inoffensif. Or, l'acceptation implicite du contrôle mené par les autorités portuaires à bord des navires faisant volontairement escale dans les installations portuaires est autrement moins compromettant. Ainsi, le port est devenu le lieu de compromis entre l'État du pavillon et l'État côtier pour permettre à ce dernier d'exercer le contrôle de la sécurité à bord des navires :

« From a policy standpoint, port state enforcement represents a compromise between coastal and flag state enforcement. On the one hand, port states may be more inclined than flag states to enforce environmental norms, since port states are themselves coastal states and, as such, are at risk from substandard and delinquent vessels. Port state jurisdiction therefore serves as a useful corrective to inadequate flag state enforcement. On the other hand, port state enforcement is preferable to coastal state enforcement since it interferes much less with freedom of navigation and can generally be performed more safely. Stopping and boarding a vessel in transit at sea for inspection purposes directly interferes with the vessel's movement and can be hazardous, depending on the weather and location. In contrast, inspecting a vessel while in port imposes little if any burden on navigation and can be performed safely. »²⁹¹

Encore faut-il que ce compromis puisse être mis en œuvre efficacement. Or, les MoU comme instruments régionaux de coordination de l'inspection des navires par les

290. Alen. E. BOYLE, « Marine Pollution Under the Law of the Sea Convention », (1985) 79 *AM. J. Int'l L.* 347, 359, 364 ; M. CUTTLER, préc., note 243, 194 ; A. CLARKE, préc., note 6, 202 ; E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 192 ; O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 65 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 126 ; L. S. JOHNSON, préc., note 242, p. 46 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 113 ; Aff. *Erika*, préc. note 170, p. 108.

291. D. BODANSKY, préc., note 249, 739 ; E. DURUIGBO, préc., note 47, 124. Voir aussi Emmanuel LANGAVANT, « Rapport des travaux de la deuxième commission : L'Immobilisation forcée du navire du fait du prince », dans ASSOCIATION FRANÇAISE DU DROIT MARITIME (AFDM), *L'Immobilisation forcée des navires, Colloque de Bordeaux : 20, 21, 22 octobre 1988*, Presse universitaire de Bordeaux, Talence, 1990, p. 63, aux pages 66 et 67 ; D. VIGNES, préc., note 278, à la page 131. Concernant l'acceptation implicite du contrôle des navires en escale volontaire dans un port : *supra*, p. 83.

États portuaires offrent une conjoncture propice à la mise en œuvre efficace de leurs prérogatives reconnues²⁹².

Les MoU sur le contrôle par l'État portuaire — Les mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État portuaire sont des instruments régionaux de coordination des contrôles sécuritaires à bord des navires commerciaux en escale portuaire. Ces ententes administratives sont au nombre de neuf et couvrent diverses régions du monde :

- *Mémorandum d'entente de Paris sur le contrôle par l'État du port* signé à Paris en 1982 pour la région de l'Europe et de l'Atlantique Nord [Paris MoU]²⁹³ ;
- *Acuerdo latino americano sobre control de buques por el Estado rector del puerto* signé à Viña del Mar en 1992 pour la région de l'Amérique Latine [Accord de Viña del Mar]²⁹⁴ ;
- *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region* signé à Tokyo en 1994 pour la région de l'Asie et du Pacifique [Tokyo MoU]²⁹⁵ ;
- *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Caribbean Region* signé à Christ Church aux Barbades en 1996 pour la région des îles États des Antilles [C MoU]²⁹⁶ ;

292. Parlant des problèmes de dégazage en mer, Christian Buchet, chercheur au CNRS, souligne qu'un réseau de contrôle par l'État portuaire est nécessaire : « ce sont les sous-doués qui se font prendre. Confondre un de nuit par temps couvert alors que plusieurs bateaux sont à la queue leu leu relève de l'exploit. La chasse aux voyous des mers passe par la création d'un réseau des ports européens de façon qu'à la moindre suspicion le bâtiment soit certain d'être inspecté dans le port suivant » : propos recueillis par Muriel FRAT et Françoise LEMOINE, « Quatorze navires interceptés, des amendes colossales et des cautions records. La justice impitoyable avec les "voyous des mers" », *Le Figaro*, n° 18617, mardi 15 juin 2004, p. 11.

293. Le Paris MoU a initialement été signé par des ministres ou des secrétaires d'État responsables du transport de la Belgique, du Danemark, de la Finlande, de la France, de l'Allemagne, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Norvège, du Portugal, de l'Espagne, de la Suède et du Royaume-Uni. Par la suite, les autorités maritimes de la Pologne (1992), du Canada (1994), de la Russie (1995), de la Croatie (1996) ainsi que de l'Islande (2000) ont signé le Paris MoU.

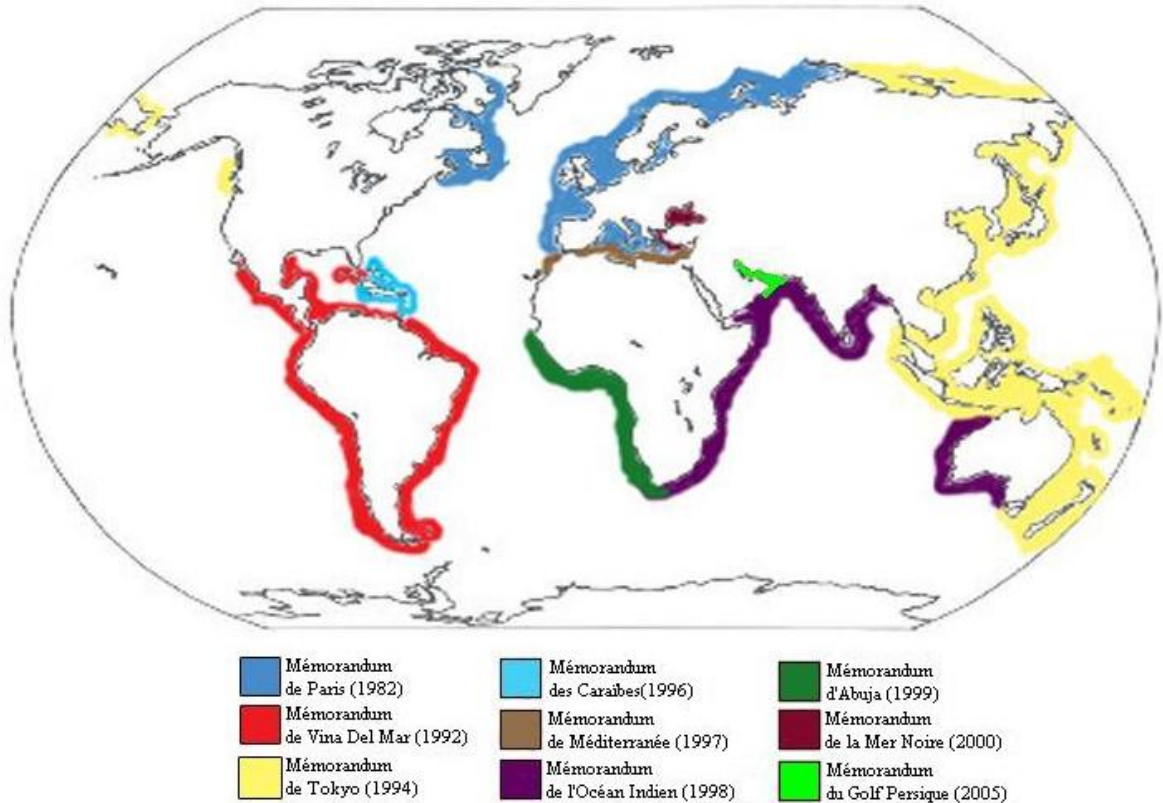
294. L'Accord de Viña del Mar a initialement été signé par les responsables des autorités maritimes de l'Argentine, du Brésil, le Chili, la Colombie, l'Équateur, le Mexique, le Panama, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela. Par la suite, les autorités maritimes de Cuba (1995), de la Bolivie (1999) et du Honduras (2001) se sont ajoutés à l'Accord de Viña del Mar. En 1999, la Bolivie a intégré ce réseau.

295. Le Tokyo MoU a initialement été signé par les responsables des autorités maritimes de l'Australie, du Canada, du Chili, de la Chine, des Îles Fidji, de Hong Kong, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée, de la Malaisie, de la Nouvelle-Zélande, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, des Philippines, de la Russie, de Singapour, de la Thaïlande, du Vanuatu ainsi que du Viêt-Nam.

- *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Mediterranean Region* signé à Malte en 1997 pour région du Maghreb et du Proche-Orient [Med MoU]²⁹⁷ ;
- *Memorandum of Understanding on Port State Control for the Indian Ocean Region* signé à Pretoria en Afrique du Sud en 1998 pour la région de l’Océan Indien [IO MoU]²⁹⁸;
- *Memorandum of Understanding on Port State Control for the West and Central Africa* signé à Abuja en 1999 pour la région de l’Afrique de l’Ouest et du Centre [Abuja MoU]²⁹⁹;
- *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Black Sea Region* signé Istanbul en 2000 pour la région de la Mer Noire [BS MoU]³⁰⁰;
- *Riyadh Memorandum of Understanding on Port State Control* signé à Riyadh en juin 2005 pour la région du Golfe Persique [Riyadh MoU]³⁰¹.

La carte n° 1 intitulée *La répartition géographique des MoU* illustre approximativement la couverture géographique mondiale qui est offert par l’ensemble des MoU créés au fil du temps.

-
296. Le Caribbean MoU a initialement été signé par les responsables des autorités maritimes d’Anguilla, d’Antigua et Barbuda, d’Aruba, des Bahamas, des Bermudes, des Îles Caïman, de la République Dominicaine, de Grenade, de la Guyane, de la Jamaïque, du Montserrat, des Antilles Néerlandaises, de Saint-Kitts et Nevis, de Sainte-Lucie, de Saint-Vincent et les Grenadines, du Surinam, de Trinidad et Tobago ainsi que des Îles Turks et Caicos. En 1999, Cuba est devenu membre du C MoU
297. Le Med MoU a initialement été signé par les responsables des autorités maritimes de l’Algérie, de Chypre, de l’Égypte, d’Israël, du Liban, de Malte, du Maroc, de la Tunisie, de la Turquie et de l’Autorité palestinienne. En 1999, La Jordanie est devenue membre du Med MoU.
298. L’IO MoU a initialement été signé par les autorités de l’Australie, de l’Érythrée, de l’Inde, de l’Iran, du Kenya, des Maldives, de l’Île Maurice, de la République d’Oman, de l’Afrique du Sud, du Sri Lanka, du Soudan, de la Tanzanie et du Yémen. Les autorités du Bangladesh, de Djibouti, de l’Éthiopie participent comme observateur. Les autorités du Mozambique, du Myanmar, des îles Seychelles, sont nommés dans le texte du MoU mais n’ont pas encore signé le MoU : IO MoU, *Annual Report*, 2006, p. 2.
299. L’Abuja MoU a initialement été signé par les responsables des autorités maritimes de l’Angola, du Bénin, du Cameroun, du Cap-Vert, du Congo, de la Côte d’Ivoire, du Gabon, de la Gambie, du Ghana, de la Guinée équatoriale, du Libéria, de la Mauritanie, de la Namibie, du Nigeria, du Sénégal, du Sierra Leone, de l’Afrique du Sud et du Togo.
300. Le BS MoU a initialement été signé par les responsables des autorités maritimes de la Bulgarie, de la Géorgie, de la Roumanie, de la Russie, de la Turquie et de l’Ukraine.
301. Le Riyadh MoU a été initialement signé par les responsables des autorités maritimes du Bahreïn, du Koweït, d’Oman, du Qatar, de l’Arabie Saoudite et des Émirats arabes unis.



Carte n° 1 : *La répartition géographique des MoU*

Des réunions des autorités maritimes de huit pays riverains de la Mer du Nord ou de la Manche sont à l'origine des MoU³⁰². Le *Mémorandum d'entente entre certaines autorités maritimes sur le maintien des normes à bord des navires de commerce*, communément appelé le *Mémorandum de La Haye*, a été conclu le 2 mars 1978³⁰³. Cette entente visait principalement le contrôle des navires aux fins de l'application de la Convention ILO 147, SOLAS 1960, SOLAS 1970 et LL 1966. Par contre, rapidement, le champ d'application de cette entente s'est révélé trop restreint et ses règles d'intervention trop souples et aléatoires. Du coup, les partenaires européens ont été appelés à travailler sur un nouvel arrangement plus ambitieux. Les 1^{er} et 2 décembre 1980, à l'initiative de la

302. La Belgique, le Danemark, la France, la République fédérale d'Allemagne, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Norvège et la Suède.

303. *Mémorandum d'entente entre certaines autorités maritimes sur le maintien des normes à bord des navires de commerce*, 1978, dans Jean-Pierre QUÉNEUDEC, *Convention maritimes internationales*, Paris, Éditions A. Pedone, 1979, p. 419.

France, une première conférence européenne sur la sécurité maritime s'est tenue à Paris, afin de discuter d'un renforcement des mesures de contrôle et mettre en place un groupe de travail à cet effet. Le 26 janvier 1982, une seconde conférence, tenue encore à Paris, a permis aux ministres responsables de la sécurité maritime des pays membres du Mémorandum de La Haye, en plus de ceux de l'Espagne, de l'Italie, de l'Irlande, de la Finlande, de la Grèce et du Portugal, de conclure et de signer le Paris MoU sur la base de règles élaborées par le groupe de travail³⁰⁴. Ce type d'entente est devenu l'expression de la préoccupation d'organiser un système de contrôle plus effectif du respect des prescriptions internationales. Ce système passe par l'exercice coordonné des prérogatives de contrôle des États à l'endroit des navires, même étrangers, qui sont en escale commerciale dans leurs installations portuaires³⁰⁵. Ces initiatives ont d'ailleurs été entérinées en 1991 par la communauté internationale qui a adopté la résolution A.682 (17) intitulée *Regional Co-operation in the Control of Ships and Discharges* a été adoptée par l'Assemblée générale de l'OMI. Cette résolution reconnaît non seulement la valeur du Paris MoU, mais entérine et encourage les efforts convergents relativement à la création d'autres MoU régionaux³⁰⁶.

En somme, l'existence de l'État portuaire et les nouvelles prérogatives de contrôle sécuritaire s'y rattachant constituent une véritable révolution en droit maritime³⁰⁷. Sa position mitoyenne entre l'État du pavillon et l'État côtier permet indirectement à ce dernier d'assurer l'ordre public de son territoire sur des navires étrangers. Toutefois, on peut s'interroger sur le fait de savoir si le contrôle des navires doit relèver exclusivement des autorités publiques. En effet, d'autres autorités, privées celles-là, sont en mesure de réaliser des contrôles sécuritaires tant pour le compte de clients privés que publics. C'est là le rôle joué par les sociétés de classification.

304. P. BOISSON, préc., note 3, n° 874, p. 562.

305. Paris MoU, *Annual Report*, 1997, p. 5. P. ALDERTON, H. LEGGATE, préc., note 60, à la page 257 ; E. LANGAVANT, préc., note 291, à la page 67 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 125 ; D. VIGNES, préc., note 278, à la page 132.

306. OMI, *Resolution A.682(17), Regional Co-operation in the Control of Ships and Discharges*, 6 nov. 1991.

307. A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, à la page 227.

Section 4 Le rôle des sociétés de classification dans le processus sécuritaire

Les sociétés de classification sont des entités privées constituées sous forme de sociétés commerciales anonymes, comme *Bureau Veritas*, ou encore d'organismes sans but lucratif, comme la *Lloyd's Register* avec un statut de *charity*³⁰⁸. Leurs origines remontent au 18^{ième} siècle :

« Créées au XVIIIème siècle pour répondre aux besoins des compagnies d'assurance maritime, lesquelles souhaitaient disposer d'informations fiables pour calculer leurs primes, les sociétés de classification ont vu progressivement leur tâche évoluer à la demande des armateurs qui souhaitent, eux aussi, recueillir des éléments précis sur leurs navires. »³⁰⁹

Les sociétés de classification sont des organisations d'expertise disposant de réseaux mondiaux d'inspecteurs qui réalisent les inspections sécuritaires des navires pour le compte d'intérêts privés ou publics :

« [...] classification societies check and certify whether vessels comply with various state and international standards concerned with safety, anti-pollution measures and so on, as well as with their own standards for the construction, maintenance and operation of vessels. They are employed both by governments which maintain shipping registers and by shipowners and others (notably insurers and cargo owners) with an interest in the maintenance of those standards. They also provide ship surveying and damage investigation services to insurers, potential purchasers, charterers and so on. »³¹⁰

Les sociétés de classification fonctionnent en marge des autorités publiques chargées des contrôles sécuritaires, mais elles occupent aujourd'hui une position phare et incontournable dans le paysage de la sécurité maritime³¹¹. D'ailleurs, la reconnaissance de ces entités et de leurs activités est de plus en plus probante en droit international.

La reconnaissance en droit international des sociétés de classification — L'autorité normative de ces sociétés de classification dans le domaine sécuritaire est prépondérante : « [l]a réglementation publique a toujours reconnu de manière implicite l'utilité des règles techniques de classification pour l'examen de la conception, de la

308. M. FERRER, préc., note 34, n° 213, p. 113 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 60, p. 30.

309. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 31. Voir aussi M. FERRER, préc., note 34, n° 1, p. 19.

310. P. F. CANE, « The Liability of Classification Societies », (1994) *Lloyd's Mar. & Com.* 363, 364.

311. B. LATRECH, préc., note 18, n° 167, p. 81 ; G. LEFEBVRE, préc., note 33, 116.

construction et de la maintenance des navires. »³¹² Depuis quelques décennies, les sociétés sont reconnues en droit international public, et ce, notamment dans les conventions L.L. 1966, TONNAGE 1969, SOLAS 74/78 chapitre 1 règle 6 ou encore par les résolutions A. 739 (18) et A.789 (19) adoptées respectivement en 1993 et 1995 dans le cadre de l'Assemblée générale de l'OMI³¹³. Cette reconnaissance s'est aussi confirmée en droit communautaire européen par l'adoption en 1994 de la directive européenne 94/57/CE, modifiée en 1997 par la directive 97/58/CE ainsi qu'en 2001 par la directive 2001/105/CE³¹⁴. Ces directives précisent la procédure d'agrégation des sociétés de classification pour délivrer des certificats de navigabilité pour le compte d'États du pavillon faisant partie de l'Union européenne (UE). En 1996, l'adoption d'amendements à la convention SOLAS 74/78 a permis d'introduire la règle 3-1 de la partie A-1 du chapitre II-1 qui exige la classification préalable des navires par une société de classification pour obtenir

-
312. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, SÉNAT, MISSION COMMUNE D'INFORMATION CHARGÉE D'EXAMINER L'ENSEMBLE DES QUESTIONS LIÉES À LA MARÉE NOIRE PROVOQUÉE PAR LE NAUFRAGE DU NAVIRE « ERIKA », DE PROPOSER LES AMÉLIORATIONS CONCERNANT LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE ET DE DÉFINIR LES MESURES PROPRES À PRÉVENIR DE TELLES SITUATIONS, Henri DE RICHEMONT (rapporteur), *Rapport d'information*, rapport n° 441, , Session ordinaire de 1999-2000, annexe au procès-verbal de la séance du 27 juin 2000, p. 161, en ligne : < <http://www.senat.fr/rap/r99-4412/r99-44121.pdf> > (consulté le 10 mai 2010) [Rapport DE RICHEMONT].
313. L'ensemble des traités énonçant des prescriptions sécuritaires maritimes autorisent la délégation des opérations de contrôle sécuritaire des États du pavillon vers des organisations spécialisées comme les sociétés de classification : TONNAGE 1969, art. 7(2) ; L.L. 1966, art. 13 ; SOLAS 74/78, Chapitre 1 règle 6; MARPOL Annexe 1 art. 4(3) ; OMI, *Resolution A.739(18), Guidelines for the Authorization of Organizations Acting on behalf of the Administration*, 4 nov. 1993 ; OMI, *Resolution A.789(19), Specification on the Survey and Certification Functions of Recognized Organizations Acting on Behalf of the Administration*, 23 nov. 1995. Voir B. LATRECH, préc., note 18, n° 98, p. 47 et n° 122, p. 58 ; Philippe BOISSON, « Sociétés de classification », dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, préc., note 204, p. 39, aux pages 40 et 43.
314. *Directive 94/57/CE du conseil du 22 novembre 1994 établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes*, J.O., n° L 319, 12 déc. 1994, p. 20 ; *Directive 97/58/CE de la Commission du 26 septembre 1997 modifiant la directive 94/57/CE du Conseil établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes*, J.O., n° L 274, 7 oct. 1997 p. 8 ; *Directive 2001/105/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 2001, modifiant la directive 94/57/CE, du Conseil établissant des règles et des normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes*, J.O., n° L 19, 22 jan. 2002, p. 9. Voir aussi Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 167 ; P. CHAUMETTE, préc., note 62, 78 ; P. BOISSON, préc., note 313, à la pages 44 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 719, p. 326.

leur certification³¹⁵. La distinction entre ces deux types d'opérations doit être expliquée, à savoir la classification pour le compte d'intervenants privés et la certification pour celui d'États pavillonnaires³¹⁶.

La classification — La classification est constatée par un contrat qui établit des prestations de contrôle qui sont de nature privée, lesquelles consistent à vérifier les qualités nautiques d'un navire selon des normes de sécurité énoncées par les règlements des sociétés de classification :

« La première de ces missions consiste à élaborer des règles de sécurité pour les navires et à vérifier leur application au moyen de visites et d'inspections portant principalement sur la solidité structurelle de la coque ainsi que sur la fiabilité des machines et des équipements. Cette classification du navire, identifiée par la délivrance d'une cote qui atteste de sa qualité, est une activité privée réalisée à la demande de l'armateur. »³¹⁷

La classification permet d'obtenir diverses couvertures d'assurance ainsi que l'attribution de contrats de transport ou d'affrètement. Elle est susceptible d'être menée en tout temps tout au long de la carrière du navire, mais elle ne porte pas sur tous les aspects du navire. Les normes sur lesquelles elle s'appuie sont déterminées par les règlements de la société auxquels fait référence le contrat de classification. D'ailleurs ce dernier détermine l'ampleur du contrôle avec sa contrepartie monétaire. Ainsi, l'inspection est limitée aux éléments demandés par le client³¹⁸. Précisons que beaucoup d'éléments sécuritaires ne sont pas du ressort de la classification, tels que les conditions d'exploitation du navire, la qualification ou l'effectif de l'équipage, la gestion quotidienne de l'armement ou encore l'équipement de sécurité ou de navigation³¹⁹. Ces éléments relèvent plutôt de la certification qui implique l'exercice d'un contrôle de nature publique.

La certification — Les sociétés de classification peuvent aussi réaliser des mandats de certification pour le compte d'États du pavillon dans le cadre d'une prestation de

315. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998, cette disposition souligne que « les navires doivent être conçus, construits et entretenus conformément aux prescriptions d'ordre structurel, mécanique et électrique d'une société de classification reconnue par l'Administration [...] ». Voir aussi B. LATRECH, préc., note 18, n° 98, p. 47 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 161-162.

316. B. LATRECH, préc., note 18, n° 98, p. 47 ; P. BOISSON, préc., note 313, à la page 39.

317. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 136.

318. OCDE, préc., note 6, p. 22. Nous verrons plus loin que l'aspect contractuelle de la classification offre aux sociétés de classification la possibilité de délimiter l'objet du contrat et d'y inscrire des clauses d'exonération et de limitation de responsabilité à son bénéfice : *infra*, p. 99-104.

319. B. LATRECH, préc., note 18, n° 213, p. 101.

contrôle de nature publique. En effet, plusieurs pays ne sont pas en mesure, faute d'infrastructures techniques et d'une expertise suffisante, d'effectuer les inspections nécessaires à bord des navires qui battent leur pavillon³²⁰. Dans ce contexte, les mandats qui sont octroyés aux sociétés de classification sont en réalité une délégation souveraine des prérogatives de délivrance des certificats de navigabilité de ces États :

« Lorsque les Etats du pavillon n'effectuent pas d'inspections, les sociétés de classification agissant en leur nom ont un rôle important à jouer pour garantir l'application de normes minimales de sécurité en mer. Ces sociétés peuvent disposer de l'appui de l'Etat pour exercer leurs pouvoirs d'exécution, ce qui pourrait en fait se traduire par des sanctions plus rapides en cas d'observation, comme par exemple l'interdiction faite aux navires de quitter le port tant que leurs certificats ne sont pas en ordre. »³²¹

Si, durant longtemps, la délégation de pouvoirs des États du pavillon vers les sociétés de classification se résumait à quelques règles sommaires, celle-ci fait dorénavant l'objet de mémorandums complexes qui précisent leurs relations³²². Les résolutions A.739 (18) et A.789 (19) de l'OMI précisent les exigences qualitatives que doivent rencontrer les sociétés de classification, notamment leurs fonctions en matière de visite et de délivrance des certificats, ainsi que les obligations des États du pavillon à leur endroit³²³. En droit communautaire, les sociétés de classification doivent recevoir l'agrément de la Commission européenne conformément à la Directive 94/57/CE³²⁴. Avec le naufrage de l'Erika, cette directive a été modifiée en 2001 par la directive 2001/105/CE renforçant davantage le pouvoir de contrôle de la Commission sur les sociétés de classification³²⁵. À l'instar de l'OMI, ces directives définissent aussi des spécifications ainsi que des objectifs de performance, à la différence que ces exigences sont nécessaires à l'obtention et au maintien d'un agrément pour la délivrance de certificats³²⁶. Dans le cadre de ses

320. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 153 (pdf).

321. OCDE, préc., note 6, p. 22. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 3, n° 755, p. 493 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 120-123, p. 57-58 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 232 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 717 et s., p. 325 et s.

322. P. BOISSON, préc., note 313, à la page 43.

323. *Supra*, p. 94. Ces mesures ont été incorporées le 1^{er} juillet 1998 dans le chapitre XI de SOLAS 1974/78 intitulé « Mesures spéciales pour renforcer la sécurité maritime » : P. BOISSON, préc., note 313, aux pages 43, 46-48.

324. Directive 94/57/CE, préc., note 314.

325. Directive 2001/105/CE, préc., note 314.

326. P. BOISSON, préc., note 313, aux pages 44-48.

propositions dans le cadre du *Paquet Erika III* la Commission européenne recommande une refonte du régime d'agrément des sociétés de classification³²⁷.

Cette délégation aux sociétés de classification visant la certification des navires est profitable aux États du pavillon puisqu'elle leur permet de bénéficier d'une importante infrastructure de renseignements, notamment de bases de données³²⁸. Surtout, ils accèdent à un réseau mondial d'inspecteurs expérimentés pouvant intervenir rapidement dans tous les grands ports du globe et d'éviter, du même coup, d'entraver l'exploitation des navires en évitant leur déroutement vers son terriroire. Qui plus est, cette délégation d'inspection a l'avantage de ne rien coûter à l'État du pavillon puisque c'est l'armateur qui supporte généralement les frais d'inspection. C'est un système avantageux pour des pays en voie de développement qui ont un grand nombre de navires inscrits à leur registre, mais qui n'ont pas les ressources nécessaires pour en assurer leurs contrôle, notamment par leurs fonctionnaires³²⁹.

Les différents types de visites d'inspection exercées par les sociétés de classification — Les inspections de classification réalisées par les sociétés de classification sont de différents ordres en fonction des périodes qui les séparent ainsi que de leur ampleur : la *visite spéciale* ou *de renouvellement de classe* est réalisée aux cinq ans en cale sèche pour vérifier de manière approfondie tous les éléments du navire y compris sa coque et ses structures; la *visite intermédiaire* qui est réalisée aux deux ans et demi à l'aide de plongeurs ou en bassin et qui vise la structure et les équipements du navire; la *visite annuelle*, sous forme d'inspection générale à flot avec un examen visuel et la réalisation de

327. De façon générale, la refonte proposée par la Commission exige une modification du système européen d'évaluation et de contrôle des sociétés de classification. Plus particulièrement, ce projet intègre de nouveaux critères d'agrément communautaire avec des coefficients de qualité et de performance en matière de sécurité et de protection de l'environnement, de nouvelles sanctions, des mesures de contrôle des processus d'inspection et de certification des navires, une nouvelle structure uniforme d'évaluation de la qualité des sociétés de classification agréées, la reconnaissance mutuelle des certificats de classe délivrés par ces dernières : RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DE L'ÉNERGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, *3^e paquet sécurité maritime « Erika III »*, en ligne : <http://www.europe-international.developpement-durable.gouv.fr/article.php?id_article=622> (consulté le 24 fév. 2010).

328. les sociétés disposent aussi de bases de données compilant leurs résultats d'inspection tels que *Class Direct* de la Lloyd's Register, *VeriSTAR* du Bureau Veritas, ou encore *SafeNet* de l'ABS : B. LATRECH, préc., note 18, n° 187, p. 89 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 215.

329. M. A. HUYBRECHTS, préc., note 7, 20 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 153-154 (pdf). B. LATRECH, préc., note 18, p. 88, n° 185. Voir aussi E. E. DURUIGBO, préc., note 47, 108.

certaines essais pour vérifier l'état des équipements; la *visite périodique* vise l'inspection de la carène, de l'arbre porte-hélice et des chaudières; la *visite occasionnelle* ou *spécifique*, qui permet de vérifier les travaux de réparations ou d'entretien; enfin, la *visite catégorielle* qui vise le contrôle de certains types de navires spécialisés. Il faut retenir que seules les visites spéciales et intermédiaires offrent un cadre permettant aux inspecteurs d'examiner en profondeur la structure et la qualité réelle du navire³³⁰.

L'improbable rôle des sociétés de classification comme vigile des mers — Malgré leur reconnaissance en droit comme contrôleurs de la sécurité maritime, il est illusoire d'attribuer aux sociétés de classification le rôle de « vigile » de la sécurité maritime. En effet, Elles sont principalement soumises au régime de liberté et de responsabilité contractuelle qui rend improbable un rôle de gendarme oeuvrant pour le bien collectif³³¹. Cela est d'autant plus vrai que « la philosophie de la classification est fondée sur la non-responsabilité »³³². À cet égard, l'étude des divers régimes de responsabilité auxquels sont soumises ces sociétés permet de cerner les limites d'intervention de ces sociétés à l'égard de la sécurité. En outre, cette étude vise à mieux connaître la délimitation de leurs obligations contractuelles et extra-contractuelles, les principes applicables dans le régime des *torts*, leurs responsabilités dans le cadre d'un pouvoir délégué par une autorité publique et enfin les sanctions pénales qu'elles pourraient encourir.

330. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 137 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 163 (pdf) ; M. FERRER, préc., note 34, n° 78-106, p. 55-66, et n° 333, p. 150 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 306-332, p. 139-149 ; P. BOISSON, préc., note 313, à la page 41 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 728, p. 431.0

331. Philippe BOISSON, « Responsabilité des sociétés de classification : faut-il remettre en cause les principes du droit maritime ? », *DMF* 1995.109.109. Dans l'arrêt *Marc Rich and Co. A. G. v. Bishop Rock Marine Co. Ltd, (The "Nicolas H")*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 481 (Q.B.), [1994] 1 Lloyd's Rep. 492 (C.A.), [1995] 2 Lloyd's Rep. 299 (H.L.). Lord Steyn soutient que la société de classification impliquée a un rôle d'arbitre impartial agissant pour l'intérêt public occupant une position publique quasi judiciaire. voir aussi *V. W. Angliss and Co. (Australia) Proprietary Ltd. v. Peninsular and Oriental Steam Navigation Co.*, [1927], 2 K.B., 462 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 563, p. 253. Par ailleurs, l'article 6.2.b. de la *Directive 2001/105/CE* préc., note 314, fixe des planchers d'indemnisation auxquels seraient tenus les sociétés de classification envers l'État du pavillon responsable d'un préjudice. Néanmoins, cette directive permet à chacun État de fixer librement une limitation de responsabilité tout comme une responsabilité illimitée : P. BOISSON, préc., note 313., à la page 50.

332 B. LATRECH, préc., note 18, n° 242, p. 112.

Sous-section 1 Délimitation de l'objet du contrat de classification

La classification d'un navire par la société de classification est une opération qui tire son origine d'un contrat, lequel réfère à ses règlements qui souvent limitent l'objet du contrat en déterminant les obligations de chacune des parties ainsi que les cas d'exonération qui en découlent³³³.

Délimitation contractuelle des obligations — La délimitation des obligations est d'autant plus importante que l'objet du contrat est immatériel. En effet, la société de classification n'a qu'un rôle de conseil sans emprise réelle sur le navire contrôlé :

« Leurs prestations ne sont pas matérielles dans le sens où l'exécution de leurs obligations ne porte pas sur un objet ou une construction, mais sur une opération intellectuelle de surveillance ou de contrôle. Leurs obligations vont être appréciées par rapport au contenu de la surveillance, à la réalité et à la qualité de celle-ci, et aux conséquences de ces visites de contrôle ou de surveillance, c'est-à-dire les avis ou conseils que doivent fournir les experts. »³³⁴

Ainsi, la classification est issue d'un contrat d'entreprise intellectuelle assimilable aux contrats de conseil, d'avis qualifié ou encore d'agence de renseignements³³⁵. Or, la qualité de la prestation d'expertise doit être contractuellement délimitée puisque « [t]out dommage contractuel ne peut donc se définir que par rapport à ce qui a été promis »³³⁶. Le champ d'application des contrôles est donc délimité généralement par la société qui réfère à ses propres règlements³³⁷. De manière générale, l'inspection du navire doit être menée avec un soin attentif afin de détecter les avaries non apparentes ou non connues de l'armateur et d'en signaler la présence à ce dernier. Néanmoins, la classification est un contrôle de la conformité des navires relativement aux normes déterminées par les règlements de la société de classification. Or, ces dernières n'offrent généralement aucune garantie de conformité aux normes nationales et internationales :

« Les sociétés de classification stipulent donc précisément que les différents certificats qu'elles émettent n'ont qu'une valeur de reconnaissance de conformité aux différentes normes édictées par elles-mêmes. [...] Par cette stipulation les sociétés se désengagent de toute garantie de navigabilité du navire. Elles veulent éviter toute action récursoire de la part

333. M. FERRER, préc., note 34, n° 435 et s., p. 199 et s. Voir aussi OCDE, préc., note 6, p. 22.

334. M. FERRER, préc., note 34, n° 199, p. 107 et n° 368-370, p. 172.

335. *Id.*, n° 212, p. 113 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 234-235. Voir aussi C.A. Versailles, 21 mars 1996, navire *Elodie II*, DMF 1996.721, obs. DELEBECQUE (P.).

336. M. FERRER, préc., note 34, n° 325, p. 157 et n° 328, p. 159.

337. *Id.*, n° 376 et s., p. 174 et s.

de l'armateur dont la responsabilité serait engagée sur le fondement de l'obligation de navigabilité qu'imposent les lois internes et les conventions internationales. »³³⁸

Ainsi, sans être une attestation de navigabilité, la classification témoigne simplement de la vérification de la conformité des navires aux règlements de la société de classification³³⁹. De plus, l'exactitude des informations issues de l'expertise des inspecteurs peut faire l'objet de clauses d'atténuation.

Les clauses d'atténuation et d'exonération de responsabilité au contrat de classification — Les règlements des sociétés de classification intègrent des clauses d'atténuation rendant explicite l'absence de garantie sur l'exactitude des informations et des avis qui sont donnés en soulignant que « [s]i les renseignements s'avèrent imprécis ou erronés, la société n'a inexécuté aucune obligation puisque la véracité ou l'opportunité des prestations fournies n'est pas une obligation contractuelle. »³⁴⁰ Ce type de clause s'explique par les mauvaises conditions dans lesquelles les inspections peuvent être effectuées. En effet, malgré les moyens techniques, celles-ci sont généralement menées par une petite équipe qui vérifie d'immenses espaces relativement aux soutes, aux citernes et aux structures dans des conditions difficiles, notamment avec une luminosité limitée³⁴¹.

Par ailleurs, des clauses d'exonération de responsabilité peuvent être inscrites dans le contrat de classification. Celles-ci stipulent que la société de classification décline sa responsabilité tant sur le plan contractuel que sur le plan extra-contractuel pour les pertes et dommages à la suite de ses actes, erreur ou omission commis par négligence ou non lors de la prestation de services. D'ailleurs, la responsabilité des agents de la société de classification peut être exclue de la même manière. Des clauses de limitation de responsabilité fixent un plafond forfaitaire d'un éventuel dédommagement³⁴².

Les clauses d'exonération et d'atténuation de responsabilité ne sont pas absolues. En droit français, elles peuvent faire l'objet d'une neutralisation en raison de leur

338. M. FERRER, préc., note 34, n° 222, p. 117. Voir aussi n° 277, p. 138, n° 328, p. 159 et n° 339-340, p. 164 ; C.A. Paris, navire *Compiègne*, préc., note 90 ; F. SAUVAGE, *Transport de Marchandises par mer, loi du 18 décembre 1966*, préc., n° 36.

339. *Great American Insurance Co. v. Bureau Veritas (The Tradeways II)*, 1972 AMC, 1455, 1468-1478 (S.D.N.Y., 1972). Voir aussi FERRER, préc., note 34, n° 340 et s., p. 164 et s.

340. M. FERRER, préc., note 34, n° 327, p. 158.

341. P. ALDERTON, H. LEGGATE, préc., note 60, à la page 258.

342. M. FERRER, préc., note 34, n° 436-441, p. 199-203.

supplantation par une faute lourde ou inexcusable ou encore en l'absence de la connaissance de la clause³⁴³. La jurisprudence américaine valide les clauses en raison du principe de liberté contractuelle. Néanmoins, les parties sont autorisées à se soustraire lorsqu'il existe des raisons d'intérêt public, des problèmes réguliers et réels, lorsqu'une des parties a eu un pouvoir de négociation trop réduit dans le cadre d'un contrat d'adhésion ou encore lorsque la clause exonère d'une *gross negligence*³⁴⁴. Le droit anglais est dans une position mitoyenne puisqu'il est partagé entre la liberté contractuelle et la protection des parties les plus faibles. Ainsi, les clauses y sont reconnues dans la mesure où elles sont posées de manière claire et sans ambiguïté, sans être trop larges ou générales, tout en respectant le cadre du contrat et ses éléments fondamentaux³⁴⁵.

Les obligations à la charge de l'armateur comme source d'exonération de responsabilité pour la société de classification — Les opérations de classification relèvent du contrat d'entreprise qui exige une obligation de coopération de la part de l'armateur. Ainsi, les Règlements de classification contiennent de nombreuses obligations à la charge de ce dernier. Le défaut de s'y conformer exonère la société de classification de sa responsabilité. À cet égard, il est généralement exigé de la part de l'armateur qu'il déclare les événements de mers, les avaries, les défaillances ou encore des travaux de réparation qui peuvent affecter la classe du navire. En effet, c'est le seul moyen pour ses inspecteurs de connaître la condition réelle du navire. Cela se comprend, une déclaration erronée ou une

343. C.A. Tunis, 23 fév. 1955, le chalutier *C.T.2*, *DMF* 1956.87 ; C.A. Paris, 12 déc. 1968, navire *Energo*, *DMF* 1969.223, obs. LE CLÈRE (J.) ; CAMP, 5 avril 1974, sentence n° 115, *DMF* 1974.635 ; T. com. Marseille, 6 jan. 1978, navire *Atlantica Marseille*, *DMF* 1978.510 ; C.A. Versailles, 21 mars 1996, navire *Elodie II*, préc. note 335. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 331, 113 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 360 et s., p. 170 et s., n° 444-450, p. 203-206, n° 461-468, p. 210-214.

344. *Hudson Waterway Corp. v. Coastal maritime Service*, 1978 AMC 351 (E.D.Tex., 1978) ; *Alcoa Steamship Co. v. Charles Ferran Co (The "Alcoa Corsair")*, 1967 AMC 2578 (5th Circ., 1967) ; *Todd Shipyard Corp v. Turbine Service*, 1982 AMC 1976 (5th Circ., 1982) ; *The "Tradeways II"*, préc., note 339 ; *Sundance Cruises Corp. v. American Bureau of shipping (The "Sundancer")*, 799 F. Supp. 363, 378 (2d Circ., 1993) ; *Gulf Tampa Drydock v. Germanisher Lloyd*, 1982 AMC 1969 (5th Circ., 1981) ; *In re the Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16th, 1978 (The "Amoco Cadiz")*, 1986 AMC 1945, 1952 (N.D.Ill, 1986) ; voir aussi P. BOISSON, préc., note 331, 114 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 451-453, p. 206-207 et n° 469-473, p. 214-215 ; Hannu HONKA, « The Classification System and its Problems with Special Reference to the Liability of Classification Societies », (1994) 19 *Tul. Mar. L. J.* 1, 16.

345. *Ailsa Craigh Fishing Co. v. Malvern Fishing*, [1983] 1 W.L.R. 964 (H.L.) ; *Tor Line A.B. v. Alltrans Groups of Canada Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 48 (H.L.) ; *Royal Exchange Shipping Co. v. Dixon*, [1886] 12 A.C. 11 ; *Pinnock Brothers v. Lewis and Pent*, [1923] 1 K.B. 690 ; *Suisse Atlantic Société d'armement maritime S.A. v. Rotterdamshe Kolen Central N.V.*, [1967] 1 A.C. 361 ; *Photo Production v. Securitor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 454-459, p. 207-209.

omission peut corrompre le contrôle et annuler toute l'opération de classification y compris le régime de responsabilité qui y est associé³⁴⁶.

Sous-section 2 Un régime de responsabilités contractuelles limitées

Au-delà des limitations relatives à l'objet du contrat de classification, les sociétés sont tenues de respecter ce dernier au risque d'engager leur responsabilité contractuelle. Toutefois, encore faut-il établir l'étendue de leurs obligations quant au contrôle.

Une obligation de moyens ou de résultats allégée — Les règlements des sociétés de classification stipulent que l'exactitude des informations ou des conseils ne fait l'objet d'aucune garantie. Par conséquent, leur contenu n'est pas visé par une obligation de résultat. Les sociétés de classification seraient donc généralement redevables d'une obligation de moyens où l'effort pour inspecter valablement le navire est de mise. En droit anglo-saxon comme en droit français, il s'agit d'une conduite où leurs inspecteurs sont tenus d'exécuter leurs prestations de contrôle selon un soin et une adresse raisonnables, à l'image du bon professionnel. En l'espèce, il s'agit d'un contrôleur moyennement compétent, prudent et adroit. Dans l'affaire *Great American Insurance*, le tribunal américain a exigé une obligation de soin dans la détection des défauts³⁴⁷. Par ailleurs, les décisions issues des tribunaux français ont divergé de la jurisprudence américaine en soutenant qu'une société de classification avait une obligation de résultat d'effectuer les visites à bord et de retirer la classe du navire s'il n'est pas conforme aux prescriptions des Règlements³⁴⁸. Ce régime pourrait ressembler à la doctrine Ryan que les tribunaux américains ont par ailleurs refusé d'appliquer aux sociétés de classification.

346. P. BOISSON, préc., note 3, n° 732 p. 480 ; P. BOISSON, préc., note 331, 114 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 197, p. 105 et n° 381-382, p. 177 ; *The "Amoco Cadiz"*, préc., note 344 ; T. gr. inst. Avranches, 12 jan. 1982, C.A. Caen, 12 jan. 1983, Cass, 8 oct. 1985, navire *Compass Rose III* (décisions non publiées citées par P. Boisson, préc. note 331, 128) ; *The Sundancer*, préc., note 344.

347. *Tradeways II*, préc., note 339 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 385-402, p. 178-186.

348. C.A. Versailles, 21 mars 1996, navire *Elodie II*, préc., note 335. Les sociétés ont une obligation allégée puisque seulement la faute est présumée et non la responsabilité : M. FERRER, préc., note 34, n° 411-412, p. 188-189.

Non-application de la doctrine Ryan aux sociétés de classification — La *Doctrine Ryan*³⁴⁹, met en place une garantie implicite de performance, connue sous l'expression *Warranty of Workmanlike Performance*, liée à un régime de responsabilité de plein droit visant les intermédiaires du transporteur qui possèdent une expertise particulière sur des interventions impliquant la navigabilité d'un navire. Ainsi, ces derniers ne peuvent échapper à leur responsabilité en cas de perte totale du navire ou encore si les preuves de leur incurie ne peuvent être rapportées. Les acconiers, les réparateurs de navires, les charpentiers sont particulièrement visés par cette garantie implicite de performance puisqu'en exécutant leur prestation ils peuvent porter atteinte à la navigabilité du navire. Toutefois, l'affaire *Great American* révèle que les sociétés de classification ne peuvent être visées par cette garantie puisqu'elles n'ont aucun contrôle sur l'état de navigabilité du navire en raison de l'absence de prestation matérielle — elles ne peuvent pas nuire à l'intégrité du navire lors de leur prestation — et que les certificats de classification ne sont pas des garanties de navigabilité pouvant jouer le rôle de caution. Cela est d'autant plus vrai que les organismes classificateurs qui, par nature, n'ont de contact avec les navires qu'épisodiquement, sont incapables de réparer ou d'éliminer une défectuosité du navire. Leur capacité d'intervention se limite à observer et mentionner ce que leurs inspections révèlent. Enfin, l'obligation de navigabilité relève exclusivement de l'armateur sans qu'une délégation soit possible. Or, exiger une garantie implicite de performance à l'encontre des sociétés de classification aurait pour effet de les transformer en assureurs des navires qu'elles inspectent et qu'elles certifient. Ce n'est d'ailleurs pas l'intention des parties au contrat de classification, compte tenu de la disproportion entre leurs honoraires et le fardeau d'une telle garantie³⁵⁰. En définitive, la *doctrine Ryan* ne s'applique pas aux

349. Normalement l'obligation de navigabilité de l'armateur ne peut être déléguée à l'intermédiaire avec lequel il fait affaire, tel qu'une entreprise d'aconage, selon l'arrêt *The "Muncaster Castle"*, préc. note 116. Toutefois, la doctrine *Ryan*, tirée de l'arrêt *Ryan Stevedoring Co. v. Pan-Atlantic Steamship Corp.*, 1956 AMC 9 (U.S., 9 jan. 1956), soumet que sous certaines conditions spécifiques et limitées, cet intermédiaire peut voir sa responsabilité partager avec le transporteur à l'égard de l'obligation de navigabilité. En effet, cet intermédiaire est soumis à une garantie implicite de performance qui tient compte de son expertise, du contrôle et de supervision qu'il exerce sur le navire ainsi que de son aptitude à prévenir les accidents. Bref, plus les intermédiaires font preuve de compétence, plus ils sont susceptibles d'être reconnus responsables. Voir à cet effet H. HONKA, préc. note 344, 20.

350. *Tradeways II*, précitée, note 339, 1478. Voir aussi P. BOISSON, préc. note 331, 112. Deux autres décisions, l'une américaine et l'autre britannique, confirment l'absence d'application de la doctrine *Ryan* aux sociétés de classification : *The Nicolas H*, préc., note 350 ; *The Sundancer*, préc., note 344,

sociétés de classification. Il reste que les armateurs peuvent recourir à une action en responsabilité extra-contractuelle envers la société de classification contractante.

Sous-section 3 Le recours *in torts of negligence* est un recours en responsabilité extra-contractuelle qui est difficile à mettre en oeuvre

En *common law*, les sociétés de classification peuvent faire l'objet de poursuites par l'entremise d'actions fondées sur la *liability in tort*, plus particulièrement sur le *tort of negligence* ainsi que sur l'*unseaworthiness doctrine* qui permet une responsabilité extra-contractuelle de plein droit envers les contractants. Pour fonder son recours, le demandeur doit démontrer l'existence d'un devoir soins à la charge de la société de classification ainsi que le défaut de cette dernière d'accomplir ce devoir. Plus précisément, les sociétés de classification ont pour premiers devoirs d'examiner et de classer les navires selon leurs règlements ainsi que de transmettre aux armateurs les différents comptes rendus des visites, et en cas d'événement de mer, de procéder à une inspection pour déterminer si le navire rencontre toujours l'exigence des normes. Il reste qu'aucune obligation de navigabilité n'incombe aux sociétés de classification en raison de ses trop courts et rares contacts avec le navire visé. À cet égard, aucune intention des parties de faire des sociétés les assureurs des navires qu'elles certifient ne se déduit des contrats de classification, au contraire. Par ailleurs, l'autre devoir des sociétés de classification est d'exécuter leur prestation en apportant tous les soins requis aux visites des navires, à la détection et au signalement des défauts à bord³⁵¹. Ainsi, ces sociétés ont un devoir raisonnable de détecter toutes les déficiences perceptibles qu'elles peuvent trouver au cours de la visite et de renseigner l'armateur. Cette conduite se fonde sur le standard du professionnel normalement avisé et prudent³⁵².

384 ; voir aussi P. F. CANE, préc., note 310, 365 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 423-434, p. 192-198. ; H. HONKA, préc. note 344, 20.

351. *Tradeways II*, préc., note 339 ; *Gulf Tampa Drydock v. Germanisher Lloyd*, préc., note 344, 1974 ; *Skibs A/S Gylfe v. Hyman-Michael Co. (The "Gyda")*, 1971 AMC 2032 (6th Circ, 1971) ; M. FERRER, préc., note 34, n° 628-638, p. 285-290.

352. M. FERRER, préc., note 34, n° 638, p. 290. Voir aussi *Todd Shipyard Co v. Turbine Service*, préc., note 344 ; *Pan-American Petroleum Transportation v. Robins Drydock & Repair Co*, 281 F. 97 (2d Circ., 1928).

Non-application de l'unseaworthiness doctrine aux sociétés de classification —

La démonstration des conditions nécessaires à l'exercice du recours en responsabilité extra-contractuelle n'est pas une chose aisée surtout lorsque les navires — ou du moins les éléments de preuve de lacunes — ont disparu. Pour pallier les difficultés de rencontrer le fardeau de preuve des différents éléments constitutifs du *tort of negligence*, la présomption de fait établie par l'*unseaworthiness doctrine* a été mise de l'avant dans le cadre d'un régime de responsabilité extra-contractuelle des sociétés de classification en démontrant que le navire n'était pas en état de navigabilité avant de quitter le port. Cette doctrine aurait pour effet de créer un régime de responsabilité de plein droit³⁵³. L'arrêt *Re: Marine Sulphur Transportation Corporation*³⁵⁴, rendu par un tribunal américain a indiqué que cette présomption d'innavigabilité ne pouvait s'appliquer qu'aux acteurs maritimes qui peuvent véritablement modifier l'état de navigabilité du navire³⁵⁵. Or, les arrêts du *Tradeways II* et du *Pensacola* indiquent que l'*unseaworthiness doctrine* n'est pas applicable aux sociétés de classification puisqu'elles ne conçoivent pas, ne construisent pas, ni ne réparent les navires. Au surplus, leurs inspecteurs n'ont aucun contrôle sur ce qui se passe en mer. Ne faisant que classer les navires, elles ne peuvent se voir appliquer une présomption d'innavigabilité³⁵⁶.

L'action in tort non recevable à l'endroit du préjudice purement économique —

En droit américain, selon l'*East River doctrine*, le recours *in tort* n'est recevable seulement s'il vise un risque non raisonnable de blessure ou l'atteinte d'un bien autre que le produit lui-même³⁵⁷. Or, cette doctrine a été suivie par les tribunaux américains pour écarter des recours *in tort* visant des sociétés de classification³⁵⁸. Cela limite en grande partie la

353. Brien J. BECK, « Liability of Marine Surveyors for Loss of Surveyed Vessels : When Someone Other than the Captain Goes Down with the Ship », (1989) 64 *Notre Dame Law Review* 246, 255.

354. *Re: Marine Sulphur Transportation Corporation*, 312 F. Supp. 1098 (S.D.N.Y., 1970), rev'd, 460 F. 2d 89 (2d Cir., 1972), cert denied, 409 U.S. 982 (1972).

355. *Id.*, 460 F. 2d 89, 101.

356. M. FERRER, préc., note 34, n° 644-646, p 292-294; *The Tradeways II*, préc., note 344 ; *Steamship Mutual Underwriting Assoc. Ltd v. Bureau Veritas, (The "Pensacola")*, 1973 AMC 2183 (E.D.La, 1973), DMF 1974.687, obs. BONASSIES.

357. *East River Steamship Corp. v. Transamerica Delaval*, 1986 AMC 2027 (U.S., 16 juin 1986), DMF 1992.638, obs. BONASSIES, confirmant, 1985 AMC 913 (3d Circ., 1985), JMLC 1985.574, obs. GRUENDEL.

358. *Shipping Corp. of India v. American Bureau of Shipping*, 744, F. supp., 447 (S.D.N.Y., 1990) ; *The Sundancer*, préc. note 344, 282.

possibilité de cumuler l'action en responsabilité délictuelle et l'action pour inexécution contractuelle³⁵⁹.

Une responsabilité extra-contractuelle difficile à mettre en œuvre — Un recours en *negligence* selon le régime de common law est possible. Toutefois, celui-ci exige que le demandeur démontre par une preuve prépondérante l'inexécution de l'ensemble des devoirs. En bref, le *breach of duties* doit être prouvé tout comme le lien de causalité. Ces conditions de démonstration sont en réalité très difficiles à réaliser. D'une part, les règlements des sociétés peuvent poser des entraves à la démonstration de l'inexécution de leurs devoirs. D'autre part, le délit de mauvaise information est interprété strictement³⁶⁰. Le recours en *negligence* peut aussi être impossible en raison de l'absence de preuve matérielle notamment en raison du naufrage du navire visé par la prestation du processus de classification³⁶¹.

Les superseding causes — Généralement, la responsabilité de la société de classification n'est pas reconnue par les tribunaux en raison de l'action ou de l'inaction du capitaine du navire ou de l'armateur, rompant ainsi le lien de causalité. En effet, ces derniers interviennent directement sur la gestion du navire. De plus, ils participent activement à sa classification en fournissant les renseignements réclamés auprès de la société de classification sur tout événement subit par le bâtiment. Or, l'absence de connaissance des problèmes pouvant être à l'origine de la disparition du navire ou de sa cargaison dégage la société de classification de sa responsabilité, même si celle-ci a pu être négligente dans l'exécution de ses prestations de services³⁶².

Nécessité d'une relation causale souvent difficile à établir — Les tribunaux américains peuvent exiger un lien de causalité étroit entre le dommage et le fait imputable à la société de classification. Entre autres, le dommage doit avoir été prévisible. La Cour d'appel du 6^{ième} circuit a utilisé l'exigence de la *proximate cause* pour rejeter la

359. M. FERRER, préc., note 34, n° 647-650, p. 294-296.

360. *The "Sundancer"*, préc., note 344. Voir aussi M. FERRER, préc., note 34, n° 655-656, p. 297-298 ; H. HONKA, préc. note 344, 21.

361. *The "Tradeways II"*, préc., note 344 ; *The "Pensacola"*, préc., note 356 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 657-658, p. 298-299.

362. *The "Tradeways II"*, préc., note 344 ; *The "Amoco Cadiz"*, préc., note 344 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 659-662, p. 300-302.

responsabilité de l'expert maritime en invoquant l'imprévisibilité de l'incendie dont a été victime le navire³⁶³. De cette manière, la notion d'*acts of god*, à savoir les mauvaises conditions météorologiques et l'absence de connaissance entourant les circonstances du naufrage peuvent justifier l'absence du lien de proximité³⁶⁴.

Ainsi, le régime de responsabilité extra-contractuelle de la société de classification envers l'armateur qui a fait appel à ses services — selon le régime *in tort of negligence* de la common law — offre un cadre juridique qui permet aux sociétés de classification d'échapper au rôle d'assureur. Il est intéressant de vérifier si le régime de responsabilité serait plus encombrant pour les sociétés lorsque des tiers invoquent qu'elles sont à l'origine d'un dommage à leur égard.

Sous-section 4 Responsabilité extra-contractuelle envers les tiers

Dans le cadre de leurs activités, les sociétés de classification pourraient prendre des décisions qui ont un impact sur la conservation des marchandises, entraîner des lésions corporelles ou encore engendrer des désastres écologiques. Il faut alors analyser la situation selon l'obligation de vigilance ou encore la déclaration inexacte par négligence.

L'obligation de vigilance — Les sociétés de classification ont une obligation générale de vigilance, ou *duty of care*, à l'endroit de la sécurité des autres personnes³⁶⁵. Or, l'arrêt rendu dans l'affaire du *Morning Watch* a établi la règle jurisprudentielle selon laquelle les sociétés de classification peuvent être soumises à l'obligation d'un devoir de vigilance seulement si les critères de prévisibilité, de proximité ainsi que du caractère raisonnable sont rencontrés³⁶⁶. Dans le cadre de cette affaire, le lien de proximité n'était pas suffisant. Dans l'arrêt *Nicolas H*, les juges de la *House of Lords* ont précisé la règle

363. *The "Gyda"*, préc. note 351..

364. *The "Tradeways II"*, préc., note 344 ; *The Pensacola*, préc. note 356 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 664-671, p. 302-304.

365. Depuis l'affaire *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 jusqu'à celle *White v. Jones*, [1995] 2 W.L.R. 187 (H.L.) la jurisprudence anglaise est constante sur la validité du principe de *duty of care*.

366. *Mariola Marine Corporation v. Lloyd's Register of Shipping (The "Morning Watch")*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 547 (Q.B.). Voir aussi M. FERRER, préc., note 34, n° 548 à 555, p. 246-250 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 589-590, p. 276.

jurisprudentielle en refusant de reconnaître, au profit d'un propriétaire de marchandises ayant subi des dommages à la suite d'un naufrage, un défaut relatif au devoir de vigilance de la société de classification qui avait supervisé les réparations temporaires proposées par l'armateur. Les juges motivent leur décision en soutenant que cela n'aurait pas été *just, fair and reasonable*³⁶⁷. Par la même occasion, ils ont souligné, à mi-mots, l'importance de ne pas faire basculer l'équilibre des droits et obligations prévus au contrat de transport, notamment par les *Règles de La Haye/Visby*³⁶⁸.

La déclaration inexacte par négligence — Les sociétés de classification bénéficient, encore là, des difficultés du demandeur d'avancer la preuve nécessaire pour faire valoir leur responsabilité basée sur une déclaration inexacte par négligence ou, selon l'expression anglaise, la *negligent misrepresentation*. Dans l'affaire du *Sundancer*, La cour du second circuit a établi que l'application de ce régime de responsabilité exige un examen en quatre parties successives pour permettre la mise en œuvre de ce régime de responsabilité : (1) le défendeur – la société –, pour donner suite à la requête du demandeur – l'armateur – a fourni une information pour sa gestion; (2) le défendeur n'a pas agi en utilisant un soin raisonnable; (3) le défendeur savait que le demandeur se fiait à cette information dans une intention précise; (4) le demandeur a souffert de pertes économiques sur la base des informations transmises par le défendeur³⁶⁹. En l'espèce, la responsabilité de la société de classification n'a pu être retenue sous la théorie de la *negligent misrepresentation* puisque le premier critère n'a pas été rempli du fait que l'assureur n'a demandé aucune information pour sa gouverne. Cette décision étonne puisque l'assureur a subrogé l'armateur dans ses droits. Or, ce dernier avait demandé à la société de classification d'inspecter le navire et malgré cette subrogation, le tribunal a refusé d'établir un lien de proximité entre la société de classification et l'assureur³⁷⁰.

367. Arrêt *The Nicolas H*, préc., note 331. Voir aussi M. FERRER, préc., note 34, n° 556-567, p. 250-256 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 591-592, p. 277.

368. *The Nicolas H*, préc. note 331. Voir aussi P. F. CANE, préc., note 310, 374.

369. *The "Sundancer"*, préc., note 344, 381-382.

370. Damien L. O'BRIEN, « The Potential Liability of Classification Societies to Marine Insurers under United States Law », (1995) 7 *U.S.F. Mar.L.J.* 403, 414.

Sous-section 5 Problème de juridiction lorsque les sociétés de classification exercent une activité déléguée par les administrations étatiques

Les sociétés de classification peuvent réaliser la certification des navires pour le compte d'États du pavillon, elles exercent alors une intervention statutaire déléguée :

« La capacité des sociétés de classification d'émettre des certificats nationaux et internationaux est organisée par des lois, décrets et arrêtés de l'État du pavillon qui instituent les différentes conditions générales et particulières de reconnaissance. Le législateur établit aussi les différents contrôles et sanctions à l'encontre des sociétés et détermine la ou les sociétés agréées ou reconnues. Le domaine d'intervention des prestations des organisations de contrôle est aussi établi. Différentes normes fixent aussi les relations entre l'administration ou l'autorité de l'État du pavillon et la société reconnue et agréée. On peut distinguer le régime de la reconnaissance et le domaine de la délégation de la société. »³⁷¹

Voilà une intervention statutaire des sociétés de classification qui est déléguée par les États du pavillon. D'ailleurs, si ceux-ci délèguent leurs pouvoirs, ils conservent, par ailleurs, leur responsabilité et leur capacité de sanction à l'égard des armateurs dont les navires ne sont pas conformes aux normes sécuritaires³⁷². Dans le cadre des opérations de certification, les sociétés de classification bénéficient des clauses d'exonération de responsabilité prévues dans leurs règlements, mais elles peuvent aussi opposer l'immunité de juridiction de l'État pour lequel elles mènent ces contrôles advenant d'éventuelles poursuites. Cette immunité, fondée sur la souveraineté étatique, évite aux États ou à leurs représentants de faire l'objet de recours en responsabilité auprès d'autorités étrangères³⁷³.

L'affaire *Sundancer*³⁷⁴ est un cas d'espèce où la société de classification ayant fourni des certifications pour le compte des Bahamas n'a pu faire l'objet d'une action en responsabilité aux États-Unis. Le tribunal du Southern District de New York a décidé que les Bahamas accordait une immunité de juridiction applicable en l'espèce pour la société ABS agissant pour elle aux fins de la délivrance du certificat SOLAS du navire³⁷⁵. Toutefois, la tendance judiciaire tend à s'inverser : des tribunaux américain et français ont

371. M. FERRER, préc., note 34, n° 718, p. 326 ; Voir aussi *supra*, p. 95

372. B. LATRECH, préc., note 18, n° 121, p. 58.

373. P. BOISSON, préc., note 331, 125 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 741, p. 487.

374. *The Sundancer*, préc., note 344.

375. P. BOISSON, préc., note 313, à la page 51 ; P. BOISSON, préc., note 331, 126 ; *The Sundancer*, préc., note 344, 386.

eu, dernièrement, tendance à refuser l'immunité de juridiction à des sociétés de classification³⁷⁶.

La responsabilité pénale — En France, le recours pénal à l'égard de l'expert d'une société de classification ayant effectué une intervention d'inspection privée ou publique est possible. À cet égard, les alinéas 2 et 3 de l'article 121-3 du *Code pénal* prescrit l'existence d'un délit lié à une faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation légale de prudence ou de sécurité; ce délit peut être aussi réalisée indirectement par des individus physiques impliqués qui ont y ont contribué ou encore qui ont négligé d'intervenir pour éviter sa réalisation. Dans le cas où ce délit entraîne le décès d'une personne, un recours pénal particulier visant l'homicide involontaire est prévu par l'article 221-6 du même *Code pénal*. Toujours sur la base d'un recours pénal, les sociétés de classification sont assujeties à l'article 218-22 du *Code de l'environnement* qui réprime l'infraction de pollution maritime³⁷⁷.

La responsabilité pénale des sociétés de classification est rarement invoquée . À cet égard, les décisions des tribunaux sont encore en nombre réduit et la tendance est incertaine. En France, l'affaire du navire *Cap-de-la-Hague* a été la première à donner lieu à une condamnation pénale de l'expert³⁷⁸. Les affaires *Compass Rose III* et *Snekkar Arctic* se sont terminés par l'acquitement pénal des sociétés de classification et de leur

376. Dans l'arrêt *Humberto Argandona v. Lloyd's Register of Shipping (The "Scandinavian Star")*, 804 F. Supp. 326 (S.D.Fl.,1992), le tribunal du *Southern District* de Floride a permis qu'un recours en dommage pour le décès en haute mer d'une personne soit intenté auprès de la cours du 11^{ème} circuit contre la *Lloyd's Register*. Au motif de sa décision, le tribunal souligne que le recours s'appuie exclusivement sur des questions d'amirauté en lien avec le *Death on the High sea Act*, 46 U.S.C. § 1331 qui accorde une compétence de juridiction aux tribunaux américains . Par ailleurs, dans l'affaire du navire *Erika*, la société de classification RINA d'Italie a invoqué son immunité de juridiction devant le tribunal de grande instance de Paris. Distinguant la certification de la classification, ce dernier à rejeté l'immunité de cette société à l'égard de ses opérations de classification réalisées à l'égard de l'*Erika* : Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 213-214. En appel de ce jugement, la Cour d'appel de Paris confirme l'absence d'immunité de juridiction au motif que l'absence d'une intervention des autorités de Malte en faveur de la société *Rina* auprès des instance judiciaires constituait une renonciation non équivoque par cet État de Malte d'accorder son immunité de juridiction à l'endroit de la société : Aff. *Erika* en appel, préc. note 170, p. 321-324.

377. C. pén., art. 121-3 et 221-6 ; C. env., art. 218-22. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 331, 128, P. BOISSON, préc., note 313, à la page 52.

378. Cass., 30 mai 1980, navire *Cap-de-la-Hague*, DMF 1981.146, confirmant partiellement C.A. Douai, 6 juil. 1978, DMF 1982.153; Philippe BOISSON et Emanuel LANGAVANT, « L'affaire du naufrage de la drague « Cap-de-la-Hague » et le problème de la responsabilité des sociétés de classification », DMF 1981.131 ; P. BOISSON, préc., note 331, 127; M. FERRER, préc., note 34, n° 846-856, p. 380-384

personnel³⁷⁹. Dans un jugement rendu le 18 mars 2003, le tribunal correctionnel de Saint-Nazaire a retenu la responsabilité pénale de l'expert dans le naufrage du *Number One*. Le tribunal invoque le fait que l'expert, à titre de délégué de l'État du pavillon – St-Vincent et Grenadines –, a délivré les certificats indispensables à l'exploitation du navire même s'il connaissait l'état d'innavigabilité de celui-ci puisque la société suivait ce navire depuis plusieurs années. La Cour d'appel de Rennes a condamné la société comme personne morale plutôt que ses dirigeants, cette décision a été confirmée par la Cour de cassation³⁸⁰. En Italie, dans son arrêt *Tito Campanella* rendu le 21 juin 1991, la Cour d'appel de Gênes n'a pu découvrir un lien de causalité suffisant entre le naufrage et les constatations que l'expert aurait pu faire lors de sa visite quelques mois plus tôt, et ce, pour reconnaître la responsabilité pénale de ce dernier³⁸¹. Au Royaume-Uni, dans un cas de poursuite avec une charge criminelle impliquant la *Lloyd's Register*, cette dernière a admis sa responsabilité pour avoir fait défaut d'assurer la sécurité du public en vertu de l'article 3 (1) de la *Health and Safety Act*³⁸².

Une limitation de responsabilité contractuelle dénoncée par les armateurs — Les armateurs dénoncent l'ensemble du système de limitations de responsabilité contractuelle dont bénéficient les sociétés de classification. Ils soutiennent ne pas être en mesure de disposer d'une expertise responsable permettant de connaître valablement la condition sécuritaire de leur navire, d'autant plus que la complexité des bâtiments est toujours grandissante. Ils ajoutent que le manque de responsabilité des sociétés jette le doute sur la

379. Dans l'affaire du navire *Compass Rose III*, préc. note 346, les différentes instances condamnèrent l'armateur et l'affréteur du navire pour imprudence dans les travaux de transformation du navire lesquels n'avaient pas été signalés à la société de classification. Dans l'affaire du navire *Snekka Artic*, la Cour d'appel de Rennes a confirmé l'acquiescement pénal d'inspecteurs de sociétés de classification inculpés à la suite du naufrage d'un chalutier dans la mer du Nord. Toutefois, ils ont été condamnés civilement : C.A. Rennes, 17 sept. 1998, navire *Snekka Artic*, *DMF* 1999.110, obs. MORIN (M.), confirmant en partie T. gr. inst. Dieppe, 1^{er} déc. 1993 (non publiée, mais cité par P. BOISSON, préc., note 331, 128).

380. Cass., 10 jan. 2006, navire *Number One*, en ligne : <[http://www.fortunes-de-mer.com/documents %20pdf/jurisprudence/Arrets/1Cass%20Crim%2010%20janvier%202006%20Number%20One.pdf](http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/jurisprudence/Arrets/1Cass%20Crim%2010%20janvier%202006%20Number%20One.pdf)> (consulté le 10 mai 2010). voir aussi C.A. Rennes, 23 sept. 2004, navire *Number One*, *DMF* 2005.44, obs. BLIN, confirmant en partie T. cor. Saint-Nazaire, 18 mars 2003 (décision non publiée) ; Laetitia JANBON, « Le naufrage du *Number One* », *DMF* 2006.563 ; C. BUCHET, préc., note 9, p. 25 ; P. Boisson, préc., note 331.

381. C.A. Gênes, 21 juin 1991, navire *Tito Campanella*, non publié en France, cité par P. BOISSON, préc., note 313, à la page 52 ; P. BOISSON, préc., note 331, 128 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 862-867, p. 387-388

382. P. BOISSON, préc., note 331, 128 ; *Health and Safety Act*, 1974, c. 37 (R.- U.).

qualité des inspections et que cette situation entraîne la détérioration de la condition sécuritaire des navires³⁸³. Selon eux, la certification et la classification devraient garantir la navigabilité puisque l'objet de ces derniers serait de répondre à certaines obligations personnelles et non déléguable de l'armateur qu'il ne peut exécuter sans l'aide d'experts³⁸⁴.

Toutefois, la responsabilité limitée dont bénéficient les sociétés de classification se fonde sur le constat que ces dernières n'ont aucune emprise sur la gestion des navires puisque ce sont les armateurs qui conservent l'initiative des opérations d'entretien et de sécurité³⁸⁵. Qui plus est, l'armateur ne peut pas se fier au certificat de classification comme garantie de la navigabilité du navire étant donné que les honoraires de classification sont très en deçà du prix d'une assurance incarnée par une garantie de navigabilité. Or, un certificat de classification reste simplement le constat que le navire est conforme aux règlements³⁸⁶. Au surplus, faire assumer aux sociétés un rôle d'assureur entraînerait non seulement une flambée des coûts de classification, mais cela serait contradictoire avec les clauses de confidentialité généralement exigées par les armateurs afin d'éviter que les informations compilées dans les rapports d'inspection puissent être utilisées par les assureurs, les affréteurs ou encore une quelconque partie dans le cadre d'un litige³⁸⁷. Malgré ces éléments, les armateurs explorent l'avenue d'une responsabilité contractuelle.

Conclusion concernant le droit positif relatif aux normes sécuritaires exigées à bord des navires et aux autorités habilitées à en faire le contrôle — Au terme de ce chapitre, nous sommes en mesure d'affirmer qu'en matière de respect de la qualité nautique des navires, il existe un cadre légal relevant directement du droit positif international, et ce, tant dans les champs juridiques publics que privés. Ces règles sont techniques jusque dans

383. William O'NEIL, « Raising world maritime standards » in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 289, à la page 290.

384. M. FERRER, préc., note 34, n° 349, p. 167.

385. *Id.*, n° 328, p. 159 ; B. LATRECH, préc., note 18, p. 57, n° 119 ; David EASTHAM, « Classification societies : Targeting Class to Improve Shipping Standards », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998, p. 3. La responsabilité quant à l'obligation de diligence raisonnable du transporteur de mettre son navire en état de navigabilité ne peut être déléguée à un tiers mandataire, et ce, même s'il s'agit d'experts réputés et compétents pour contrôler la qualité du navire : *supra*, p. 43.

386. M. FERRER, préc., note 34, n° 353-358, p. 168-170 ; *The "Sundancer"*, préc., note 344, 376. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 331, 113 ; *Gulf Tampa Drydock v. Germanisher Lloyd*, préc., note 344.

387. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 183 (pdf). Sur les clauses de confidentialité des contrats de classification : *infra*, p. 182.

le détail et les multiples conventions interviennent en juxtaposition les unes par rapport aux autres pour couvrir l'ensemble des conditions qui assurent la protection de la vie, de l'environnement marin ainsi que des biens. Par ailleurs, ce cadre légal désigne aussi les acteurs qui doivent contrôler le respect des prescriptions sécuritaires à bord des navires de commerce. À cet égard, si le droit de la mer privilégie l'intervention de l'État du pavillon selon le principe de nationalité, un nouvel espace juridictionnel a récemment été aménagé en faveur de l'État côtier et portuaire pour lui permettre d'inspecter ces mêmes navires selon le principe de territorialité³⁸⁸. Ces pouvoirs de contrôle publics sont mis en parallèle avec ceux réalisés par les sociétés de classification qui appliquent ses règlements comme les prescriptions internationales. Ces éléments démontrent qu'il existe une normativité *ante* – *a priori* où les règles positives sécuritaires sont préexistantes et s'imposent d'elles-mêmes en raison de leur validité procédurale puisque la signature et la ratification leur ont permis d'intégrer le droit international.

Néanmoins, il faut constater que, malgré la multiplication et le chevauchement des prescriptions sécuritaires touchant les aspects de l'exploitation d'un navire, cela n'a pas empêché d'assister à l'inexorable dégradation des navires de commerce, durant les dernières décennies. Du coup, la mise en œuvre de ces règles semble inadéquate³⁸⁹. À cet égard, la commission d'enquête de l'Assemblée nationale française souligne comment « [l]e transport maritime est un secteur qui a longtemps été régi par le seul principe de liberté et ce principe demeure encore très fort »³⁹⁰. Or, le processus de mise en œuvre des prescriptions sécuritaires devient rapidement un problème : «As with any form of regulative process there is inevitably the problem of enforcement, a problem which the creators of regulations often tend to ignore.»³⁹¹ En fait, même s'il est vrai que toutes ces règles sécuritaires peuvent exister, encore faut-il que les entités chargées de les mettre en œuvre prennent les mesures nécessaires pour s'assurer de leur application. Ainsi, est-il absolument nécessaire de vérifier la *volonté* des entités à se soumettre à la règle en ce domaine.

388. D. ANDERSON, préc., note 268, 560 ; E. DURUIGBO, préc., note 47, 104.

389. K.X. LI., J. WONHAM, préc., note 59, à la page 277.

390. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 15.

391. P ALDERTON, H. LEGGATE, préc., note 60, à la page 257.

Titre II

Une complaisance exacerbée par la globalisation : le manque de volonté des autorités à faire respecter les normes

Au-delà de l'existence des prescriptions sécuritaires et de la désignation des autorités qui doivent les appliquer, la *volonté* des différents acteurs maritimes à faire respecter ces prescriptions est un enjeu important surtout lorsque des auteurs affirment que « ce n'est pas d'un déficit de règles dont souffre le transport maritime, mais de leur non application, ou plutôt de la facilité de les détourner sans sanction »³⁹². Or, depuis le début des années 1970 jusqu'à la fin des années 1990, la flotte mondiale de commerce était généralement considérée en mauvais état, et ce, malgré l'élaboration de normes toujours plus précises et performantes³⁹³. Cette période coïncide avec l'intensification des échanges mondiaux qui est associée à la globalisation, celle-ci engendrant un accroissement exponentiel des capacités du transport maritime³⁹⁴. À la même époque, une logique contradictoire de profits dans un marché très concurrentiel a incité les armateurs à diminuer leurs coûts d'exploitation, et ce, au prix de l'accroissement des risques :

« [Le naufrage de l'Erika en 1999] aura jeté, à la face du monde, le scandale – une fois de plus répété – de navires sous-normes sur lesquels des Etats complaisants acceptent de voir flotter leurs pavillons, d'affréteurs à l'affût du transport au moindre coût, d'armateurs fuyant leurs responsabilités derrière des sociétés écrans... Cette catastrophe n'a rien de naturel, elle tire son origine d'une logique de profits. »³⁹⁵

Évidemment, la complaisance n'est pas un phénomène nouveau. De tout temps, elle a été de pair avec la pauvreté. Toutefois, une corrélation entre l'avènement d'un marché globalisé et l'insécurité maritime semble de plus en plus se dessiner. Encore faut-il être en mesure d'expliquer les liens qui unissent ces deux phénomènes. Autrement dit, l'hypothèse que la globalisation constitue la circonstance qui accentue la complaisance en transposant cette dernière à l'échelle internationale. En fait, il est possible d'étudier le « point de contact » qui existe entre les normes sécuritaires et la réalité dans laquelle celles-

392. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 106.

393. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 48.

394. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 11.

395. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 9; Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 89.

ci sont mises en œuvre. En effet, les normes juridiques ne font rien par elles-mêmes et leur influence suppose leur connexion à des situations concrètes, un peu à l'image d'un gouvernail qui impose une direction à un fluide dynamique lorsqu'il est en contact avec celui-ci. Concrètement, les mécanismes du renforcement juridique peuvent exercer une influence sur la réalité seulement si le personnel des autorités publiques existe et peut valablement exercer un contrôle, ceci afin d'éviter que le droit ne soit abandonné au seul calcul ou à l'arbitraire des intervenants privés³⁹⁶. Conformément à notre *Cadre opératoire chronologique sur la normativité*³⁹⁷, l'analyse contextuelle de la *volonté* des autorités publiques s'inscrit au stade qualifié de *post-a priori* de notre réflexion sur la mise en œuvre des normes. Dans le cadre de cette analyse, le phénomène de globalisation doit d'abord être analysé sous l'angle d'un contexte d'application. Par la suite, la notion de « complaisance »³⁹⁸ doit être traitée à l'aide du concept de « course vers le fond »³⁹⁹, et ce,

396. Antoine JEAMMAUD, « Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale », dans M. MIAILLE (dir.), préc. note 41, p. 95, aux pages 104, 108 et 109.

397. *Supra*. p. 17

398. Le terme de complaisance est utilisé dans son sens péjoratif à savoir « Attitude d'une personne qui laisse faire, acquiesce pour ne pas déplaire à quelqu'un » : *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1993. L'encyclopédie *Larousse* définit ce complaisance comme une « Indulgence excessive et souvent blâmable » : *Larousse*, préc., note 46. Le Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL) indique que la complaisance, au sens péjoratif, se rapporte au « Actes d'indulgence et de soumission blâmable ». Plus spécialement dans les cas d'attestations ou de certificats de complaisance il s'agit d'« Attestation, certificat délivrés illégalement à une personne qui n'y avait pas droit » : en ligne : <<http://www.cnrtl.fr/definition/complaisance>> (consulté le 29 juil. 2010).

399. L'utilisation du terme de « course vers le fond » est la traduction directe de l'expression « race to the bottom » généralement utilisée en langue anglaise. Cette expression a été retenue pour la traduction d'un article de John Braithwaite. D'ailleurs, cette expression s'apparente fort bien aux phénomènes de naufrage ! Dans le même article, d'autres expressions ont aussi été utilisées telle que « poussée des normes vers le plus petit dénominateur commun », « concurrence réglementaire » et « concurrence dans le laxisme réglementaire » : John BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 255, aux pages 262 et 267 ; John BRAITHWAITE, « Perspective d'un rapprochement international des réglementations sans perdants », dans le même recueil de l'OCDE, p. 227, à la page 229. Pour sa part, Majone, parle d'« excès de concurrence entre réglementations » ou de « course vers le plus petit dénominateur commun, conduisant à une détérioration générale des normes » : Giandomenico MAJONE, « Comparaison des stratégies de rapprochement dans le domaine de la régulation », dans le même recueil de l'OCDE, p. 175, à la page 187. Par ailleurs, la doctrine en anglais utilise généralement l'expression « race to the bottom » pour identifier la dégradation des normes par la concurrence réglementaire. Malgré tout, des désignations alternatives existent. Ainsi, Murphy souligne que la « 'Competition-in-laxity' is more analytically useful than the colloquial 'race to the bottom', as the latter implies some nonexistent extreme condition and is often meant pejoratively or as a straw man to confute. » : Dale D. MURPHY, *The structure of regulatory competition : corporations and public policies in a global economy*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 6. Obijiofor Aginam utilise des expressions qui sont directement liées à la globalisation telles que « Globalization-from above », « Globalization-from-below » ou encore

auprès des diverses autorités concernées par l'exercice d'un contrôle sécuritaire à bord des navires.

Chapitre 1

Le processus de globalisation

Depuis les années 1960, et plus particulièrement au tournant des années 1970 et 1980, les expressions *globalization* ou *globalisation* se sont imposées en langue anglaise afin d'exprimer l'intensification des échanges transfrontaliers⁴⁰⁰. Cette notion ne s'inscrit pas dans la dichotomie traditionnelle nationale/internationale fondée selon la délimitation des pays. Il s'agit plutôt d'un espace global dans lequel les personnes, les biens et l'information circulent librement entre les frontières. Ainsi, la notion exprime un espace multiculturelle entre des collectivités transnationales qui interagissent par coordination plutôt qu'en fonction de liens hiérarchiques⁴⁰¹.

Le transport maritime est l'une des plus importantes activités économiques internationales : « Shipping is one of the few truly international industries in the world. In no other industry would it be possible to set up a transaction that involved so many different national entities as can be lumped together in one shipping deal. »⁴⁰² D'ailleurs, le transport maritime a été l'un des premiers secteurs d'activité à s'être rapidement engagé dans un processus d'internationalisation entraînant du coup sa dérèglementation sécuritaire :

«Predatory globalization» : Obijiofor AGINAM, « Between Isolationism and Mutual Vulnerability: A South-North Perspective on Global Governance of Epidemics in an Age of Globalization », (2004) 77 *Temp. L. Rev.* 297, 310.

400. Claire Turenne SJOLANDER, « The Rhetoric of Globalization: What's in a Wor(l)d », (1995-1996) 51 *Int'l J.* 603, 605 ; Gordon R. WALKER et Mark A. FOX, « Globalization: An Analytical Framework », (1995-1996) 3 *Ind. J. Global Legal Stud.* 375, 379.

401. James N. ROSENAU, « Change, Complexity, and Governance in Globalizing Space », in Jon PIERRE (ed.), *Debating Governance : Authority, Steering, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 167, aux pages 172 et 188.

402. Cindy LAZENBY, « SOS: The Call Sign of the Ships of Shame », (1997-2000) 4 *Deakin L. Rev.* 73, 73.

« Le droit maritime [...] joue un peu un rôle de précurseur de ce phénomène que les médias actuels dénomment mondialisation. Le mode maritime constitue, de longue date, un système qui peut jouer sur les délocalisations et multiplier les obstacles juridiques résultant des frontières, tout en se trouvant régi par une logique purement économique. Une telle situation engendre nécessairement un risque d'insécurité. »⁴⁰³

Pour comprendre cette dynamique dans une optique d'intérêt public, il faut, dans un premier temps, déterminer la portée de la notion de globalisation avec ses dimensions générales. Dans un deuxième temps, il faut expliquer comment elle est un processus de rapprochement géographique, de dénationalisation des entreprises et de transformation de l'ordre normatif.

Section 1 La notion de globalisation

L'accroissement des activités de transport depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale incarne l'intensification des échanges transfrontaliers, sous toutes ses formes. Or, il s'agit bien d'un fait qui doit être désigné, décrit et analysé comme tel dans une perspective contextuelle.

Utilisation du terme « globalisation » plutôt que « mondialisation » pour désigner l'intensification des échanges multidimensionnels transfrontaliers — En français, un flottement terminologique existe quant aux termes « mondialisation » et « globalisation ». Au risque de nous compromettre dans un débat sémantique, nous sommes d'avis que même si l'utilisation du terme « mondialisation » est en ce moment plus répandue dans la doctrine francophone⁴⁰⁴, nous privilégions, à l'instar de quelques auteurs et aux fins de notre étude,

403. C. SCAPEL, préc., note 11, à la page 124.

404. *Le Grand dictionnaire terminologique* de l'OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE du Gouvernement du Québec souligne la possibilité d'une utilisation distincte des termes « mondialisation » et « globalisation » :

« Dans la langue courante, le terme *mondialisation* désigne le fait de devenir mondial. Dans ce sens, *globalisation* est un calque sémantique de l'anglais qui concurrence inutilement le terme français *mondialisation*. Cependant, pour certains auteurs, la globalisation est plus qu'un phénomène de développement de l'intégration des productions et de l'interconnexion des marchés de biens et de services à l'échelle planétaire. C'est en quelque sorte d'une manière globale que ce phénomène se produit. Le terme *globalisation* contient alors l'idée selon laquelle le marché mondial s'unifie et qu'il doit être considéré comme un tout. La globalisation renverrait, pour ainsi dire, à l'idée que ce phénomène se globalise, désignant ainsi un état d'intégration très poussé, lequel caractérise l'ensemble de l'économie mondiale

l'usage du terme « globalisation »⁴⁰⁵. Ce dernier a non seulement l'avantage d'inspirer l'idée d'une intensification des échanges autour du globe, mais il évoque aussi l'accumulation de liens multidimensionnels à travers divers secteurs d'activités et niveaux de gouvernance⁴⁰⁶. C'est aussi l'idée d'un monde sans frontière où l'appartenance à un

et conduit à l'intensification des échanges économiques entre les États nationaux auparavant définis en référence à un territoire.», *Le grand dictionnaire terminologique*, à la mention «mondialisation», en ligne : < <http://www.granddictionnaire.com> > (consulté le 10 mai 2010).

405. Karim Benyekhlef, Isabelle Duplessis et Pierre De Senarclens utilisent indistinctement les termes de «mondialisation» et de «globalisation» : Karim BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 70-72 ; Isabelle DUPLESSIS, *La représentation moderne de la souveraineté. Simultanéité de l'idée du droit international et négation de sa normativité*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998, p. 112 ; Pierre DE SENARCLENS, « Gouvernance et crise des mécanismes de régulation internationale », (1998) 155 *Revue internationale de science sociale* 95, 95. Guy Rocher distingue la « mondialisation » qui définit l'extension des relations et des échanges transnationaux, rendue possible par la rapidité croissante des transports et des communication, de la « globalisation » qui fait référence à un « système monde » qui renvoie à un fait social qui dépasse les relations internationales et la mondialisation : Guy ROCHER, « La mondialisation : un phénomène pluriel », dans Daniel MERCURE (dir.), *Une société-Monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Québec, Les Presses de l'Université Laval/Boeck, 2001, p. 17, à la page 19. Pour sa part, Jacques Chevalier fait la distinction subtile entre « internationalisation », « mondialisation » et « globalisation » en attribuant à ce dernier terme une application essentiellement économique parlant notamment de « globalisation financière » : Jacques CHEVALIER, *L'État post-moderne*, Droit et Société, Maison des sciences de l'Homme, vol. 35, 3^e éd., L.G.D.T., Textenso éditions, 2008, p. 28. Pour la traduction en français du livre de John Saul, Jean-Luc Fidel a utilisé le terme «globalisation» en français plutôt que celui de «mondialisation» : John SAUL, *Mort de la globalisation*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2005. Voir aussi François CHESNAIS, *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1994, p. 15. En définitive, nous nous rallions à l'opinion de Georges A. Lebel qui mentionne que le terme «globalisation» doit être préféré puisque que cette notion fait référence au globe terrestre. Selon lui, le terme « mondialisation » diminuerait le flou conceptuel entourant les notions anglaises de *globe* ou *globalization*, notamment en faisant référence à l'instauration d'institutions politiques mondiales capables d'encadrer les échanges économiques, même si cet encadrement n'est pas souhaité par le milieu des affaires : Georges A. LEBEL, « La mondialisation : Une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques », dans François CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonction de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 17 à la page 19.
406. À cet égard, une distinction peut être faite entre les notions de « globalization » et de « global process » :

«As I use the term, globalization refers to a multiplicity of extraterritorial activities and their local effects. These effects need not be global in the sense of achieving universal impact. Rather, global processes refer to complex, dynamic, legal, economic, and social processes that operate within an integrated whole, in a manner that ignores territorial boundaries. The integrated whole may be a region or just a part of various jurisdictions that may or may not be contiguous.» : Alfred C. Jr. AMAN, « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance », (2000-2001) 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 379, 386.

Parlant du phénomène dans les entreprises, cet auteur souligne l'interdépendance des entreprises : « Globalization represents the integration of a cross-national dimension into the very nature of the organizational structure and strategic behavior of individual companies » : Wolfgang H. REINICKE, « Global Public Policy », (1997) 76 *Foreign Affairs* 127, 127 ; voir aussi Mary Ellen O'CONNELL,

pays devient secondaire⁴⁰⁷. Enfin, le choix du terme est aussi motivé par sa proximité phonétique et orthographique avec sa désignation en langue anglaise. Or, l'essence même de cette notion inspire au rapprochement des nations et son utilisation permet d'être reconnue comme telle par le plus grand nombre de personnes sans pour autant être une entorse à la langue française. Par conséquent, si le terme de « globalisation » est utilisé tout au long de notre étude, nous précisons qu'il intègre les informations se rapportant au terme de « mondialisation ».

La globalisation est une notion qui exprime l'interdépendance à l'échelle mondiale — Au sens général, la globalisation réfère à des phénomènes observables impliquant des échanges transnationaux instantanés et multidimensionnels :

« Énumérons, sans plus, certaines causes et effets de la mondialisation identifiés dans les écrits : accords internationaux de libéralisation des échanges et de l'investissement et nouvelles contraintes à l'utilisation de politiques nationales ayant des effets transfrontaliers; changement technologique rapide dans les transports et les communications; croissance rapide et développement des pays du Sud-est asiatique; commerce intra-firme et intra-industrie résultant de la décomposition des processus de production dont les étapes se situent dans des pays différents; mobilité des capitaux et interdépendance des marchés financiers d'où une marge de manœuvre réduite pour les autorités monétaires nationales et efforts de concertation et de mise au point de nouveaux régimes monétaires; volatilité des taux d'intérêt et des taux de change; croissance importante de l'investissement direct étranger; rôle grandissant des grandes entreprises comme acteur dans les relations commerciales internationales; importance accrue donnée à l'innovation, la R & D, le marketing, les alliances et partenariats pour avoir accès le plus rapidement possible aux connaissances et aux marchés de divers pays; écarts grandissants de richesse et de salaire entre individus, régions et pays; nouvelles politiques économiques inspirées par les théories de la croissance endogène; croissance et décroissance d'agglomérations urbaines régionales, certaines sortant gagnantes d'autres perdantes du processus d'intégration économique en cours [...], etc.

Il découle de cette énumération une conclusion importante à savoir que la croissance économique mondiale et la croissance économique de divers pays et régions du monde sont de plus en plus le résultat d'un processus au sein duquel les flux de commerce, les prix, les salaires et l'emploi sont déterminés simultanément. »⁴⁰⁸

Ainsi, la globalisation est un mouvement associé au développement de réseaux d'interdépendance qui s'exercent à l'échelle de plusieurs continents. Les liens d'interdépendance se construisent sur les flux et les influences du capital, des biens, de l'information, des populations, du travail ainsi que des enjeux environnementaux et biologiques. Dorénavant, peu importe le lieu géographique, les activités humaines sont

« The Role of Soft Law in a Global Order », in D. SHELTON (ed.), préc., note 1268, p. 101, à la p. 102-103.

407. C. T. SJOLANDER, préc., note 400, 604-607 ; voir aussi F. CHESNAIS, préc., note 405, p. 15.

408. Pierre-Paul PROULX, «La mondialisation de l'économie et le rôle de l'État», dans F. CRÉPEAU (dir.), préc., note 405, p. 123, aux pages 127-128.

soumises à un jeu d'interdépendance qui réfère à des effets réciproques entre les États ou entre des intervenants de différents pays. Cette relation est attribuable à une accumulation de liens multiniveaux qui représentent des canaux de circulation entre les pays, un véritable « networks of connections » qui accélère l'activité économique mondiale⁴⁰⁹.

Néanmoins, le niveau d'intégration des pays au processus de globalisation n'est pas uniforme. À cet égard, le groupe de Lisbonne propose une typologie de la globalisation en fonction des degrés d'intégration⁴¹⁰. Il reste que tous ces niveaux d'intégration sont dépendants des moyens technologiques qui réduisent les distances des échanges.

Section 2 Redéfinition de l'espace par les nouvelles technologies des communications et des transports

La globalisation est une notion encore floue qui désigne la transformation de l'environnement géographique, économique, politique et socio-culturel par des réseaux transcontinentaux et interrégionaux inédits⁴¹¹. Depuis les années 1970, une révolution technologique dans les domaines du transport, de la communication et du traitement de l'information a permis l'économie de temps dans les échanges. L'idée d'un rapprochement

409. Robert O. KEOHANE et Joseph S. Jr. NYE « Globalization. What's New? What's Not? (And So What?) », (spring 2000) *Foreign Policy* 104, 105. Voir aussi P. DE SENARCLENS, préc., note 405, 95 ; David HELD, Anthony MCGREW, David GOLDBLATT et Jonathan PERRATON, « Globalization », (1999) 5 *Global Governance* 483, 483 ; Jonathan R. MACEY, « Regulatory Globalization as a Response to Regulatory Competition », (2003) 52 *Emory L.J.* 1353, 1355.

410. Au premier niveau, l'internationalisation exprime le développement du commerce extérieur d'une économie nationale établi selon des ratios exportation/P.I.B. et importation/P.I.B. À cette étape, les autorités publiques exercent un rôle important par le biais de politiques nationales et commerciales. Au second niveau, la multinationalisation se caractérise par l'accroissement des investissements directs à l'étranger accompagnés de stratégies de production internationale de la part d'entreprises multinationales. Le pouvoir de ces dernières s'accroît aux dépens des autorités publiques. Enfin, au dernier niveau, la mondialisation se traduit par l'intégration économique rendant les pays interdépendants les uns des autres. Les impacts transfrontaliers de politiques nationales exigent la mise en commun des compétences pour traiter des problèmes régionaux et internationaux : P.-P. PROULX, préc., note 408, à la page 126, citant GROUPE DE LISBONNE, *Les limites de la concurrence*, Montréal, Boréal, 1995.

411. D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT et J. PERRATON, préc., note 409, 483 ; Gerald K. HELLEINER, « Markets, Politics, and Globalization: Can the Global Economy Be Civilized », (2001) 7 *Global Governance* 243, 243.

géographique est maintenant évidente⁴¹². La mobilité devient une dimension importante de la globalisation :

« Par le terme mondialisation, on entend la mobilité accrue des biens, des services, des personnes, des capitaux et de l'information sous toutes ses formes (voix, image, données et texte). Des ententes formelles (celles entre gouvernements) et des forces informelles attribuables plus particulièrement au changement technologique et aux stratégies et réorganisation d'entreprises multinationales sont parmi les principaux facteurs évoqués dans l'explication de l'intégration économique. »⁴¹³

Historiquement, il y a toujours eu des voyageurs sur lesquels reposait la réalisation d'échanges commerciaux⁴¹⁴, mais c'est seulement sous l'effet des nouvelles technologies, qui ont réduit les coûts et accru la vitesse ainsi que le volume des interactions mondiales, que la circulation transnationale des individus, des biens et de l'information a pu s'accélérer. Les intervenants internationaux se sont vite multipliés dans un nouveau contexte d'interdépendance complexe, créant des canaux de communication sur lesquels les autorités étatiques ont peu d'emprise⁴¹⁵.

La globalisation implique une telle vélocité des activités d'échange qu'elle entraîne une véritable désynchronisation du temps de réaction, privilégiant le présent et l'urgence d'une réponse, et ce, particulièrement dans les sciences juridiques. Dans ces conditions, le droit est parfois élaboré de manière précipitée, avec des conséquences néfastes sur l'effectivité des voies juridiques de l'État de droit⁴¹⁶.

Les technologies de l'information permettent la gestion globalisée des navires —

La gestion des navires offre un exemple concret de secteur globalisé puisque les nouvelles technologies de communication ont virtuellement rapproché les navires des centres décisionnels. Par ailleurs, les composantes électroniques, informatiques et mécaniques d'un navire sont toujours plus performantes, mais aussi plus complexes. Si elles permettent

412 G. K. HELLEINER, préc. note 411, 243. Andrea D. UNZICKER, « From Corruption to Cooperation: Globalization Brings a Multilateral Agreement against Foreign Bribery », (1999-2000) 7 *Ind. J. Global Legal Stud.* 655, 660 ; Joseph S. NYE, *Soft Power. The means to success in World Politics*, New York, BBS Public Affairs, 2004, p. 32 ; P.-P. PROULX, préc., note 408, à la page 130.

413. P.-P. PROULX, préc., note 408, à la page 125.

414. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 26 ; Ivan SIMONOVIC, « State Sovereignty and Globalization: Are Some States More Equal ? », (1999-2000) 28 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 381, 385.

415. I. SIMONOVIC, préc., note 414, 385 ; R. O. KEOHANE et J. S. Jr. NYE, préc., note 409, 115 ; G. A. LEBEL, préc., note 405, aux pages 19-20 ; J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 191.

416. Geneviève DUFOUR, Olivier BARSALOU et Pierre MACKAY, « La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du *Codex Alimentarius* et du droit transnational », (2006) 47 *C. de D.* 475, 502.

de réduire les équipages, elles exigent, en cas de panne, l'intervention de spécialistes. Un tel niveau d'expertise est difficile à maintenir au sein des équipages. Cela a pour effet, paradoxalement, de rendre le navire plus vulnérable. Néanmoins, les technologies de communication permettent aux experts restés à terre d'intervenir en cas d'accident⁴¹⁷. Des armateurs y ont vu le moyen d'éviter l'emploi d'un personnel navigant spécialisé. Seule une équipe de soutien spécialisée située à terre, à l'emploi ou en sous-traitance, est maintenant nécessaire pour l'ensemble des navires d'un groupe d'armement. Ainsi, les officiers sont parfois confrontés à la déresponsabilisation de leur profession puisqu'ils ne sont plus maîtres de la gestion des activités du navire, celle-ci étant maintenant réalisée à terre à partir du siège social. En fait, l'amélioration de la technologie a permis aux armateurs de réduire considérablement les budgets liés aux salaires des équipages. En effet, non seulement ceux-ci sont-ils réduits au strict minimum, mais le degré de formation exigée est peu élevé permettant d'engager à moindre coût du personnel originaire de pays sous-développés. Bref, dans certains cas, la perte de confiance des centres décisionnels envers les équipages est totale⁴¹⁸. Voilà une forme pernicieuse de dénationalisation des moyens de production vers les ressources humaines à bas prix qui caractérise si bien la globalisation.

Section 3 Une mobilité du capital menant à la dénationalisation des entreprises

Depuis la Seconde Guerre mondiale, les innovations technologiques à l'égard des moyens de communication et de transport ainsi que les infrastructures financières internationales mises en place par des gouvernements qui prônent le libéralisme économique ont permis d'accroître la mobilité du capital à travers le monde et facilité la

417. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 25 ; Valentina CARBONE, « Development in the labour market », in H. LEGGATE, J. McCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 67, aux pages 69 et 76.

418. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 31-32 ; V. CARBONE, préc., note 417, à la p. 71 ; P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la p. 269. L'embauche de ressortissants étrangers peu qualifiés et l'absence de confiance de l'armateur envers l'équipage participent à la dégradation des conditions de travail à bord et au risque sécuritaire : *infra* p. 141.

délocalisation et la dénationalisation des entreprises, surtout depuis les années 1980⁴¹⁹. Celles-ci, dorénavant, réduisent les coûts de main-d'œuvre en déplaçant leurs productions industrielles vers des pays qui offrent des bassins de travailleurs à faible salaire. Cette délocalisation est d'autant plus probable que, depuis les années 1950, la production industrielle s'est axée vers une stratégie d'exportation afin de diminuer les coûts marginaux. Cette stratégie a accru la pression concurrentielle entre les entreprises. La délocalisation est ainsi devenue un impératif industriel qui a intensifié les échanges internationaux et l'investissement venant de l'étranger :

« And as the pace of technological innovation accelerated under pressure of competition between firms for market shares, it became less and less possible to survive on the basis of profits in a home market. Firms, in short, did not choose to produce for foreign markets; they were forced to do so or go under. The price of entry, in many cases but especially in developing countries with potentially large markets, was often relocation of manufacturing capacity inside the trade barriers against competitive imports. »⁴²⁰

Le secteur économique étant soumis à cette idée du « toujours à la recherche prioritaire par les acteurs de la création de valeur »⁴²¹, la synergie et la vélocité des échanges entre les nations se sont installées par l'entremise des activités d'entreprises multinationales : « Multinational enterprise have changed their organizational structures, integrating production more closely on a transnational basis and entering into more networks and alliances, as global capitalism has become more competitive and more subject to rapid change »⁴²². Ainsi, paradoxalement, si les acteurs économiques sont mutuellement interdépendants, ils restent en situation de concurrence⁴²³.

-
419. Timothy A. CANOVA, Claire Moore DICKERSON, Katherine V.W. STONE, « Labor and Finance as Inevitably Transnational: Globalization Demands a Sophisticated and Transnational Lens », (2004) 41 *San Diego L. Rev.* 109, 111 ; Saskia, SASSEN, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1996, p. 29-31 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 27 ; K. BENYEKHEF, préc., note 405, p. 73 ; Mohamed Mahmoud SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, P.U.F., 2002, p. 10.
420. Susan STRANGE, « The Erosion of the State », (nov. 1997) 96 *Current History* 365, 367.
421. Charles-Albert MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans Erik. LOQUIN et Catherine. KESSEDIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 11, aux pages 34-39 ; K. BENYEKHEF, préc., note 405, p. 74.
422. R. O. KEOHANE et J. S. Jr. NYE, préc., note 409, 114.
423. Tamer S. GAVUSGIL, « Globalization of Markets and Its Impact on Domestic Institutions », (1993-1994) 1 *Ind. J. Global Legal Stud.* 83, 83 ; Miguel H. DE LA MADRID, « National Sovereignty and Globalization », (1996-1997) 19 *Hous. J. Int'l L.* 553, 555.

Conditions pour la délocalisation et la dénationalisation des entreprises — La dénationalisation des entreprises a permis à ces dernières de devenir des multinationales dont les activités sont sécables et/ou transférables d'un pays à l'autre :

« [...] dynamic created by globalization is one that emphasizes denationalized response to global issues, in so doing, stresses the relative insignificance of place, especially in matters involving economic issues. Because of the liberating effects of technology and the relatively free flow of capital around the world, private decisions involving production, finance, and investment can occur increasingly free of direct State involvement. Transnational corporations move their production activities from location to location around the world, often loosely affiliating with various independent contractors to obtain the services or materials they need. They seek out the most cost-effective relationships as possible in what are goods and services. They may locate research and development in one country, component assembly in still another. They also decide how much to customize globally conceived products for local markets. »⁴²⁴

Par ailleurs, la répartition géographique de la production reste intimement liée aux développements d'innovations technologiques :

« Il y aurait un rapport réciproque entre les technologies du moment qui modulent l'importance relative des facteurs de localisation et les stratégies des entreprises. D'une ère où les sites des ateliers des fabriques et des usines étaient fixés par la disponibilité de matières premières, les sources d'énergie, les voies de communication (de la deuxième moitié du dix-huitième siècle aux environs de 1850) ; nous serions passés par cent ans de polarisation où les moyens de transport ont favorisé la concentration industrielle (entre 1850 et 1955 approximativement). Aurait suivi une ère de division spatiale du travail durant laquelle l'organisation globale de l'entreprise implique la décomposition de l'entreprise et la décomposition de la chaîne de valeur ajoutée dans différents pays et à l'ère actuelle de technopolisation ou de réseaux grâce à la fabrication et à la conception assistées par ordinateur (F.A.O., C.A.O.), pour laquelle la production frugale implique de rapprocher les fournisseurs de donneurs d'ordre. »⁴²⁵

Du reste, la délocalisation aurait non seulement été rendue possible par les innovations technologiques qui ont permis la fragmentation des moyens de production, mais aussi en raison d'une *Pax Americana* qui aurait offert un environnement sécuritaire propice aux échanges :

« *Pax Americana*, that economic and political world order which emerged under the leadership of the United States after the Second World War, was based on the assumption of an *exchange* model of the international economy. Yet, by significantly increasing the ease and security with which goods, capital, and knowledge flowed across international boundaries (in part through the work of its multilateral institutions, combined with the competitive spread of standardized systems and technologies of production), *Pax Americana* facilitated the transformation of the international economy from one based on exchange to one based on transnational *production*. Technological advances made possible the fragmentation of the production process, setting the stage for the international strategy of

424. Alfred C. Jr AMAN, « Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest », (1998-1999) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 397, 409.

425. P.-P. PROULX, préc., note 408, à la page 130, p. 131. Voir aussi G. A. LEBEL, préc., note 405, à la page 20.

delocalization. Firms found it advantageous to establish *parts* of one production process in various locations around the globe. In such a way, transnational corporations could avail themselves of the ‘advantages’ of any given market – locating labour-intensive activities in low-wage jurisdictions, polluting processes in countries with lax regulations against pollution, and so forth. »⁴²⁶

Ainsi, la dénationalisation des entreprises et la délocalisation de leur production permettent aux entreprises de bénéficier des écarts de rémunération, mais c’est au prix d’une plus grande distance entre les intervenants : « La mondialisation a séparé et éloigné les zones de production des lieux de consommation et de transformation et éclaté les productions elles-mêmes entre les lieux les plus économiquement exploitables »⁴²⁷. Le transport est un élément central dans cette équation puisqu’il est ce lien entre les pôles de production eux-mêmes et ceux de la consommation. Dans ce contexte, un transport à faible coût est essentiel.

La dénationalisation dans le transport maritime — Le transport maritime est, là encore, certainement l’un des secteurs d’activité précurseurs du processus de dénationalisation afin de réduire les coûts de production. Précédemment, nous avons constaté que les nouvelles technologies de communication ont pu, en terme de gestion, rapprocher les navires des centres décisionnels. Mais cette dénationalisation des entreprises d’armement s’est aussi formellement réalisée par l’enregistrement de leurs navires dans des pays de libre immatriculation qui offrent des conditions plus avantageuses pour leur exploitation par des politiques de complaisance tant au plan fiscal que par l’embauche de ressortissants étrangers⁴²⁸. Chris Horrocks, secrétaire général de l’*International Chamber of Shipping* constate que « [l]e transport maritime est un secteur industriel international et il fonctionne dans un marché essentiellement libre »⁴²⁹. En l’espèce, le transport maritime est un secteur d’activité qui a réalisé l’étape de la dénationalisation⁴³⁰. Comme nous le verrons plus loin, cela lui a permis de réduire ses coûts. Le fret exigé a pu diminuer au point d’encourager la dénationalisation et la délocalisation des industries à l’échelle mondiale.

426. C. T. SJOLANDER, préc., note 400, 605-606.

427. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 37 ; P.-P. PROULX, préc., note 408, à la page 125.

428. *Infra*, p. 158. Cette dénationalisation a des conséquences sur la dégradation des conditions de travail à bord : *infra*, p. 141 .

429. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 117 (pdf).

430. *Infra*, p. 145.

Section 4 La transformation des relations politiques et juridiques

Sous l'effet de la globalisation, ce ne sont pas seulement les entreprises qui se sont étendues à l'extérieur des frontières, les États ont aussi connu des transformations par la régionalisation de leurs relations politiques entraînant ainsi la redéfinition du droit international.

La régionalisation des relations interétatiques — L'effervescence rencontrée depuis le début du 20^{ième} siècle pour l'élaboration de règles normatives nationales, surtout dans le domaine du transport maritime, s'est tranquillement estompée depuis les 50 dernières années, et ce, au profit d'une réglementation et des politiques développées au sein d'organisations supranationales et régionales. D'ailleurs, s'inscrivant dans une mouvance liée au processus de globalisation, la régionalisation des enjeux économiques et politiques est apparue et s'est amplifiée, notamment en raison de l'avènement et du renforcement de pôles politico-économiques régionaux tels que l'*Union européenne* (UE), l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA), le *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR), l'*Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN), l'*Asia-Pacific Economic Cooperation* (APEC) ou encore du *Caribbean Community* (CARICOM)⁴³¹.

Des néo-libéraux soutiennent qu'une intégration régionale reste le moyen de réduire les tensions politiques et économiques entre des pays voisins pour leur permettre de devenir plus compétitifs sur le marché mondial. Par contre, d'autres auteurs interprètent cette intensification du régionalisme comme le symptôme d'une désintégration de l'économie mondiale en divers blocs économiques ce qui devrait entraîner, à terme, des conflits entre des groupes exclusifs qui cherchent à dominer les règles du jeu économique⁴³². D'ailleurs, à l'extrême, soulignons que la régionalisation est conforme au courant « néo-médiévaliste » qui soutient l'idée que la globalisation est une étape menant à la désorganisation de l'ordre international établi avec une recomposition des pôles politiques : « Globalization can just as

431. Mohamed Mahmoud SALAH, « Mondialisation et souveraineté de l'État », (1996) 3 *Journal du droit international* 611, 642 ; Anthony PAYNE, « Globalization and Modes of Regionalist Governance », in J. PIERRE (ed.) préc., note 401, p. 201, à la page 205 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 46-47 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 73 et 254.

432. James H. MITTELMAN, « Rethinking the New Regionalism in the Context of Globalization », (1996) 2 *Global Governance* 189, 192-193.

well be seen as the harbinger not of a new world order but of a new world disorder, even a 'new medievalism' of overlapping and competing authorities, multiple loyalties and identities, prismatic notions of space and belief, and so on.»⁴³³ Pour le moment, il est possible d'affirmer qu'une dynamique de régionalisation interétatique est bien engagée. Au début des années 1990, ce régionalisme incarne la volonté des pays à vouloir concentrer des pouvoirs politiques et économiques qui influent sur l'économie des courants interrégionaux et intrarégionaux⁴³⁴. Or, les MoU sur le contrôle par l'État du port s'inscrivent précisément dans cette tendance puisque chacune de ces ententes administratives s'applique respectivement à des régions particulières du globe⁴³⁵. Ainsi, elles incarnent elles aussi l'expression d'une transformation du droit par la globalisation.

La redéfinition du droit — La globalisation a aussi des conséquences au plan juridique. Selon Daniel Mockle, la globalisation est liée « à l'émergence d'un droit sans frontière et à la création de nouveaux mécanismes de régulation qui peuvent réduire la souveraineté des États dans divers champs »⁴³⁶. Pour sa part, Gunther Teubner soutient que la globalisation engendre une déconstruction du droit ainsi que l'érosion de la capacité d'intervention des États en procédant à une mise à distance entre l'économie et le politique⁴³⁷. À l'instar des entreprises, le droit doit s'engager dans un processus de dénationalisation :

« In short, globalization not only involves States and State-centered attempts to deal with certain issues. This, in time, encourages an approach to law that seeks to transform the international-comparative approach to law into a more denationalized set of largely private, market-oriented rules and norms. »⁴³⁸

Or, la globalisation a entraîné un foisonnement d'autorités formelles et informelles qui remettent en cause l'ordre juridique public traditionnel. Dorénavant, les normes transfrontalières relèvent d'une pluralité d'ordres juridiques qui échappent à l'autorité

433. Philip G. CERNY, « Globalization and other Stories: The Search for a New Paradigm for International Relations », (1995-1996) 51 *Int'l J.* 617, 619. Sur la description du courant néo-médiévaliste. Voir aussi A. PAYNE, préc., note 431, aux pages 206 et s.

434. J. H. MITTELMAN, préc., note 432, 189-190.

435. A. FALL, préc., note 284,101.

436. Daniel MOCKLE, « Mondialisation, droit des peuples et État de droit », dans Daniel MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 1, à la page 6.

437. Gunther TEUBNER, « Global Private Regimes : Neo Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors », in Ladeur KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 71, à la page 73.

438. A. C. Jr. AMAN, préc., note 424, 409; voir aussi Daniel MOCKLE, «Mondialisation et État de droit», (2000) 41 *C. de D.* 237, 276; G. DUFOUR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 480.

étatique⁴³⁹. De cette manière, le monde entrerait ainsi dans une « période juridique *ahistorique*, une période de redéfinition du rapport juridique au temps et à l'espace, dans laquelle s'inscrit la mutation de l'État de droit et se redéploient, dans une certaine ambiguïté, les fondements démocratiques des rapports à l'État. »⁴⁴⁰

Par ailleurs, la notion de globalisation se réfère à cette pensée néo-libérale selon laquelle le « droit n'est pas le lieu d'évolution du monde et n'est plus le lieu d'élaboration des règles, mais est un univers secondaire, soumis à la rationalité d'un autre univers, celui de l'économie. »⁴⁴¹ Dans un tel contexte, la régulation et le contrôle étatique seraient moins utiles⁴⁴², même s'ils visent des enjeux internationaux impliquant le bien commun⁴⁴³. Toutefois, si le droit et les relations internationales ne se fondent plus sur le concept d'État-nation en raison de son effacement sur le plan de la régulation, la globalisation ne présage pas pour autant sa disparition⁴⁴⁴. En effet, l'État reste la seule organisation qui puisse véritablement garantir les droits de chacun tant sur le plan de la responsabilité que de la propriété⁴⁴⁵. D'ailleurs, c'est lui qui peut aussi assurer l'uniformité quant à la conception et l'application des règles, entre autres celles relatives au transport maritime.

Si certains soutiennent qu'au fond, la globalisation ne constitue pas un phénomène nouveau, elle serait néanmoins une notion qui stimule la réflexion, au point d'être annonciatrice d'une nouvelle ère⁴⁴⁶. Sans nécessairement adhérer à cette affirmation, nous pouvons néanmoins nous ranger derrière le commentaire du professeur Daniel Mockle qui

439. G. DUFOUR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 477.

440. *Id.*, 478.

441. G. A. LEBEL, préc., note 405, à la page 20 ; voir aussi Jean-François THIBAUT, « Réflexion sur la démocratie, la mondialisation et les relations internationales », (1999) 4 *Transnational Associations / Associations transnationales* 174, 179 ; Sol PICCIOTTO, « Reconceptualizing Regulation in the Era of Globalization », (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 1, 2. Aux fins de notre thèse, nous mentionnons qu'il sera utile d'établir certains éléments en fonction de la rationalité économique et ce, pour plusieurs éléments de notre objet d'étude. Toutefois, il ne s'agit pas que notre réflexion verse dans une logique propre à la théorie de l'analyse économique du droit.

442. C. T. SJOLANDER, préc., note 400, 604.

443. Ce raisonnement s'applique au secteur maritime dans lequel la mer, la sécurité maritime, le bien être des hommes d'équipage et le transport maritime - comme service public mondial - constituent des biens publics : R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 15.

444. D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT et J. PERRATON, préc., note 409, 484.

445. Saskia SASSEN, « The State and Economic Globalization: Any Implications for International Law », (2000) 1 *Chi. J. Int'l. L.* 109, 112.

446. Tim DUNNE, « The Spectre of Globalization », (1999-2000) 7 *Ind. J. Global Legal Stud.* 17, 18.

identifie des domaines d'activité créés ou investis par le processus de globalisation et sur lesquels le contrôle étatique s'est réduit :

« [...] la mondialisation, dont les vecteurs d'expansion, tels que la dimension globale des échanges, l'internationalisation des normes techniques et scientifiques, l'utilisation d'autres formes de régulation et de règlement des litiges, la création de nouveaux circuits par réseaux informatisés, la précarisation de populations vulnérables et l'aggravation des inégalités, le recul ou la stagnation de divers droits perçus comme essentiels (droit de l'environnement, droit social, droit du travail, droit de la personne) ainsi que l'instauration d'une Lex Mercatoria sans frontière, sont fréquemment interprétés comme les signes tangibles d'une diminution de la capacité d'action de l'État. »⁴⁴⁷

Au-delà de ce commentaire, soulignons que l'intervention de l'État est toujours nécessaire à l'équation du droit même pour sa dimension privée, sinon pourquoi toujours mettre de l'avant le principe de la bonne foi dans les rapports juridiques?

Conclusion à l'égard de la globalisation — La notion de globalisation vise donc plusieurs dimensions liées aux échanges, à la dénationalisation et délocalisation des entreprises, à la régionalisation ainsi qu'à la transformation de l'ordre normatif. Depuis les années 1950, et plus particulièrement depuis les années 1980, le contexte dans lequel évolue le secteur du transport maritime a beaucoup changé. Au-delà de ces analyses générales sur la globalisation, des enjeux auxquels font face différents acteurs du transport maritime s'imposent clairement en raison des conséquences parfois dramatiques, sinon catastrophiques, d'intérêts contradictoires. En effet, la globalisation est un facteur aggravant d'insécurité, notamment par son rôle de catalyseur dans le processus de course vers le fond, encourageant toujours davantage une complaisance maritime.

Chapitre 2

La concurrence mondiale à l'origine d'une course vers le fond et de la complaisance maritime

Jamais dans l'histoire de l'humanité, les marchés n'ont été aussi ouverts et les relations commerciales transfrontalières aussi importantes. Dans ce contexte, il est naturel

447. D. MOCKLE, préc., note 438, 241.

qu'il y ait plus d'offres en biens et services pour une demande se concentrant généralement dans les pays développés. Conséquemment, une dynamique de concurrence s'est emparée des secteurs d'activités globalisés. Cela devient la source d'un « impératif de la compétitivité mondiale de tous contre tous. »⁴⁴⁸ Tant les entreprises que les pays doivent constamment améliorer leur offre pour attirer le maximum d'investissements afin de profiter de l'effet de levier économique que ceux-ci procurent. Par ailleurs, la mobilité accrue du capital permet dorénavant de bénéficier davantage de toutes les opportunités pour réaliser à court terme un profit⁴⁴⁹. Conséquemment, l'approche complaisante, au sens d'une indulgence excessive envers soi-même ou envers autrui, devient une stratégie envisageable pour attirer ou conserver la clientèle et les investisseurs. En pratique, cette complaisance s'exerce surtout à travers l'adoucissement des contraintes d'exploitation : « One concern is that the host governments will seek to attract foreign investment by lowering environmental, labor, or human rights standards, either in their law as written, or more likely, by their patterns of non-enforcement of the law »⁴⁵⁰. L'inconvénient de ce type de stratégie est que les prescriptions sécuritaires ne sont plus exigées entraînant rapidement le secteur d'activité dans une course vers le fond des normes sécuritaires : « almost all nations observe almost all principles of international law and almost all their obligations almost all of the time »⁴⁵¹. Cette dérive rend les mécanismes traditionnels de renforcement du droit lacunaires puisque les normes existent, mais leur mise en oeuvre n'est pas valablement assurée. En d'autres termes, en raison d'un manque de *volonté* des autorités, le contrôle véritable des normes sécuritaires devient défaillant⁴⁵².

Les raisons quant à l'absence de *volonté* à faire respecter les prescriptions sécuritaires s'expliquent par l'étude du contexte concurrentiel dans lequel évolue le secteur du transport maritime. Cela nous amène à vouloir comprendre les pressions économiques,

448. Riccardo PETRELLA, *Écueils de la mondialisation : urgence d'un nouveau contrat social*, Montréal, Fides, 1997, p. 8 (conférence prononcée le 11 avril 1997).

449. S. SASSEN, préc., note 419, p. 39.

450. Cynthia A. WILLIAMS, « Civil Society Initiatives and Soft Law in the Oil and Gas Industry », (2003-2004) 36 *N.Y.U. J. Int'l. L. & Pol.* 457, 458. Voir aussi Alfred C. Jr. AMAN, « Privatization and the Democracy Problem in Globalization : Making Markets More Accountable through Administrative Law », 28 (2001) *Fordham Urb. L.J.* 1477, 1481 et s.

451. Louis HENKIN, *How Nations Behave : Law and Foreign Policy*, New York, Columbia University Press, 1979, p. 47 ; Kal RAUSTIALA, « Compliance and Effectiveness in International Regulatory Cooperation », (2000) 32 *Case W. res. J. Int'l L.* 387, 397.

452. A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 104.

notamment concurrentielles, qui s'exercent sur les armateurs et qui engendrent une complaisance maritime de la part tant d'autorités publiques traditionnelles que d'organismes privés chargés du contrôle sécuritaire à bord des navires.

Section 1 La course vers le fond chez les armateurs

Les armateurs sont les premiers artisans de la sécurité maritime. En effet, l'initiative de mettre leur navire en ordre repose sur leurs épaules. Ils doivent réaliser leurs tâches commerciales sans mettre en danger les vies humaines, l'environnement ou les biens d'autrui. Toutefois, les armateurs restent des acteurs soumis aux impératifs pécuniaires qui sont souvent dépendants des marchés relatifs au fret, aux navires de seconde main ou encore à la ferraille. Ils agissent sur les coûts d'exploitation selon une logique économique et tâchent de limiter les risques collatéraux à l'exploitation d'un navire. Dans tous les cas, les normes sécuritaires sont tirées vers le bas par des pressions économiques.

Sous-section 1 Les caractéristiques du marché du transport

Le transport maritime est une activité de fourniture de services réalisée à l'aide de navires lesquels exigent la mobilisation de capitaux importants et dont les activités doivent être profitables⁴⁵³. Ainsi, la rentabilité est au centre des préoccupations de l'armateur. Celle-ci dépend notamment du prix du fret, lequel est déterminé en fonction du volume et de la catégorie des marchandises transportées. Traditionnellement, la valeur élevée du fret va de pair avec le souci d'offrir un espace de transport sécuritaire⁴⁵⁴. Toutefois, ses taux sont soumis aux pressions concurrentielles déterminées par divers éléments liés aux cycles économiques. De plus, des pressions économiques internes aux compagnies d'armement existent. En effet, les investisseurs s'attendent à un retour d'investissement à la mesure des risques qu'ils encourent : « As far as the investor is concerned, a high level of risk is

453. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 23.

454. J.-P. BEURIER, préc., note 220, aux pages 87-88 ; W. O'NEIL, préc., note 383, à la page 293.

expected to translate into high return. »⁴⁵⁵. Or, le transport maritime est une activité où les profits sont peu élevés pour les capitaux qui sont mobilisés et les risques encourus :

« Shipping is generally recognised as being a low margin business. Income is derived from the movement of cargo, which is dictated by the freight rate. Expenses comprise voyage costs, port dues, administrative costs and wages which may be substantial, leading to low operating profit. Given the huge capital requirement in terms of vessels, financing costs in the form of interest can further reduce the overall profitability of the business. »⁴⁵⁶

Or, durant longtemps le secteur du transport maritime a été un secteur ravagé par des taux de fret dérisoires qui ont entravé l'investissement sécuritaire dans les navires.

Une surcapacité de transport et un faible taux de fret qui a duré près de trois décennies — À partir des années 1965, dans un contexte d'accroissement substantiel de la flotte mondiale de transport, des pays d'Europe de l'Est ont commencé à subventionner des flottes commerciales et de plus en plus de pays en voie de développement ont opté pour une politique de libre immatriculation offrant des conditions avantageuses d'exploitation de navires. Ces éléments ont accru davantage la capacité de transport mondiale. Or, les chocs pétroliers survenus au milieu des années 1970 et le ralentissement économique qui s'en est suivi ont réduit le volume des échanges internationaux. La surcapacité de transport qui en a découlé s'est traduite par une chute rapide de la valeur du fret qui s'est par la suite maintenue très bas durant les décennies 1980 et 1990⁴⁵⁷.

À cet égard, l'industrie manufacturière a appris à obtenir le maximum d'avantages d'un coût de transport dérisoire. En effet, cet élément était la prémisse d'une délocalisation de leurs moyens de production ainsi que de leur dénationalisation : l'éloignement géographique entre les pôles de production et ceux de la consommation n'est plus une entrave à la rentabilité industrielle, au contraire. De fait, le fret au rabais est devenu la condition essentielle à l'organisation d'un marché globalisé⁴⁵⁸. Mais, il faut préciser que le marché du fret est animé de certaines caractéristiques.

455. Heather LEGGATE, « Financial risks and opportunities », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 3, à la page 3 et 8.

456. *Id.*, p. 3.

457. J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 88 ; P. CHAUMETTE, préc., note 62, 58 ; P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 267 ; E. GOLD, préc., note 60, 253 ; A. DE MARFFY-MANTUANO, préc., note 204, à la page 95.

458. *Supra*, p. 124. Voir aussi R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 159.

*Un marché du transport divisé selon les lignes régulières et le *tramping** — Deux types de marché se distinguent au sein du transport maritime, à savoir, les lignes régulières et le *tramping*. Dans le cas des lignes régulières, le marché est normalement animé d'un équilibre de l'offre et de la demande où seuls les chargeurs les plus puissants sont en mesure de négocier avec des armateurs qui forment des quasi-cartels⁴⁵⁹. De plus, la flotte affectée à ce marché est généralement formée de porte-conteneurs ou d'autres navires spécialisés. Or, ces bâtiments bénéficient généralement d'un haut niveau de sécurité compte tenu de la valeur importante des marchandises qu'ils transportent⁴⁶⁰.

Pour sa part, le *tramping*, appelé aussi *spot*, est un marché généralement formé d'affrètements au voyage pour de la marchandise en vrac solide ou liquide sur des navires généralement plus vieux :

« Le choix du mode d'affrètement n'est pas neutre pour la sécurité du transport de la marchandise. Tous les intervenants du secteur conviennent que l'affrètement au voyage, commode en raison des marges de réactivité qu'il procure, est moins sûr que l'affrètement à temps, lequel permet d'envisager une relation de partenariat entre l'affrèteur (en mesure d'exiger un véritable suivi de la maintenance) et l'armateur (qui peut engager des investissements et renouveler sa flotte). »⁴⁶¹

Durant longtemps, dans le domaine du *tramping*, l'offre a été plus grande que la demande ainsi les chargeurs ont profité de la concurrence des transporteurs en raison du nombre élevé de navires capables d'effectuer le transport en vrac⁴⁶². D'ailleurs, des auteurs soutiennent que de grandes firmes pétrolières maintiennent l'instabilité et la précarité chez les armateurs de pétroliers sur le libre marché du *tramping* afin d'exercer une pression à la baisse sur les taux de fret tout en ayant l'avantage de se dégager d'une quelconque forme de responsabilité environnementale⁴⁶³. Généralement, le surplus d'offres s'explique, en outre, par les étapes de reconversion qu'un navire peut connaître tout au long de sa carrière. Celles-ci permettent de prolonger sa vie utile en lui permettant de transporter des

459. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 67.

460. *Id.*, p. 112.

461. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 66, voir aussi p. 200. L'utilisation d'un marché *spot* par les grandes pétrolières comme Total plutôt que d'une relation d'affrètement à long terme est aussi dénoncé par le tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire Erika. Le tribunal conclut à l'existence d'une faute d'imprudence de la part de Total lorsque celle-ci a conclu un contrat d'affrètement au voyage sur un pétrolier âgé : Aff. *Erika*, préc., note 170, aux p. 215 et 217 .

462. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 66 ; C. SCAPEL, préc., note 11, à la page 133.

463. *Id.*, p. 182.

marchandises toujours plus sales et de meilleur marché, comme dans le cas du vrac chimique ou encore du mazout lourd :

« Le navire, au long de sa vie, glisse souvent par étape vers des utilisations de moins en moins exigeantes sur le plan de la sécurité – ou d'utilisateurs moins exigeants... C'est dans ces évolutions qu'apparaissent la polyvalence et les capacités de reconversion des navires, par delà l'utilisation précise pour laquelle ils sont initialement conçus et construits. »⁴⁶⁴

D'ailleurs, à cet égard, la revente de navire est un marché spéculatif où les armateurs peuvent constamment trouver des bâtiments à moindre coût pour réaliser du transport sur le marché du *tramping*. Or, la principale contrainte économique du marché des navires d'occasion se trouve dans celui de la ferraille.

Le marché du navire d'occasion et de la ferraille — Depuis 1975, les spéculateurs spécialisés en revente de navires d'occasion ont longtemps espéré une intensification du marché du transport pour revendre à meilleur prix des bâtiments qu'ils ont achetés. En attendant cette « improbable » reprise du marché du transport, plusieurs revendeurs ont su amortir leurs frais en utilisant des bâtiments en fin de vie pour des opérations de transport sans pour autant se soucier de la sécurité à bord⁴⁶⁵. Ainsi, la spéculation sur le marché de la revente est à l'origine de la surcapacité du transport et impose aux navires une vie opérationnelle prolongée dépassant celle pour laquelle ils ont été conçus⁴⁶⁶. Par contre, au-delà des manipulations possibles du marché, il reste que le surplus d'offres de transport en vrac est aussi en grande partie déterminé par les fluctuations du marché de la ferraille.

Un navire est vendu aux ferrailleurs pour être démantelé si la valeur de son poids en acier est supérieure à celle à laquelle on peut s'attendre pour un navire d'occasion en fin de vie. Sur une grande échelle, un prix de la ferraille élevé et soutenu signifie qu'un grand nombre de vieux navires seront ferrailés et leur nombre est susceptible de se contracter⁴⁶⁷.

Au tournant des années 2000, la croissance fulgurante dans certains pays en voie de développement et l'expansion de nouvelles puissances économiques comme la Chine et

464. *Id.*, p.71 ; voir aussi J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 88 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11 p. 59 ; Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 216 ; C. BUCHET, préc., note 9, p. 43.

465. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 188. Durant les années 1990, le prix du fret est resté déprimé obligeant les armateurs à réduire les investissements sécuritaires : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 195.

466. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 189 ; J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 91.

467. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 71.

l'Inde ont exercé une pression inflationniste sur le prix des matières premières, notamment le pétrole, les minerais, les métaux ainsi que les céréales. Les activités de transport se sont intensifiées et le prix du fret a décuplé. Jusqu'en 2008, des armateurs ont pu faire un bon profit en faisant du transport avec de vieux navires, d'autres ont eu l'occasion de se voir offrir par les ferrailleurs un prix intéressant pour l'acier de leurs bâtiments rendus trop vieux⁴⁶⁸. En quelques années, le processus de renouvellement de la flotte commerciale mondiale a pu s'amorcer et se développer. Toutefois, c'est un long processus vulnérable aux crises économiques.

Le transport maritime est un secteur au cycle long qui est vulnérable aux soubresauts économiques — Les marchés du transport maritime et de la construction navale sont confrontés à des cycles très longs. La construction d'un navire prend plusieurs mois sinon quelques années et les navires qui ont été démantelés ne peuvent être immédiatement remplacés. À partir des crises pétrolières des années 1970, une surcapacité de transport a régné sur les taux de fret. Les navires commerciaux ont fortement été sollicités à participer à la croissance mondiale, particulièrement à la croissance chinoise. Dans les années 1990, l'équilibre de l'offre et de la demande s'est imposé. À partir de ce moment, la capacité de transport mondiale s'est contractée et les perspectives d'une pénurie de moyens de transport sont même apparues dans la première moitié des années 2000⁴⁶⁹. En 2006 et 2007, le prix du fret s'est emballé tout comme le prix de la ferraille. Mais en 2008, tout s'est effondré avec la nouvelle crise bancaire et financière! Il est certain que l'élan quant au renouvellement de la flotte mondiale a été ralenti. Du fait que le prix des métaux s'est déprécié, la demande de transport s'est contractée et le financement pour la

468. E. GOLD, préc., note 60, 253.

469. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 188. Un article du périodique *The Economist* soulignait comment les armateurs ont connu en 2004 une augmentation de leurs activités attribuables au développement récent et rapide de la Chine. Cette demande soudaine a fait augmenter considérablement les taux de fret. Cette croissance a entraîné un boom de la construction navale et une armada de nouveaux navires est venue grossir la flotte mondiale, ce qui devrait ralentir la croissance du prix du fret. Au terme de l'année 2004, la flotte de cargos était 14 % plus grosse qu'en 2000, les commandes de navires correspondaient à 23 % de la flotte alors qu'en 2000, elles représentaient 10 %. Le transport maritime reste une industrie soumise à des cycles étendus : « Boom and bust at Sea », *The Economist*, Aug 18th 2005. Le quotidien *Le Temps* révèle qu'en raison du développement de la Chine « [l]'offre de transport maritime, excédentaire pendant des années, est devenue insuffisante entre 2002 et 2003 » entraînant une augmentation considérable du prix du fret. De plus, le prix des navires de seconde main de 15 ans vaut 50 % de son prix neuf, alors qu'au cours des quinze dernières années, c'était plutôt de 20 % : « La marine suisse: dans le monde, plus personne n'en rit », *Le Temps* 14 déc. 2004.

construction de nouvelles unités a été quasi nul pendant quelque temps⁴⁷⁰. En bref, le milieu du transport maritime est sensible aux ralentissements économiques⁴⁷¹. À titre de mesure palliative, les armateurs ont décidé, à court terme, de réduire la vitesse de croisière des navires pour éviter une surcapacité de transport et réduire les frais de soute. Néanmoins, l'importance des carnets de commandes des chantiers maritimes présagerait une augmentation de la capacité de transport pour les années 2009 et 2010⁴⁷². En fait, étant donné que la vie utile d'un navire peut parfois être de 30 ans et que la production d'une unité s'étend inévitablement sur une longue période, le marché du transport est déterminé en fonction de la capacité de transport disponible :

« En transport maritime, le stock n'existe pas car il s'agit d'une production instantanée. Un navire ne peut modifier sensiblement sa productivité, et une commande de navire demande des années pour venir à terme. Le seul stock mobilisable est donc celui des navires désarmés, mais cette flotte de réserve est pour partie dans un état déplorable. »⁴⁷³

La reprise économique entamée en 2009, et la remontée du prix des métaux permettent d'entrevoir une flotte mondiale renouvelée pour l'avenir. Mais, advenant, à court ou moyen terme, le prolongement de la récession mondiale ou une seconde crise économique, nul doute que l'industrie du transport maritime se dirigera vers une situation de surcapacité qui maintiendra à nouveau les taux de fret à des niveaux bas. Ceux-ci obligeront les armateurs à dégager leur marge de profit aux dépens de la sécurité et des conditions sociales à bord des bâtiments. C'est là une perspective qui rappellerait la situation subie après la seconde moitié des années 1970 !

470. Le *Journal de la marine marchande* souligne que les plus grands index associés au transport ont chuté en 2008, plus particulièrement le *Baltic Freight Dry Index* (représente l'index phare pour le transport du minerai, les métaux, le ciment et les céréales à travers le monde), le *Baltic Panamax Index* (sept routes pour les céréales), le *Baltic Dirty Tanker Index* (onze routes de pétrole brut) et le *Baltic Clean Tanker Index* (cinq routes de produits pétroliers raffinés). De plus, les analyses financières du secteur sont pessimistes :

« Pour la Deutsche Bank, les chutes des divers Baltic Freight Index résultent de la diminution de la demande d'acier de la Chine en raison de ses stocks de minerai de fer, d'une moindre demande mondiale de charbon, du désengorgement des ports et de la croissance de l'offre de transport, car moins de navires sont envoyés à la démolition. Selon les experts, la croissance de la flotte mondiale, modérée aujourd'hui, devrait s'accélérer en 2009 et encore plus en 2010, exerçant une plus forte pression sur les taux de fret. Ainsi, la banque américaine d'investissements Goldman Sachs prévoit des moyennes du Baltic Exchange Dry Index de 8498 points sur toute l'année 2008, 5099 en 2009 et... 2719 en 2010! » : Loïc SALOMON, « Les effets de la crise financière », *JMM*, 10 oct. 2008.8. 9.

471. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 45.

472. Hervé DEISS, « Europe-Asie : l'horizon s'assombrit », *JMM* 10 oct.2008.8.

473. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 264.

Le manque de transparence et l'absence d'information engendrent une distorsion des forces du marché — Des économistes prétendent que dans un environnement où l'information relative à l'état des navires serait facilement accessible, ceux qui sont sous normes seraient éjectés de l'industrie maritime en raison des coûts élevés qui sont associés au risque qu'ils encourent. Cette augmentation des coûts seraient liée, notamment, à l'accroissement éventuel des frais de financement et d'assurances tout en subissant la perte de la clientèle des courtiers et des chargeurs rendus méfiants sur la capacité des navires à livrer la marchandise à bon port⁴⁷⁴. En fait, la présence de navires indésirables sur les océans indique une tout autre situation. Le manque d'information permet plutôt aux armateurs d'exploiter les lacunes de la sécurité maritime : « La logique économique voudrait que la faillite de certains opérateurs rétablisse l'équilibre du marché, mais ceux-ci préfèrent plutôt s'abstraire des normes élémentaires de sécurité, puisqu'ils n'en supportent pas directement le risque. On touche donc là un effet pervers de la concurrence que se livrent les armateurs. »⁴⁷⁵. L'idée que l'information ne circule pas librement semble évidente.

L'absence d'information accessible et fiable limiterait fortement la portée des mécanismes d'auto-régulation du marché. À cet égard, l'absence de transparence empêcherait les chargeurs, les affréteurs, les assureurs ou encore les institutions financières, d'évaluer valablement le niveau de risque d'une transaction avec un armateur propriétaire d'un navire sous norme⁴⁷⁶. La discrimination entre les bons et les mauvais armateurs devient quasi impossible. Si aujourd'hui la gestion en transport maritime fait maintenant l'objet de moyens informatiques performants qui permettent un transport selon le principe du « juste à temps » ou « real-time supply chain operation » qui évite les surplus d'inventaire, il faut retenir que les conditions dans lesquelles sont effectivement menées les activités de transport maritime sont parfois loin d'être transparentes. En effet, les réseaux informatiques se gardent bien de révéler aux chargeurs et consommateurs les problèmes liés

474. OCDE, *Safety and Environment Protection. Discussion Paper on Possible Actions to Combat substandard Shipping by Involving Players Other than the Shipowner in the Shipping Market*, DSTI/DOT/MTC(98)10/FINAL, 8 juil. 1998, p. 6, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/50/2104347.pdf>> (consulté le 20 mai 2010).

475. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 95.

476. G. MAJONE, préc., note 399, à la page 180 ; Giandomenico MAJONE, « The New European Agencies : Regulation by Information », (1997) 4 *J. Eur. Public Policy* 261, 266.

à l'ampleur de la chaîne d'intermédiaires, des lacunes du service à la clientèle, de la lourdeur des formalités administratives diverses, des problèmes potentiels de livraison et des erreurs de gestion relatives aux inventaires ainsi que les coûts élevés de transaction⁴⁷⁷. Ainsi, les intervenants du milieu maritime n'ont pas accès à toute l'information utile pour apprécier valablement les conditions du marché⁴⁷⁸. D'ailleurs, les transporteurs maritimes ne sont pas favorables à la multiplication des portails internet qui font la comparaison des prix, diffusent l'appréciation sur la qualité du transport et qui marginalisent les réseaux d'intermédiaires. Est-il nécessaire de préciser que dans ces conditions, ils ne seront pas en mesure de contrôler l'information qui y sera diffusée?⁴⁷⁹ Pour contrer cette menace, des entreprises de transport maritime ont voulu prendre les devants en créant leur propre site :

« Recently some initiatives have been launched based on joined efforts among shipping lines, logistics service providers and other companies working in complementary sectors such as banks, insurance, suppliers of equipment, etc. These initiatives have resulted in the realisations of webshared platforms among all the companies participating in transport and logistic operations that generally aim to drive efficiencies into the ocean transportation industry by streamlining and standardising traditionally inefficient processes. The service offered by these portals allow shippers, freight forwarders, third-party logistic providers, brokers and importers to manage the booking documentation and tracking of cargo across multiple shipping lines in a single integrated process. Today, there are four main initiatives in the sector : GT Nexus, INTTRA, Cargo Smart and Bolero. The participation of ocean carriers in these initiatives is very strong. »⁴⁸⁰

Cette volonté de contrôler l'information montre combien le marché du transport est un marché complexe où les armateurs cherchent à conserver une certaine ascendance. Toutefois, le besoin de transparence dans le marché du transport maritime est pour sa part bien réel⁴⁸¹. Il faut garder à l'esprit que les autorités maritimes publiques, soucieuses de protéger l'équité au sein des marchés peuvent vouloir s'investir dans un rôle de diffuseur de

477. Pietro EVANGELISTA, « Innovating ocean transport through logistics and ICT », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 191, à la page 195 ; Pietro EVANGELISTA, « ICT practices in container Transport », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 191, aux pages 233, 235-236.

478. Le texte constitutif d'*EQUASIS*, une base de données qui, comme nous le constaterons plus loin, réunit les données de diverses entités, constate le manque de transparence dans le marché du transport maritime : « Reconnaissant que l'absence de transparence des informations concernant la qualité des navires et de leurs exploitants est l'un des principaux obstacles à une authentique culture de la sécurité et de la qualité dans le transport maritime » : *Mémoire d'entente sur la mise en œuvre du système informatique EQUASIS*, site Internet d'*EQUASIS*, en ligne : <http://www.equasis.org/EquasisWeb/public/About?fs=About&P_ABOUT=MoUText.txt> (consulté le 15 sept. 2010). Voir aussi les différent centre informatique des MoU : *infra*, p. 300.

479. P. EVANGELISTA, « ICT practices in container Transport », préc. note 477, p. 230 à la page 241.

480. *Id.*

481. C. BUCHET, préc., note 9, p. 53.

renseignement comme nous le verrons plus loin dans le cas des MoU⁴⁸². Par ailleurs, malgré ces transformations, il reste que les diverses contraintes économiques auxquelles les armateurs sont acculés, incitent ceux-ci à exploiter les opportunités qui permettent de dégager une marge de profit.

Sous-section 2 L'instinct de survie des armateurs à l'origine de la course vers le fond des normes sécuritaires

Les armateurs sont à la tête d'un secteur d'activité entièrement globalisé qui est confronté à un marché mondial très compétitif. Ainsi, « la concurrence internationale de plus en plus intense fait en sorte que le transporteur doit veiller à ce que sa flotte soit utilisée d'une façon maximale »⁴⁸³. Les armateurs ont dû dégager une marge bénéficiaire suffisante pour assurer leur rentabilité. Ils ont conjugué la hausse du prix du carburant et la diminution du prix du fret en réduisant les coûts d'exploitation à leur strict minimum :

Profondément affectés par la récession depuis le milieu des années 70, les transports maritimes offrent le spectacle d'une concurrence sans merci. La surcapacité de l'offre, responsable d'une baisse régulière des taux de fret, a conduit les opérateurs à réduire par tous les moyens leurs charges d'exploitation. L'utilisation de navires âgés, la réduction des coûts d'entretien au strict minimum ainsi que le recrutement d'équipages à bon marché, ont été les principaux ingrédients de cette chasse aux économies. La crise a touché l'ensemble des professions soumettant leurs membres à des pressions commerciales difficilement compatibles avec la gestion rigoureuse d'une bonne sécurité. »⁴⁸⁴

En fait, le coût d'exploitation du navire reste la seule variable contrôlable⁴⁸⁵. Or, la sécurité ainsi que les salaires sont des postes budgétaires importants et compressibles :

« Les risques liés à l'exploitation du navire mettent principalement en cause l'armateur. Or, compte tenu du développement de l'activité du *shipping* et des fluctuations du marché du transport maritime, il peut être tentant pour un propriétaire de bateaux de maintenir ou de restaurer ses marges aux dépens de la qualité du matériel. En d'autres termes, la logique économique contrarie parfois l'exigence de sécurité. »⁴⁸⁶

L'armateur n'est aucunement incité à investir dans la sécurité puisque celui qui se soucie de la construction et de l'entretien d'un navire afin d'y maintenir un niveau élevé de sécurité a aussi l'inconvénient de supporter les pressions concurrentielles du marché qui s'exercent

482. *Infra*, p. 458.

483. Guy LEFEBVRE, *L'obligation de navigabilité et le transport des marchandises sous connaissance*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1986, p. 30. Voir aussi C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 129.

484. P. BOISSON, préc., note 3, n° 27, p. 22.

485. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 96.

486. *Id.*, p. 94.

sur le fret. Cela réduit d'autant sa rentabilité. En effet, ses frais d'exploitation plus importants et l'amortissement plus lourd et plus long l'inciteraient à augmenter ses tarifs au détriment de ses parts de marché. Par ailleurs, l'armateur consciencieux doit aussi assumer les coûts collatéraux qui sont associés au grand nombre de navires sous normes lesquels entraînent des surcharges liées à la mutualité des risques, notamment dans le domaine de l'assurance et des fonds d'indemnisation⁴⁸⁷. Plus encore, la multiplication des inspections sécuritaires engendre des coûts et des délais supplémentaires pour tous⁴⁸⁸. Par ailleurs, il reste que les affréteurs, les chargeurs ainsi que les courtiers maritimes souhaitent pérenniser la présence de navires sous normes qui tirent le fret vers le bas pour maintenir l'intensité des échanges commerciaux⁴⁸⁹. La pression à la baisse du fret a initié et maintenu une dynamique de course vers le fond qui compromet la sécurité maritime : « La dégradation des taux de fret et les pressions inflationnistes sur les coûts ont contraint un nombre croissant d'armateurs à réduire, ces dernières années, les dépenses affectées aux opérations à un point tel que les marges de sécurité et les mesures de prévention contre la pollution sont tombées à un niveau critique. »⁴⁹⁰

En fait, cette obsession de rentabilité fait dire à Jean-Pierre Beurier que plusieurs exploitants de navires ne sont plus de véritables armateurs au sens d'entrepreneurs

487. Les P&I clubs et autres entreprises d'assurance opèrent selon le principe de la mutualité. Devant l'augmentation des accidents maritimes et des coûts qu'ils entraînent, ils n'ont d'autre choix que de couvrir leurs pertes en élevant le prix des couvertures d'assurance concernant les navires et les marchandises. Cette augmentation constitue donc une surcharge pour tous les propriétaires de navire. Voir à cet effet OCDE, préc., note 7, p. 17 et 21. De plus, les fonds de responsabilité mis en place par les transporteurs du secteur ont l'inconvénient, selon M. Cuttler, de déresponsabiliser les armateurs de leur comportement de négligence puisque ces fonds agissent comme une assurance et obligent à la mutualité des dommages : M. CUTTLER, préc., note 243, 187.

488. D. BELL, préc., note 237, 369. Par ailleurs, Fernand Bozzoni, un armateur français, s'est plaint devant la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur le naufrage de l'Erika que ses navires étaient perpétuellement inspectés :

« [N]ous sommes perpétuellement en inspection ! Nos bateaux sont obligatoirement «vettés» par toutes les grandes compagnies pétrolières qui délivrent des certificats de vetting valables six mois – pour l'instant, car cela va changer. Comme il faut être certifié par une dizaine de compagnies, cela représente jusqu'à 24 inspections par an ! auxquelles il convient d'ajouter les inspections de classe, des assureurs, des inspecteurs de l'Etat du port et de ceux du pavillon ! » : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 104.

489. OCDE, préc., note 7, p. 5-8. Parlant des chargeurs et des intermédiaires, Hervé Desmeulles, capitaine de première classe de la navigation maritime, souligne que « [c]eux-ci jouent perpétuellement à la baisse les taux de fret qui y sont négociés quotidiennement à la faveur de la surcapacité mondiale en matière de transport maritime » : Hervé DESMEULLES, « La noire dérive de la "complaisance" », *Le Monde*, 4 jan. 2000, p. 15.

490. OCDE, préc., note 6, p. 14 ; voir aussi E. GOLD, préc., note 60, 253.

maritimes professionnels endossant la responsabilité morale au plan sécuritaire, mais qu'il s'agit simplement de « propriétaires de navire » intéressés au rendement maximal qu'ils peuvent tirer de ce dernier⁴⁹¹. D'ailleurs, les entreprises d'armement de navire sont devenues de vastes conglomérats qui se préoccupent peu d'une gestion nautique surtout lorsqu'elles délèguent celle-ci à des compagnies sous-traitantes qui gèrent au jour le jour le bâtiment⁴⁹². Par ailleurs, il faut souligner que la dégradation de la sécurité des navires s'exerce autant à l'égard de l'aspect humain avec les conditions de vie et de travail à leur bord qu'envers celui de l'aspect matériel de ceux-ci .

Dégradation des conditions de travail à bord — Les nouvelles technologies ont permis la réduction de la charge salariale, premier poste budgétaire dans l'exploitation d'un navire. Avec le déplacement de l'autorité décisionnelle du navire de sa passerelle de commandement vers les centres opérationnels installés à terre, il n'est désormais plus nécessaire de payer chèrement un important équipage formé et expérimenté⁴⁹³. Pour plusieurs navires, l'équipage est réduit au strict minimum tout comme les conditions salariales, de travail et de vie à bord. Parfois, celles-ci sont à ce point misérables qu'elles n'intéressent plus que des hommes désespérés originaires de pays en voie de développement, au point de parler d'esclavagisme : « For thousands of today's international seafarers life at sea is modern slavery and their workplace is a slave ship. »⁴⁹⁴ Pour ces cas, la rotation des hommes d'équipage est fréquente. Toutefois, le roulement de personnel n'est plus une entrave à l'exploitation maximale du navire, au contraire, puisqu'il est avantageux d'éviter qu'une prise de conscience ou une « solidarité au parfum syndical » s'installe à bord. D'ailleurs, les revendications pour de meilleures conditions sont d'autant plus improbables que les relations entre les hommes sont empreintes de fortes disparités culturelles, linguistiques et sociales. Si la maîtrise de l'anglais est généralement exigée dans les conditions d'embauche, son niveau est très élémentaire, au point d'être qualifié

491. J.-P. Beurier, préc., note 220, à la page 88. Un article du périodique *The Economist* souligne que le pouvoir du transport ne réside plus dans la capacité de transporter mais plutôt dans la capacité de négocier un espace de transport : « In an electronic world, the real power lies with the brain that buys and sells space on lorries, trains and ships, not the brawn that shifts the goods. » : « Bobbing Bytes », *The Economist*, may 21st 1998.

492. E. GOLD, préc., note 60, 253.

493. Supra, p. 124.

494. INTERNATIONAL COMMISSION ON SHIPPING, *Ships, Slaves and Competition*, Charlestown, International Commission on Shipping, 2000, p. 3 et 57.

d'« anglais maritime ». Au plan sécuritaire, cette situation est préoccupante en raison de l'absence de cohésion de l'équipage lorsqu'une situation d'urgence survient. De plus, en raison des salaires offerts et des divers systèmes de gestion par la sous-traitance, la qualification des équipages est non seulement médiocre, mais le sentiment d'appartenance au navire et la volonté de l'entretenir ou même de le sauver en cas de péril est quasi nulle⁴⁹⁵.

Dégradation de la condition sécuritaire des navires — L'entretien est le second poste de dépense d'un navire. À cet égard, une analyse publiée en 1996 par l'OCDE a révélé qu'il est profitable pour un armateur d'exploiter un navire en y maintenant un niveau d'entretien tout juste au niveau plancher, à savoir, un degré à peine inférieur aux exigences normatives sécuritaires sans pour autant que les lacunes ne soient détectables. De cette manière, par rapport à un navire qui se conformerait aux prescriptions sécuritaires, un armateur peut bénéficier de 13 % d'économie des coûts d'exploitation d'un vieux navire et

495. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 212. De plus, Jacques Loiseau, président de l'Association des capitaines de navires, a résumé la situation en ces termes :

« Un équipage qui n'a aucun lien avec l'armateur ou le navire n'a aucun intérêt particulier à assurer un excellent entretien du navire : rien ne peut être fait de sérieux et de durable. Nous avons en effet affaire à des marins qui sont un peu comme des « mercenaires » – ce qui n'a rien de péjoratif dans mon esprit – : ils sont employés à la tâche. » : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 76, voir aussi les pages 73, 75 à 78, 99.

Hervé Desmeulles, capitaine de première classe de la navigation maritime, parle d'« esclavagisme moderne » lorsqu'il expose les conditions de travail déplorables visant des marins ressortissants de pays en voie de développement, notamment les Philippins, Colombiens ou encore les Péruviens. Quant aux officiers, ce sont souvent des ressortissants de pays comme la Roumanie ou la Croatie : H. DESMEULLES, préc., note 489, p. 15. Les marins ressortissants de pays en voie de développement à bord de cargos sous-normes mènent une vie misérable à bord et subissent des conditions de travail exécrables :

« Étonnants assemblages de Pakistanais qui détestent les Indiens, de Birmans qui méprisent les Thaïs, d'Africains et de Philippins obligés de cohabiter avec des Slaves qui dédaignent tout le monde. Tous « futurs rois du pétrole dans leur pays », comme disent les bonnes consciences. Mais, en attendant, tous embarqués pour huit mois ou un an de rang avec des escales de plus en plus courtes et coupées des plaisirs de la ville. Payés, pour certains, « un pack de bière et un coup de pied au cul ». Taillables et corvéables à merci. Mis sur une liste noire s'ils parlent. Menacés physiquement, eux et leur famille à terre, s'ils brisent l'omerta. Condamnés à arrondir leurs fins de mois avec des cartouches de cigarettes, du matériel hi-fi, du Baume du tigre, des crevettes de Madagascar, des voitures d'occasion, sinon de la drogue ou des clandestins rançonnés au passage. » : Georges DUPUY, « Les damnés de la mer », *L'Express*, Économie, Couverture inter, 5 avril 2001, p. 116.

Sur les conditions de vie à bord de navires sous-normes, voir aussi S. FRAWLEY, préc., note 190, 94 ; INTERNATIONAL COMMISSION ON SHIPPING, préc., note 494, p. 167 ; Cédric MATHIOT, « Manille à bord : Près d'un tiers des marins embarqués sur les navires marchands dans le monde sont philippins. Visite à bord de l'« Ile de Bréhat ». » *Libération*, n° 7181, 14 juin 2004, p. 1 ; Hugo DUMAS, « Un cargo chypriote arraisonné dans le port. En 1994, la Garde côtière avait décelé une cinquantaine d'avaries ou défauts sur l'Aghia Markella », *La Presse*, 12 août 1999, p. A3.

cette économie peut atteindre 15 % dans le cas des navires plus récents⁴⁹⁶. Les lacunes n'étant pas détectables, elles sont moins susceptibles d'entraîner des coûts d'immobilisation et de réparation⁴⁹⁷. Cette logique d'exploitation permet à l'armateur d'améliorer sa marge de profit :

« L'exploitation de navires sous-normes présente de sérieux avantages financiers pour les armateurs, lorsque le marché du transport maritime est en crise et que les taux de fret sont bas. Peu de chemin sépare le respect du strict minimum des normes de sécurité de l'inobservation des exigences élémentaires. Les armateurs dont l'assise financière est faible n'ont souvent d'autre choix que d'exploiter une flotte qu'ils ne sont plus en mesure d'entretenir lorsque le marché se dégrade. C'est alors que le navire tout juste aux normes devient à peine sous-normes. »⁴⁹⁸

De plus, les vieux navires exigent un coût d'achat réduit qui permet d'offrir un fret réduit; c'est la « prime à l'âge ». L'entreprise de transport est néanmoins profitable malgré les risques encourus de naviguer, et ce, grâce aux diverses compressions à l'égard des coûts de maintenance :

« Compte tenu de la corrélation entre l'âge des navires et les risques d'accidents qui a été mentionnée préalablement, cette « prime à l'âge » plutôt paradoxale est un facteur incitatif important pour les armateurs. La réduction des coûts d'exploitation par le maintien en activité de vieux navires est donc au nombre de ces pratiques parfaitement cohérentes d'un point de vue économique, mais dangereuses sur le plan de la sécurité. »⁴⁹⁹

Il reste que les coûts d'activité des entreprises d'armement maritimes, tels que la masse salariale des équipages, l'entretien et les réparations du navire ainsi que les frais d'assurance sont souvent déterminés par le marché⁵⁰⁰. Si le taux de fret est élevé, tel qu'on l'a connu entre l'année 2001 jusqu'à la crise économique de 2008, les armateurs ont l'occasion de bénéficier de conditions financières avantageuses pour investir dans les navires et se conformer aux normes de sécurité minimales.

496. OCDE, préc. note 6, p. 9 à 18. Voir aussi O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 30 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 94 et 101 ; Roberto SALVARANI, « The EC Directive on Port State Control: A Policy Statement », (1996) 11 *Int'l J. Marine & Coastal L.* 225, 227. En plus de cette étude de l'OCDE, Philippe Boisson retient les études réalisées par *Manhus consultants* qui concluent sensiblement pour les mêmes raisons que les navires sous-normes bénéficiaient d'une prime financière dans le marché du transport : P. BOISSON, préc., note 3 n° 785, p. 511.

497. OCDE, préc., note 6, p. 9-16. Selon Philippe Boisson, la plupart des navires sous-normes se situent entre le niveau plancher et celui des prescriptions minimales, ce qui leur permettent de naviguer tout en évitant la détection des lacunes : P. BOISSON, préc., note 3, n° 785, p. 511.

498. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 102.

499. *Id.*, p. 97.

500. S. R. TOLOFARI, K. J. BUTTON et D. E. PITFIELD, « Shipping Costs and the Controversy Over Open Registry », (1986) 34-4 *The Journal of Industrial Economics* 409, 410.

Ainsi, les revenus nécessaires au maintien d'un haut niveau de sécurité sont déterminés par les taux de fret, eux-mêmes déterminés par la surcapacité ou non dans le transport. Il reste que peu importe le contexte économique, les armateurs peuvent se sentir obligés d'investir en transport dans la mesure où ils ont le sentiment d'être responsables de la sécurité à bord de leurs navires. Or, dans les faits, le régime juridique auquel sont généralement soumis les armateurs incite plutôt à la déresponsabilisation.

Sous-section 3 La déresponsabilisation des armateurs à l'égard de la sécurité des navires

Les armateurs sont normalement responsables des dommages causés par l'état d'innavigabilité de leur navire que ce soit pour la marchandise transportée, pour la pollution ou encore pour les préjudices corporels et la perte de vie humaine. Toutefois, plusieurs d'entre eux savent qu'ils peuvent éviter, par une combinaison de facteurs, que leur responsabilité soit engagée quant aux préjudices liés à l'exploitation abusive de leur navire. En fait, cette combinaison est associée l'anonymat de l'exploitant, à la mutualisation des dommages, au choix du lieu de litige ou encore à la gestion compartimentée des navires.

L'anonymat offert par les pavillons de complaisance — Le manque de transparence lié à l'identité des armateurs est une conséquence de l'avènement des pavillons de libre immatriculation. En effet, ces derniers leur permettent de préserver leur anonymat en autorisant que leur capital social soit souscrit sous forme d'actions nominales ou au porteur, en approuvant les changements de personnel d'administration ou de direction sans que ceux-ci soient consignés au Registre ou encore en n'exigeant aucun rapport sur leurs activités. Dans ces conditions, il est généralement impossible de déterminer d'après les registres maritimes si les propriétaires des navires inscrits sont ou non des prête-noms. Ainsi, suivant l'idée que l'unique raison d'être du régime de libre immatriculation est la perception de droits, le véritable propriétaire n'est pas valablement désigné au registre. Est-il utile de mentionner qu'une fois que leurs autorités gouvernementales ont perçu les montants exigés, celles-ci ne s'embarrassent pas de connaître l'identité du véritable exploitant du navire? Cela est tout le contraire des pays qui exercent un régime normal

d'immatriculation et qui enquêtent sur les activités des sociétés nationales afin de protéger les intérêts des actionnaires, d'établir leurs comptes pour l'administration des finances et de se renseigner sur l'identité des bénéficiaires de l'exploitation d'un navire afin de contrôler leurs déclarations fiscales⁵⁰¹. En fait, l'anonymat qu'offre le régime de la libre immatriculation est la première étape qui mène à un régime de complaisance par lequel les autorités étatiques manifestent un manque de volonté à contrôler la condition des navires⁵⁰².

D'autre part, ce système anonyme est d'autant plus complet que les armateurs peuvent facilement changer leur identité en prenant un nouveau nom pour les sociétés qui leur servent de paravent pour leurs opérations. D'ailleurs, en changeant le nom de leur navire et/ou la raison sociale des sociétés d'exploitation, ces armateurs peuvent tirer une croix sur une mauvaise réputation qu'ils auraient acquise. À cet égard, ces changements d'identité posent de graves difficultés à ceux qui réclament des montants dans le cadre de recours civils impliquant leur navire puisque, concrètement, il est souvent impossible de retrouver les journaux de bord des voyages antérieurs conservés par «le précédent propriétaire». En effet, il ne reste généralement plus de trace après la dissolution de la société au nom de laquelle le navire était enregistré. Enfin, avec leur résidence installée à l'extérieur du territoire de l'État du pavillon, les armateurs ou officiers peuvent se soustraire aux contre-interrogatoires qui pourraient les incriminer au sujet des instructions qu'ils ont données à l'équipage⁵⁰³. Pour assurer davantage cet anonymat, les armateurs peuvent compartimenter la gestion des navires. De cette manière, la détermination de l'armateur n'en sera que plus confuse.

Compartimentation de la gestion des navires — Depuis les années 1970, plusieurs armateurs ont su diviser leur flotte sous forme de *single ship company* de manière à ce que chacun de leurs navires constitue une société anonyme avec un pavillon parfois différent. À cet égard, dans l'affaire *Erika*, le Tribunal de grande instance de Paris, révèle que le fondement de cette stratégie reste controversé quant aux intentions des armateurs :

501. Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 2-7, p. 1-3. Voir aussi A. DE MARFFY-MANTUANO, préc., note 204, à la page 199.

502. Plus loin, nous constaterons que les contrôle de sécurité des navires visent aussi l'identification les véritables propriétaires du navire : *infra*, p. 445.

503. Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 11-13, p. 4-5.

« Un expert, nommé par la juridiction d’instruction, relayant une opinion assez répandue, estimait que la constitution d’une société par navire – “single ship company” – donnait à l’armateur, soucieux de se prémunir contre ses créanciers éventuels, la possibilité d’isoler le patrimoine représenté par chacun de ses navires; en cas de difficulté, la personnalité juridique distincte de chaque société, qui faisait écran, empêchait, en principe, les poursuites des créanciers sur d’autres navires. Ce procédé expliquait la structure pyramidale des groupes de sociétés d’armement [...]. L’analyse était contestée par les praticiens du monde maritime présents à l’audience. La constitution d’une société par navire ne correspondait pas toujours au souci de l’armateur de se prémunir contre ses créanciers éventuels. Ces “single ship companies” étaient souvent créées pour faciliter et porter le financement des navires, comme des sociétés civiles immobilières en droit terrestre. Souvent mises en place à l’initiative des banques elles-mêmes, elles permettaient de mieux structurer le financement. »⁵⁰⁴

Non seulement la flotte peut-elle être subdivisée en unités, mais le navire peut lui aussi être subdivisé en fonction des différents postes de gestion qui sont attribués à des sociétés sous-traitantes différentes. Cette forme de gestion permet de réduire encore davantage les coûts d’exploitation en fonction d’une décentralisation et d’une déconcentration des opérations. Elle est déterminée par les règles les plus avantageuses offertes par les différents pays auxquels il faut ajouter une «fragmentation» de la responsabilité du propriétaire réel du navire :

« Cette exploitation des navires est désormais extrêmement éclatée, notamment en ce qui concerne les gérants de navires, profession assez récente mais qui a connu un vif développement depuis une vingtaine d’années. Le *ship management* comprend, tout d’abord, pour simplifier, la gestion nautique, composée elle-même d’une part de l’armement au sens traditionnel (recrutement et gestion des équipages) et, d’autre part, de la gestion technique du navire. Par ailleurs, la gestion commerciale du navire peut être déléguée à une personne physique ou morale par l’armateur. Cette dispersion a pour but de resserrer au maximum les coûts d’exploitation. Elle peut aussi s’inscrire dans le cadre de montages fiscaux et participer d’une volonté délibérée d’entretenir l’opacité. Cette dernière est d’autant plus importante que certains propriétaires créent une société, ou plus exactement un montage juridique, pour chaque navire qu’ils possèdent. C’est le système dit des *single ship companies*. »⁵⁰⁵

Philippe Boisson parle de politiques d’externalisation pour expliquer l’avantage de la compartimentation dans les activités d’armement :

504. Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 105.

505. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 215 ; Jean-Pierre Beurier souligne que les armateurs faisant du transport en vrac, notamment ceux opérant des pétroliers, utilisent la technique de l’entreprise-écran où le navire est une compagnie autonome. La gestion d’un navire peut être divisée en diverses compagnies de gestion qui sont autant de niveaux de protection qui protègent le propriétaire réel d’éventuelles poursuites en responsabilité notamment celles relatives aux dommages environnementaux : J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 88 ; voir aussi Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 88-89 ; Yves LÉVESQUE, « Prestige : recette pour une catastrophe », reportage de l’émission de télévision *Découverte*, produit par Radio-Canada, diffusé le 21 nov. 2004 à 18h 30 sur le canal de Radio-Canada ; B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 2 ; Gerhard KIEHNE, « Investigation, Detention and Release of Ships under the Paris Memorandum of Understanding on Port State Control: a View from Practice », (1996) 11 *International Journal of Marine and Coastal Law* 217, 218 ; Briac BEILVERT, « La sécurité de l’exploitation du navire », *ADMO* 1997.331.333 ; C. CASADO, préc., note 175, 213 et 228 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 145.

« [Les politiques d'externalisation] consistent à transférer sur des tiers certaines charges devenues trop lourdes dans les comptes d'exploitation. Les structures des compagnies maritimes ont ainsi éclaté en diverses entités séparées. La plupart des armateurs n'ont gardé que la responsabilité financière des navires dont ils étaient propriétaires, laissant les autres tâches à des sociétés de gérance maritime ou sociétés de shipmanagement. Il s'agit en particulier de la gestion des équipages, de la gestion technique (armement et maintenance des navires, achats, assurances, cales sèches, comptabilisation des coûts) et de la gestion commerciale (recherche des affrètements). »⁵⁰⁶

D'ailleurs, ce processus d'externalisation a eu des répercussions importantes au plan sécuritaire puisque non seulement les décisions de gestion ont été prises selon un souci de rentabilité immédiate en limitant les contrôles au maximum, mais la concurrence féroce qui règne aussi entre les sociétés de gestion pousse ces dernières à accommoder au maximum les armateurs par l'entremise de réductions à l'endroit des honoraires de gestion, des dépenses d'entretien, des fournitures d'armement ou encore de la compétence des équipages⁵⁰⁷.

Il est indéniable qu'un tel éclatement quant à la gestion des navires fait craindre des actions contradictoires de la part des différents intervenants en matière de sécurité, surtout en situation d'urgence. Cela s'ajoute aux équipages incapables d'exercer des pouvoirs de gestion à bord et qui s'en remettent constamment à leur centre décisionnel basé sur terre :

« There have been an increasing number of ships owned by non-ship owners and managed by separate companies, a number of which operate by providing the cheapest service rather than the one which produces the safest and most satisfactory result. Consequently there has been a diminution of primary safety control by owners. At the same time there has been an increasing use of crews, and especially of officers, from the Third World. There has been a tendency for training to be less thorough than used to be the case. Consequently there has been a diminution of on-board management ability. »⁵⁰⁸

La décentralisation et la déconcentration de la gestion des navires par diverses sociétés de gestion et le principe de *single ship company* peuvent se révéler être des opérations de brouillage d'identité de l'armateur afin que sa responsabilité soit protégée par plusieurs voiles corporatifs et que les frais se limitent à la valeur du navire sans pour autant que les autres navires de l'armateur soient saisis⁵⁰⁹. Ainsi, le naufrage d'un navire concerne

506. P. BOISSON, préc., note 3, n° 784, p. 510.

507. *Id.*, n° 784, p. 510 et n° 786, p. 513.

508. D. BELL, préc., note 237, 367. Voir aussi *supra*, p. 124-125.

509. OCDE, préc., note 7, p. 14. Voir aussi R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 145. L'affaire *Erika* a changé cette dynamique puisque les armateurs ont été reconnus personnellement responsables des dommages causés par le déversement de pétrole. Néanmoins cette conclusion est établie en fonction des lois françaises: Aff. *Erika*, préc., note 170

une foule surprenante d'intervenants internationaux qui sont externes au navire lui-même⁵¹⁰. Un extrait de la décision rendue le 16 janvier 2008 par le Tribunal de grande instance de Paris sur l'affaire du naufrage de l'Erika donne un exemple de la complexité qui entoure l'identification des intervenants pour la mise en accusation d'infractions, notamment, de délit de pollution ainsi que pour les recours en responsabilité à la suite du naufrage d'un navire :

« Le 8 décembre 1999, l'ERIKA, pétrolier âgé de près de vingt-cinq ans, battant pavillon maltais, acquis plusieurs années auparavant par le biais de la société maltaise TEVERE SHIPPING contrôlée par deux sociétés libériennes dont Monsieur Giuseppe SAVARESE portait les actions; confié à la gérance technique d'une société italienne présidée par Monsieur Antonio POLLARA, la société PANSHIP, depuis 1997; ayant fait l'objet de travaux de réparation dans un chantier de Monténégro, à l'été 1998, et bénéficié d'un certificat de classe émis par le REGISTRO ITALIANO NAVALE (le RINA), provisoirement le 15 août 1998, de manière définitive le 16 décembre 1998, et renouvelé par la société RINA, le 24 novembre 1999; doté d'un équipage composé d'officiers et de marins recrutés par l'agence indienne HERALD MARITIME SERVICE; affrété à temps, le 14 septembre 1999, par une société des Bahamas SELOMONT International, agissant par l'intermédiaire de la société suisse AMARSHIP, sociétés toutes deux dirigées par Messieurs Mauro CLEMENTE et Alessandro DUCCI; affrété au voyage aux termes d'une charte-partie conclue en novembre 1999 entre SELMONT et une société panaméenne, filiale de la société devenue TOTAL SA, TOTAL TRANSPORT CORPORATION (TTC), par l'intermédiaire, successivement, de la société britannique TOTAL PETROLEUM SERVICES (TPS), filiale de la même compagnie pétrolière française, et de deux courtiers d'affrètement, l'un vénitien, l'autre londonien, intervenant pour le compte, respectivement, du frèteur et de l'affrèteur; contenant une cargaison de 30.884,471 tonnes métriques, quantité portée au connaissance, d'un produit présenté comme étant du fuel oil vendu par la société française TOTAL RAFFINAGE DISTRIBUTION (TRD), filiale de la compagnie pétrolière précitée, à la société TOTAL INTERNATIONAL LIMITED (TIL), immatriculée aux Bermudes, filiale de la même compagnie pétrolière, et agissant par l'intermédiaire de la société TPS; devant transporter cette cargaison revendue à la société ENEL, producteur italien d'électricité, quittait Dunkerque vers une destination fixée, pour ordre, dans un port d'Italie. »⁵¹¹

Ces faits illustrent les propos du professeur Scapel qui souligne les difficultés rencontrées par les tribunaux non seulement d'établir la responsabilité des intervenants en cause, mais aussi de faire exécuter une décision accordant des dommages :

« [Il existe des] difficultés d'exécution d'une décision de justice dans un pays étranger. Les armateurs sont, en effet, de longue date, passés maîtres dans l'art de bâtir des montages de sociétés de diverses nationalités, souvent propres à chacun de leur navire, constituant un patrimoine d'affectation isolé, sous forme de "single ship companies". Ces montages conjuguent des cascades d'affrètements consentis les unes aux autres par diverses sociétés du même groupe, mais de nationalité différente, avec l'intervention de diverses sociétés de

510. Dans le cas du naufrage du pétrolier *Prestige* qui a pollué les côtes espagnoles et françaises en 2002, Iciar Patricia Garcia révèle que ce naufrage a impliqué divers acteurs de nationalité différente : le constructeur est japonais; le propriétaire est une compagnie grecque enregistrée au Liberia, l'entreprise de gestion emploie des officiers et des marins grecs ; la société de classification est américaine, l'immatriculation du navire a été réalisée aux Bahamas; l'assureur P & I est originaire de Londres et le propriétaire du pétrole est russe : I. P. GARCIA, préc., note 17, 1406-1047.

511. Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 86.

gérance du navire (ship managers), voire de sociétés spécialisées dans certains aspects de sa gestion seulement. Est-il utile d'évoquer les difficultés que représente, en pareil cas, l'identification même du débiteur responsable de tel ou tel dommage, ou encore, a fortiori, l'exécution d'une décision de justice? »⁵¹²

L'interdépendance internationale proposée plus tôt dans notre analyse sur le processus de globalisation des marchés est en l'espèce bien réelle⁵¹³. Ces procédés de division et de compartimentation sont des obstacles à d'éventuelles poursuites exercées dans le cadre de dommages en responsabilité. La multitude de lois engagées par les divers intervenants concernés est nettement dissuasive⁵¹⁴. Ainsi, les amateurs sont-ils tentés d'utiliser toutes les techniques à leur disposition pour brouiller les recours pouvant s'exercer contre eux. Néanmoins, cette déresponsabilisation est totale lorsqu'on constate que dans certaines conditions la mutualisation des risques existe.

La mutualisation du risque — Plusieurs entreprises liées au transport, notamment les compagnies d'armement, sous-évalueraient les facteurs de risque ou encore elles les évalueraient correctement, mais elles iraient de l'avant en autorisant ou en soutenant des opérations de transport risquées en raison des gains potentiels qui y sont attachés. Ceux-ci valant d'ailleurs autant, sinon plus que les risques encourus. À partir du moment où il existe une situation d'aveuglement volontaire qui permet l'exploitation de navires sous normes, il est inévitable que les jeux de la concurrence entraînent, à l'image d'un siphon, le fret vers le bas, drainant avec lui toutes les ressources financières nécessaires au maintien de la sécurité. D'ailleurs, depuis longtemps, les assureurs soumis aux diverses pressions concurrentielles ont fait l'autruche en sous-estimant les coûts associés au danger des navires sous normes et en incitant, du même souffle, les armateurs à prendre davantage de risques :

« Prendre des risques peut être une entreprise extrêmement fructueuse pour un a[r]mateur qui est assuré de ne pas pouvoir être identifié, poursuivi, traduit devant un tribunal et condamné. Dans le meilleur des cas, les économies de temps ou d'argent réalisées lui procurent un bénéfice appréciable; si un accident se produit, il peut encore être gagnant si sa compagnie

512. C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 123. Voir aussi S. HABIB, préc., note 208, à la page 86 ; C. BUCHET, préc., note 9, p. 45.

513. Supra. p. 119. Parlant des montages financiers maritimes, le secrétaire général de la Mer a affirmé en mars 2002 que « le premier domaine où la mondialisation s'est de longue date exprimée est bien celui du transport maritime... » : *id.*, à la note de la page 44.

514. Les arrêts rendu par le Tribunal de grande instance de Paris et la Cour d'appel de Paris concernant le naufrage de l'Erika constitue une véritable percée dans la mesure où la responsabilité de l'armateur ainsi que de l'affrètement a pu être établie tant au niveau de la responsabilité pénale que civile : Aff. *Erika*, préc., note 170. et aff. *Erika* en appel, préc. note 170.

d'assurance lui rembourse les dommages subis; et les compagnies d'assurance semblent préférer payer que de s'interroger sur les fautes éventuellement commises par le propriétaire, eu égard aux frais qu'occasionne la conduite d'une enquête, craignant aussi de perdre une partie de leur clientèle si elles en viennent à être connues pour leurs fréquentes contestations des demandes d'indemnités, et sachant enfin qu'elles peuvent répercuter sur la collectivité, par le biais des primes, le coût des remboursements effectués. »⁵¹⁵

Ainsi, la mutualisation des risques, lorsque les coûts d'assurance ne sont pas établis de manière suffisamment discriminatoire, entraîne la déresponsabilisation sécuritaire de l'armateur⁵¹⁶. Par contre, cette discrimination ne peut être réalisée qu'en présence d'informations précises et crédibles incarnant la transparence d'un milieu.

Conclusion à l'égard de la course vers le fond chez les armateurs — il est logique que les pires armateurs se sentent peu investis d'une obligation légale, sinon morale, à maintenir un niveau de sécurité élevé à bord de leur navire : « When looking at the chain of responsibility in the shipping industry it is evident that many companies operating older tonnage do not show a great interest in proper safety standards. »⁵¹⁷ D'un strict point de vue économique, les coûts associés aux risques liés à l'exploitation de navires sous normes sont réduits puisque dans les faits les dommages associés aux naufrages sont finalement assumés par les collectivités⁵¹⁸.

En définitive, d'un point de vue économique, l'enjeu sécuritaire se résume à un problème d'équilibre entre les besoins de sécurité et les coûts de ceux-ci : «Essentially, the problem is that of balancing the political demands for a safe, environmentally sustainable shipping supply chain with a globally focused shipping industry and its cost sensitive customers»⁵¹⁹. Or, cet équilibre s'inspirant de l'autorégulation est vite rompu lorsque

515. Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 14, p. 5. Voir aussi Jeremy M. S. SMITH, « Port State Control : Managing Safety and Quality in Shipping », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, préc., note 385, p. 3. Peter CHRISMAS, « Port State Control, ISM and Insurance », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, préc., note 385, p. 10-15. Ce n'est que récemment que les assureurs maritimes manifestent l'intérêt de s'informer de la condition sécuritaire des navires : *infra*, p. 456.

516. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 212, 217 et 219 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 111 (pdf).

517. Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 5.

518. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 192 ; M. CUTTLER, préc., note 243, 184.

519. Mervyn ROWLINSON et Sarah WIXEY, « Green shipping », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 261, à la page 263.

seulement quelques armateurs⁵²⁰ font fi des risques associés à la sécurité et entraînent l'ensemble du secteur dans une misérable course vers le fond. En fait, une gestion aussi peu soucieuse des risques de sécurité doit aussi pouvoir bénéficier d'une complicité, du moins d'une attitude complaisante, de la part d'autorités chargées du contrôle sécuritaire des navires. Ainsi, les autorités des États du pavillon et du port ainsi que les sociétés de classification peuvent aussi être confrontées à la concurrence et à la dynamique de course vers le fond qui est imposée par la globalisation.

Section 2 La complaisance à l'origine de la course vers le fond

Dans un secteur d'activité globalisé et concurrentiel comme celui du transport maritime, la sécurité passe après la rentabilité d'autant que « les vertus de la libre concurrence tirent vers le bas les meilleures intentions »⁵²¹. Ainsi, la diminution des frais d'exploitation passe par la recherche d'environnements avantageux où la taxation, les normes de travail ainsi que les exigences sécuritaires sont les moins contraignantes. Dans la mesure où des autorités publiques ou privées se refusent à faire respecter le droit international ou même national, celles-ci font preuve de complaisance. Or, celle-ci est bien présente en droit de la mer. D'ailleurs, cette notion doit d'abord être définie avant de pouvoir être appréciée dans sa mise en œuvre à travers le *flag shopping*, le *port shopping* et dans un moindre mesure le *class shopping*.

Sous-section 1 La notion de complaisance

Pour une entreprise, les frais économisés en regard des taxes et de l'investissement sécuritaire sont des profits immédiats puisqu'ils réduisent d'autant les coûts d'exploitation. Or, la recherche d'un rendement profitable exerce une pression constante sur les intervenants du marché afin de couper le « superflu » d'autant que les armateurs

520. Selon William O'Neil, seulement quelques armateurs sont à blâmer, éclipsant une vaste majorité d'armateurs soucieux de leurs obligations : W. O'NEIL, préc., note 383, aux pages 290 et 293. Voir aussi P ALDERTON, H. LEGGATE, préc., note 60, à la page 258.

521. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 193.

entretiennent des négociations avec les autorités publiques et privées dont ils dépendent pour améliorer les conditions d'opération.

Les motifs d'assouplissement en regard des contraintes d'exploitation — Des multinationales mènent parfois une stratégie agressive de persuasion, en deux temps, dans le but de forcer les autorités publiques dont elles dépendent à réaliser un assouplissement des contraintes fiscales et réglementaires qui s'exercent à leur endroit. D'abord, elles rappellent que les frais qu'elles assument pour se conformer à la réglementation en vigueur et à la taxation sont intégrés aux prix des biens et des services. Comparant ces contraintes avec celles moins exigeantes dans les autres pays, elles ne manquent pas de souligner que leurs concurrentes étrangères profitent d'une position concurrentielle plus favorable en raison de leurs frais d'exploitation réduits. Alléguant des conditions nationales systématiquement désavantageuses, elles menacent ensuite de fermer leur entreprise ce qui entraînerait la disparition d'emplois et de revenus pour la collectivité. Si ces motifs ne suffisent pas à convaincre les autorités à consentir à l'assouplissement des conditions d'exploitation, elles peuvent présenter des arguments autrement plus persuasifs, notamment en invoquant la délocalisation de leurs activités et leur dénationalisation vers d'autres territoires plus complaisants⁵²². De telles revendications, même si elles minent le capital de sympathie, peuvent se révéler très efficaces du fait que les pays sont aussi des entités économiques concurrentes.

Des pays en concurrence pour l'investissement — Chaque pays souhaite maintenir ou accroître les investissements sur son territoire dans une perspective de croissance économique. Qu'ils soient démocratiquement élus ou que le régime politique soit autoritaire, les membres gouvernementaux légitiment leur présence par la prospérité qu'ils assurent sur le territoire. Sensibles aux menaces de fermeture ou de délocalisation, ils tiennent généralement à conserver et à accroître à l'intérieur de leurs frontières les investissements nécessaires à la création d'emplois et à encourager le transfert des

522 S. RETALLACK, préc., note 5, 176; voir aussi Eddy LEE, « Globalization and Labour Standards: A Review of Issues », (1997) 136 *Int'l Lab. Rev.* 173, 181; Peter EVANS, « The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in Era of Globalization », (1997) 50 *World Politics* 62, 66; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 5, 185; D. D. MURPHY, préc., note 399, p. 10.

technologies qui permettront d'augmenter la productivité nationale⁵²³. La menace crédible d'une délocalisation est un puissant levier pour faire accepter leur requête d'allègement des contraintes financières par les responsables politiques : « Plant closings are poison for political careers »⁵²⁴. Autrement dit, les pays se font aussi concurrence sur le marché mondial des capitaux et des moyens de production :

« States whose economies are open to foreign trade and investments create opportunities for firms to seek the most favorable regulatory climate, either by relocating production elsewhere or by voicing their interests to regulators. Open economies thus increase incentives for states to achieve a 'comparative regulatory advantage' for their producers. In some cases, firms in states which adopt the least stringent regulations may prosper at the expense of firms in states adopting more stringent regulations. »⁵²⁵

De cette manière, les autorités nationales sont vulnérables aux décisions des firmes de s'installer et de rester sur leur territoire. D'autant que ce type de décision détermine souvent l'intégration ou l'exclusion de l'État à d'importants réseaux de production mondiaux⁵²⁶. Dans ce contexte, le rapport de force entre les entreprises multinationales et les pays en voie de développement est souvent déséquilibré en faveur des premières:

« The concern about multinational reach as compared to domestic regulation is most pronounced with respect to companies' interactions with host governments in some emerging markets, where the transnational companies are economically and technologically much stronger than the host governments with which they interact. »⁵²⁷

Cette concurrence entre les pays s'est d'ailleurs intensifiée tout au long de la seconde moitié du 20^{ième} siècle avec l'augmentation du nombre d'États indépendants issus d'abord de la décolonisation puis de la libéralisation des pays du bloc de l'Est⁵²⁸. Avec la globalisation des marchés qui s'en est suivi, cette concurrence s'est exacerbée au point où des États n'ont d'autre choix que d'opter pour l'approche complaisante afin de se

523. S. RETALLACK, préc., note 5, 176. ; A. C. Jr. AMAN, préc., note 406, 380 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 65.

524. T.A. CANOVA, C. M. DICKERSON, K. V. W. STONE, préc., note 419, 112. Murphy souligne la soumission des États aux multinationales : « States are more likely to respond to powerful firms both as a result of lobbying pressures and to improve their own political survival by boosting employment and economic growth. » : D. D. MURPHY, préc., note 399, p. 14.

525. D. D. MURPHY, préc., note 399, p. 4. Voir aussi R. PETRELLA, préc., note 448 p. 10 ; Jean-Jacques ROSA, « The Competitive State and the Industrial Organization of Nations », in L. KARL-HEINZ, préc., note 437, p. 213 ; A. C. Jr. AMAN, préc., note 406, 387.

526. P. EVANS, préc., note 522, 66. Voir S. STRANGE, préc., note 420, 368 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 41.

527. C. A. WILLIAMS, préc., note 450, 458.

528. Selon Eyal Benvenisti, le droit international traditionnel serait moins adapté au contexte moderne de la multiplication des États où chacun de ceux-ci souhaitent privilégier ses intérêts nationaux ce qui engendrerait des conflits transnationaux et concurrentiels : E. BENVENISTI, préc., note 54, 197.

démarquer. D'abord fondée sur une taxation réduite, la complaisance a dérivé vers l'adoucissement des contraintes réglementaires⁵²⁹. Les pays rivalisant quant à l'absence de règles, une « course vers le fond » s'engage rapidement :

« As corporations use their new strength and mobility in the global economy to exert political influence notably by playing-off states and communities against one another to leverage optimum investment conditions, global 'race to bottom' has been initiated, in which standards fall forwards the level of the most desperate. »⁵³⁰

Ainsi, la négociation entre le respect des lois régulatrices et la nécessité de favoriser l'activité économique est permanente. *In fine*, la complaisance est une forme pervertie de dérégulation qui laisse peu de place aux contrôles valables des activités commerciales⁵³¹. Autrement dit, « [...] la pression normale [du] marché, lorsqu'elle n'est plus compensée par des règles sociales et économiques et des règles de sécurité, tire tout vers le bas et creuse simultanément toutes les inégalités »⁵³².

Le transport maritime est un secteur d'activité propice au laxisme des autorités —

La course vers le fond est aiguë surtout dans les secteurs d'activités qui impliquent de faibles investissements ou encore des moyens de production mobiles⁵³³. En l'espèce, les navires sont des engins qui exigent d'importants investissements, mais la nature de leurs activités fait en sorte qu'ils sont un capital extrêmement mobile et que le potentiel

529. Jim CHEN, « Globalization and Its Losers », (2000) 9 *Minn. J. Global Trade* 157, 184-185; voir aussi Richard B. STEWART, « Pyramids of Sacrifice? Problems of federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy », (1977) 86 *Yale L.J.* 1196, 1212 ; S. STRANGE, préc., note 420, 368 ; Eleanor M. FOX, « Globalization and Its Challenges for Law and Society - The Wing Tat Lee Lecture », (1997-1998) 29 *Loy. U. Chi. L.J.* 891, 901; Dani RODRIK, *Has Globalization Gone too Far*, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1997 p. 81.

530. S. RETALLACK, préc., note 5, 176 ; voir aussi D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT et J. PERRATON, préc., note 409, 492; Martin HEWSON et Timothy SINCLAIR, « The Emergence of Global Governance Theory », in Martin HEWSON et Timothy SINCLAIR (eds.), *Approaches to Global Governance Theory*, Albany, State University of New York Press, 1999, p.3, à la page 9 ; T.A. CANOVA, C. M. DICKERSON, K. V. W. STONE, préc., note 419, 130. En utilisant le terme « competition-in-laxity », Dale D. Murphy illustre cette course à la complaisance des autorités publiques :

« Competition-in-laxity implies a change in negotiating power between firms and states where one state offers lower regulations. Firms who take advantage of these regulations may gain market share and create incentives for other states to follow suit to maintain or regain market share. Firms may engage in regulatory arbitrage, playing off one government against others. » : D. D. MURPHY, préc., note 399, p. 7.

531. Peter M. HAAS et Ernst B. HAAS, « Learning to Learn Improving International Governance », (1995) 1 *Global Governance* 255, 257 ; Saskia SASSEN, « De-Nationalized State Agendas and Privatized Norm-Making », in L. KARL-HEINZ, préc., note 437, p. 51, de la page 53 à 56 ; J. R. MACEY, préc., note 409, 1355.

532. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 187.

533. D. D. MURPHY, préc., note 399, p. 17.

d'investissement à long terme sur un territoire qui y est associé est fortement réduit⁵³⁴. Il n'est donc pas étonnant de constater qu'une course vers le fond ait pu s'engager prématurément dans le milieu maritime.

Par ailleurs, l'absence de cohésion internationale pour faire respecter les normes est une autre condition à cette dynamique de dégradation⁵³⁵. En effet, la mise en oeuvre des normes sécuritaires maritimes est loin d'être uniforme. Non seulement des pays refusent de ratifier des conventions sécuritaires, mais d'autres optent pour la stratégie alternative de ratifier ces dernières tout en repoussant subtilement et indéfiniment leur mise en œuvre, et ce, sans qu'il n'y ait de véritables conséquences⁵³⁶. *Ipsa facto*, le droit international comporte des règles sécuritaires explicites, mais des mesures plus informelles empêchent leur mise en œuvre⁵³⁷.

Enfin, le manque d'informations crédibles participe aussi à la dynamique de course vers le fond. En effet, si les entreprises multinationales bénéficient de ressources importantes pour compiler des données et traiter qualitativement et quantitativement les informations, les pays en voie de développement avec qui elles font affaire n'ont parfois pas les moyens de vérifier les informations avancées. En fait, leur capacité de réglementation est réduite en raison du manque de connaissances scientifiques et techniques ou de ressources administratives⁵³⁸. En l'espèce, les États de libre immatriculation, surtout ceux du tiers-monde, n'ont souvent pas les ressources pour contrôler et évaluer par eux-mêmes le respect des normes sécuritaires qu'ils exigent sur les

534. *Id.*, p.17 et 45.

535. E. LEE, préc., note 522, 180.

536. J. BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », préc., note 399, à la page 267. Anne-Marie Slaughter souligne l'existence d'externalités qui ont pour origine la négligence des États qui fuient certaines de leurs responsabilités. Elles sont particulièrement considérables lorsqu'il s'agit de catastrophes importantes et soudaines qui engagent des coûts environnementaux et financiers trop lourds pour être gérés par l'État victime. Cela serait d'autant plus vrai dans le cas de désastres écologiques puisque les États sont rarement compensés pour les dommages subis : A.-M. SLAUGHTER, préc., note 5, 192. L'exemple de naufrages de pétroliers sous-normes ou des plateformes pétrolières qui souillent et stérilisent les zones côtières et le littoral est évident. Généralement, ces événements anéantissent les industries touristiques et halieutiques, sans compter l'ampleur des frais de nettoyage et de réhabilitation.

537. Stephan J. TOOPE, « Emerging Patterns of Governance and International Law », in Michael BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics, Essays in International Relations and International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 91, à la page 100.

538. G. MAJONE, préc., note 399, aux pages 182-183. Comme nous le verrons plus loin, des pays peuvent être « féodalisés » par des intérêts privés : *infra*, p. 247.

navires battant leur pavillon⁵³⁹. Par contre, de grandes entreprises transnationales d'armement de navires sont en mesure de traiter une masse importante de renseignements utiles, et ce, à l'échelle mondiale⁵⁴⁰. D'ailleurs, l'usage de ressources technologiques performantes permet aux entreprises de trouver et d'exploiter à travers le monde des « espace[s] libre[s] de toute législation régulatrice »⁵⁴¹. En bref, il s'agit d'espaces où règne le laxisme grâce aux autorités qui optent pour une politique de complaisance.

Définition de la notion de complaisance — Contrairement à la « tolérance », la notion de « complaisance », fait référence à une attitude de non-intervention coupable par aveuglement volontaire qui crée une situation factuelle de non-droit ou de régime juridique réduit, et ce, dans l'objectif de s'attirer une clientèle ou du moins pour éviter de perdre cette dernière au profit d'autorités concurrentes. En anglais, il faut se référer à la notion de *convenience* dont le sens est moins péjoratif puisqu'elle fait référence à une forme poussée d'accommodement⁵⁴². Peu importe sa portée sémantique, la complaisance est au centre du processus de course vers le fond. Sans elle, le nivellement vers le bas serait normalement endigué par les mécanismes traditionnels de renforcement du droit. En matière de sécurité maritime, la complaisance est devenue une notion incontournable pour exprimer l'« évolution régressive » des prescriptions existantes :

« La plupart [des armateurs] font honnêtement leur travail et gèrent au mieux leurs bateaux et leurs équipages. Mais le système n'induit pas l'honnêteté. De la commodité à la complaisance, et de cette dernière à l'illégalité, il y a une pente fatale. Sans aller jusqu'à l'infraction, il suffit que l'un des multiples partenaires de ces structures commerciales obscures joue à la limite (borderline, disent les Anglo-saxons) pour que la catastrophe se

-
539. K.X. LI., J. WONHAM, préc., note 59, à la p. 277 ; P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 128.
540. André-Jean ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, quelques observations critiques », (1997) 35 *Droit et société* 11, 13 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Conclusion », *Les petites affiches* 02/06/2002.85.86 ; Celia R. TAYLOR, « A Modest Proposal : Statehood and Sovereignty in a Global Age », (1997) 18 *U. PA J. Int'l Econ. L.* 745, 748.
541. Jacques CHEVALIER, « Vers un droit post moderne? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *Revue du droit public et de la science politique* 659, 679 ; Patrice DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 1, 2 ; Orly LOBEL, « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », (2004-2005) 89 *Minn. L. Rev.* 342, 388 ; Anne-Marie SLAUGHTER, « The Accountability of Government Networks », (2001) 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 347, 347.
542. Parlant des expressions « pavillon de complaisance » et de « flag of convenience », Philippe Boisson explique la distinction de valeur selon les deux langues : « La connotation péjorative du mot *complaisance* en français ajoute à la confusion, car il est souvent synonyme de laxisme. En anglais, le terme *convenience* a un sens différent qui est plutôt celui de commodité, service, facilité » : P. BOISSON, préc., note 3, n° 794, p. 516. Voir aussi Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 115 (pdf) ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 85.

produise. Avec de tels produits [pétroliers], la maximalisation des profits implique celle des risques. »⁵⁴³

Économiquement, la complaisance est une forme de dumping fiscal, social et réglementaire⁵⁴⁴. Parlant de « complaisance maritime », Raphaël Lille et François Baumler soulignent que la complaisance est associée à un système qui permet d'échapper aux responsabilités sociales :

« Comme toute évolution majeure, [la complaisance maritime] n'est pas un phénomène autonome, mais le fruit d'un processus complexe, dont aucune explication événementielle ne peut correctement rendre compte. Il est inséparable du développement des paradis fiscaux, offrant les conditions nécessaires à l'extraterritorialisation des entreprises, et mettant en concurrence les États fournisseurs de ce douteux service. C'est en fait tout un système, qui permet aux entreprises et institutions financières qui en ont les moyens d'échapper à toute responsabilité sociétale, en se constituant au-delà de la société réelle sans avoir de compte à lui rendre. »⁵⁴⁵

Évidemment, la complaisance des États atteint un niveau institutionnel. En effet, cette aptitude au laxisme est intégrée aux politiques gouvernementales qu'elle soit explicite ou implicite. Il est intéressant de constater qu'à l'échelle individuelle des personnes en autorité, le phénomène de corruption s'apparente à la notion de complaisance.

La corruption comme source secondaire de la complaisance — La corruption du personnel qui exerce des fonctions d'autorité est un phénomène généralement connu et dénoncé dans toutes les sociétés. Or, il est évident que dans les pays où les ressources sont limitées les risques de corruption sont plus élevés. À cet égard, Pieter Bottelier résume bien comment la corruption peut, dans les pays les moins favorisés, devenir un cadre systémique et comment cela constitue un frein au développement du territoire :

« Actual corruption is co-determined by many other factors, including cultural and moral values. The motivation to remain honest may be weakened by low civil service salaries, promotion of staff unconnected to performance, dysfunctional government budgets, loss of organizational purpose, bad example by senior officials political leaders, or long established patron-client relationships, in which the sharing of bribes or the exchange of favors has become entrenched. Corruption can be highly concentrated at the top of a political system and associated with political power, or broadly based at lower levels in the system, associated with administrative processes and discretionary powers. Bribes can be blatant or subtle and take many different forms, including cash payments, job offers, scholarships, foreign trips or political and other favors.

Some forms of corruption are more harmful for development than others, but nobody argues anymore that corruption is good for development. Recent econometric studies in several

543. C. BUCHET, préc., note 9, p. 46.

544. S. HABIB, préc., note 208, aux pages 90 et 93 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 14 et 194 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 411, p. 189 ; C. BUCHET, préc., note 9, p. 49.

545. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 160.

countries indicate that increases in corruption are associated with decreases in economic growth. The cost of corruption to the economy is not necessarily a function of the size of the bribes involved. Similarly, the costs of unnecessary regulations or administrative restrictions cannot be estimated from the size of the rent they create. In cases where government regulatory and commercial functions are performed by the same organization, as is frequently the case in countries in transition from a centrally planned to a market-based economic system, including China, the distinction between corrupt and legitimate business practices may become blurred in the eyes of participants. In those situations corruption may appear, or can be made to appear, near-legitimate with reference to the regulatory functions of the public agency concerned. Yet it is precisely these subtle "system-sanctioned" forms of corruption that are often most damaging to a country's business and investment climate, especially in an economic downturn. »⁵⁴⁶

Dans ces conditions, le phénomène de corruption rejoint indirectement celui de la complaisance. Par contre, dans ce cas-ci, le laxisme n'est pas l'objet d'une direction politique nationale, il est plutôt le choix d'individus, sinon du groupe social auquel ils appartiennent. Néanmoins, dans tous les cas, le caractère volontaire de l'aveuglement est présent.

La complaisance comme manifestation d'un manque de volonté délibéré de contrôler — S'opposant à la *volonté* de contrôler le respect des prescriptions sécuritaires, la complaisance entrave les effets normatifs des prescriptions en les rendant non effectives. Ainsi, conformément à notre cadre opératoire élaboré en introduction⁵⁴⁷, la mise en œuvre des normes internationales de sécurité maritime existantes serait entravée au stade *post-a priori*. Cette affirmation est vérifiable en constatant le phénomène de complaisance auprès des autorités associées au contrôle du respect des normes de sécurité à bord des navires, notamment les États du pavillon ou portuaires ainsi que les sociétés de classification.

Sous-section 2 Les pavillons de complaisance

La dégradation rapide et récente des conditions sécuritaires à bord des navires est souvent associée à la migration des flottes commerciales vers des pays de libre

546. Pieter BOTTELIER, « Corruption and Development », International Symposium on the prevention and Control of Financial Fraud, Beijing, 19-22 Oct. 1998, Beijing, p. 2, en ligne : <http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/bott_pap.pdf> (visité le 28 oct. 2008). Voir aussi, A. D. UNZICKER, préc., note 412, 656.

547 *Supra*, p. 17.

immatriculation qui optent souvent pour une approche complaisante à l'égard des contraintes d'exploitation :

« La concurrence sauvage imposée par une mondialisation avant l'heure du transport maritime a entraîné en trente ans une « descente aux enfers » des marines marchandes mondiales qui, pour tenter de survivre ont laminé leurs coûts notamment en ce qui concerne les transports de vrac. La pratique de la libre immatriculation par des pavillons peu scrupuleux a permis de réduire les impôts pesant sur les entreprises, mais aussi les charges salariales et sociales et enfin les frais d'entretien et de sécurité des navires. Ces pratiques désastreuses ont eu pour effet que le mauvais navire a chassé le bon. Ces pratiques ont été la cause de nombreux événements de mer ayant entraîné la perte de vies humaines »⁵⁴⁸.

La libre immatriculation, telle qu'expliquée plus tôt, est le phénomène qui a permis la mise en concurrence des pavillons, le *flag shopping*, qui a favorisé le fléchissement fiscal et sécuritaire dans certains pays⁵⁴⁹. Autrement dit, la concurrence pavillonnaire a permis l'assouplissement du cadre réglementaire en raison d'une course vers le fond dans le domaine de la sécurité maritime : « The system of open registries reflects “free enterprise at its freest”. Where vessel owners and operators see it as a means of “law shopping” and Flag States compete for the vessels’ business, by lowering their standards »⁵⁵⁰. Ainsi, des pays peu scrupuleux peuvent vouloir « adoucir » un peu plus les normes d'exploitation des navires :

« By opting to reflag in a new nation, a vessel owner becomes subject to the safety, labor, and environmental codes of that nation. Thus, those nations whose open registries have become the most popular also tend to be those who possess the most lax labor, safety, and environmental codes. Therefore, a vessel owner can ostensibly forum shop to find the laws most profitable and advantageous to his or her company’s operations. This intention at the forefront of vessel owners’ actions truly cemented the term “Flag of Convenience” upon the most popular open registries. »⁵⁵¹

Le terme « *flag of convenience* » ou « pavillon de complaisance », nommé aussi « pavillon de nécessité »⁵⁵², sert depuis les années 1950 à évoquer l'inscription d'un navire

548. Jean-Pierre BEURIER « Le droit international de la mer », dans J.-P. BEURIER (dir.), préc., note 32, p. 65, au n° 115.12, à la page 115.

549. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 92.

550. C. CASADO, préc., note 175, 212.

551. Maria J. WING, « Rethinking the Easy Way Out: Flags of Convenience in the Post-September 11th Era », (2003-2004) 28 *Tul. Mar. L.J.* 173, 176. Voir aussi E. DURUIGBO, préc., note 47, 111.

552. Plusieurs synonymes avec des connotations toutes plus ou moins péjoratives circulent à propos des pavillons de complaisance. Ainsi, on peut parler de « Flags of necessity », « runaway flags », « flags of refuge », « tax-free flags », « pirate flags », « bogus maritime flags », « freebooters », « flag of attraction », « nominal flags » : Gisela M. BICHLER-ROBERTSON, *Maritime Commercial Passenger Ship Casualties, 1950-1998 : an analyse of negligent Corporate Risk Taken and System hazard*, thèse de doctorat, Newark, Université du New Jersey, 2000, p. 42.

dans le registre maritime d'un État qui offre un contexte avantageux aux armateurs peu importe s'ils sont ou non ressortissants ou résidents du territoire :

« A flag of convenience is a flag flown by a ship registered in one state, with which the ship has few or no connections, while in reality the ship is owned in, or operated from, another state. A flag of convenience usually exists for economic reasons - shipowners often seek to avoid high taxes, maintenance costs, certain international conventions and the obligation to hire certain nationals. »⁵⁵³

En définitive, le pavillon de complaisance est une notion qui décrit un lien fictif entre des navires et des ordres juridiques souples et peu contraignants tant au plan fiscal, administratif et de la protection sociale⁵⁵⁴. Néanmoins, il reste que si le pavillon de complaisance est souvent de libre immatriculation, l'inverse n'est pas forcément vrai. En effet, un pays autorisant la libre immatriculation n'est pas nécessairement complaisant, notamment au plan sécuritaire. Le Liberia en est un bon exemple en améliorant, depuis quelques années, son bilan sécuritaire tout en maintenant une politique de libre immatriculation avantageuse pour l'armateur⁵⁵⁵. Il est difficile de dire s'il s'agit d'une nouvelle tendance dans l'évolution des pavillons de complaisance.

Racines et développement du concept de pavillon de complaisance — Le pavillon de complaisance est apparu après la Première Guerre mondiale avec l'inscription des navires américains M/V *Reliance* et M/V *Resolute* dans le registre maritime du Panama afin

553. William TETLEY, *International Conflict of Law, Common, Civil and Maritime*, Montréal, Yvon Blais, 1994, p. 213 ; voir aussi M. A. BECKER, préc. note 250, 142 ; H. YANG, préc., note 174, p. 23 ; S. HABIB, préc., note 208, à la page 93 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 794, p. 516. Dans un avis rendu par le Comité économique et social des communautés européennes, les phénomènes de complaisance ont été définis par l'octroi à un navire d'un pavillon qui diffère de la nationalité de son propriétaire. Répondant à l'intérêt financier de l'armateur, ce transfert de pavillon peut non seulement intervenir au moment de la vente du bateau qu'à tout moment de son existence: Comité économique et social des communautés européennes, avis des 4 et 5 avril 1979 relatif à la politique de la CEE et aux pavillons de complaisance, Bruxelles, 94. Voir aussi Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 86. Pour sa part, l'Organisation européenne de coopération économique définit le pavillon de complaisance comme le pavillon de tout pays qui autorise l'immatriculation des navires possédés et contrôlés par l'étranger, à des conditions qui, pour des raisons quelconques, sont commodes et adéquates pour les personnes qui demandent cette immatriculation : Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 115 (pdf).

554. P. CHAUMETTE, préc., note 62, 59.

555. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 90. Voir aussi Francis VALLAT, « Mer et vérité(s) », *JMM* 14 sept. 2007.6.6 ; M. L. MCCONNELL, préc., note 191, 368 ; Laurent LUCCHINI, « Rapport introductif général », dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, préc., note 204, p. 7, à la page 14 ; B. LATRECH, préc., note 18, n°408, p. 188.

de contourner les lois de prohibition américaines en permettant la vente d'alcool à bord⁵⁵⁶. À partir des années 1930, mais surtout depuis les années 1950, le pavillon de complaisance est associé à la possibilité pour les armateurs de bénéficier d'avantages fiscaux, d'une force de travail à faible coût, des contrôles sécuritaires moins sévères pour notamment exploiter des navires en fin de vie⁵⁵⁷. La généralisation du phénomène avec le développement d'une concurrence entre les pavillons de libre immatriculation : « In order to become more competitive in the market, each open registry has adopted features to attract clientele »⁵⁵⁸. Toutefois, la véritable explosion de la libre immatriculation et des pavillons de complaisance est liée aux politiques néo-libérales de la fin des années 1970⁵⁵⁹. Le Liberia a été le premier pays à exercer la complaisance totale telle qu'on la dénonce aujourd'hui⁵⁶⁰. Depuis, le pavillon de complaisance a acquis une connotation à ce point négative qu'il évoque la volonté des armateurs d'éviter des obligations fiscales, sociales et sécuritaires imposées par l'État duquel ils sont ressortissants⁵⁶¹.

Jean-Pierre Beurier parle d'« États de libre immatriculation de troisième génération » tout en soulignant que ces pays offrent une complaisance sur tous les aspects notamment fiscaux, sociaux et sécuritaires⁵⁶². À cet effet, Lord Donaldson dénonce dans son rapport intitulé *Safer Ships, Cleaner Seas* l'absence de volonté et de capacité d'États du pavillon, donc leur complaisance sécuritaire, comme comportement à l'origine de la présence de navires sous normes : « Accordingly we would define a flag a convenience as “a register where the state does not have the capability of supervising the safety of ships or does not do so effectively” »⁵⁶³ Des liens entre ce type d'immatriculation et l'augmentation

556. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 25 ; B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 24 ; Y. JULIA, préc., note 6, 242 ; C. LAZENBY, préc., note 402, 74 ; M. J. WING, préc., note 551, 175 ; G. M. BICHLER-ROBERTSON, préc., note 552, p. 45.

557. M. J. WING, préc., note 551, 175 ; J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 87 ; C. LAZENBY, préc., note 402, 75 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 120 (pdf) ; D. ANDERSON, préc., note 268, 561 ; C. BUCHET, préc., note 9, p. 39.

558. M. J. WING, préc., note 551, 176.

559. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 161.

560. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 11 (pdf).

561. Voir la citation de M. J. WING, à la note 551. Voir aussi B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 14 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 170 ; D. D. MURPHY, préc., note 399, p. 45 et s. ; S. FRAWLEY, préc., note 190, 90.

562. J.-P. Beurier, préc., note 220, à la page 88.

563. Lord DONALDSON, *Safer Ships, Cleaner Sea. Report of Lord Donaldson's Inquiry into the prevention of pollution from merchant shipping*, Londres, HMSO, 1994, n° 6.25, p. 63 [Rapport DONALDSON]. Voir aussi D. ANDERSON, préc., note 268, 565. Voir aussi Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 87.

des cas de naufrages ou encore d'exploitations outrageuses d'équipage ont pu être établis⁵⁶⁴. À titre comparatif, un pays comme la France impose une procédure complexe pour l'immatriculation d'un navire laquelle prend généralement deux semaines. Or, celle d'un pays pratiquant la complaisance est généralement d'une rapidité et d'une simplicité déconcertante⁵⁶⁵, au point d'être parfois suspecte⁵⁶⁶. L'offre des pavillons de complaisance de permettre l'exploitation des navires selon les principes d'une fiscalité réduite, d'une embauche de main-d'œuvre extérieure bon marché et sans protection sociale ainsi que d'un assouplissement des contrôles sécuritaires, sanitaires et environnementaux constitue une politique qui éloigne ces pays de leurs obligations telles qu'établies par la CHM ou la CNUDM. Ils capitalisent sur leur prérogative d'accorder ou non la nationalité :

« L'évolution de la nature du lien substantiel entre le navire et le pavillon est un échec du droit international face aux intérêts économiques en présence [...] la faiblesse du droit dans

564. D. D. MURPHY, préc., note 399, p. 52-56.

565. L'inscription au registre maritime du Liberia est réalisée par les bureaux consulaires installés dans l'État de Virginie aux Etats-Unis : S.HABIB, préc., note 208, à la page 90. Des enquêtes journalistiques ont aussi décrit le processus d'immatriculation :

« La recette du Panama? Des formalités administratives simplifiées, une redevance annuelle faible, pas d'impôt sur les bénéfices, un code social souple autorisant qu'une majorité d'étrangers compose l'équipage. [...] L'enregistrement d'un navire au Panama coûte quelques milliers de dollars de redevance annuelle et peut se faire dans tous les grands ports du monde, où les consulats maritimes du Panama sont habilités à attribuer les pavillons. La procédure prend de 24 à 48 heures. » : Alexandre PEYRILLE, « Le pavillon panaméen, une assurance tout risque pour l'armateur », *Le Devoir*, Économie, 8 août 2005, p. a5. Voir aussi Y. JULIA, préc., note 6, 244.

566. En matière de pratiques d'immatriculation douteuses citons quelques enquêtes journalistiques dénonçant des cas extrêmes. Entre autres, celle de Philippe Schwab sur les pratiques du registre maritime cambodgien qui permettent d'obtenir en quelques heures son pavillon en remplissant, sans contrôle, le formulaire en ligne de la *Cambodia Shipping Corporation*, une société privée mandatée par l'État cambodgien. Or, cette société qui aurait enregistré en 4 ans près de 2 300 navires occupait un minuscule local situé au fond d'une boutique d'équipement de sport du boulevard Sihanouk à Phnom Penh : Philippe SCHWAB, « Les pavillons de complaisance tiennent la mer. La réputation sulfureuse du Cambodge. Nouveau venu dans le monde maritime, le pavillon cambodgien s'est fait remarquer par quelques scandales. Le contrôle des autorités locales semble bien laxiste », *La Croix* 7 fév. 2003.12. Par ailleurs, une enquête du journaliste James Brooke révèle que le nouveau registre maritime international de la Mongolie, le plus grand pays enclavé au monde, propose des tarifs compétitifs sans condition de propriété des navires. Malgré leur mauvaise réputation, beaucoup de navires nord-Coréens s'y seraient inscrits. Concernant la politique sécuritaire maritime de son pays, le premier ministre mongol, Nambaryn Enkhbayar, concède au journaliste que « [m]alheureusement, il y a eu quelques bateaux sous pavillon mongol qui ont coulé » et qu'il est nécessaire que son administration maritime s'améliore » : James BROOKE, « La Mongolie se découvre une vocation maritime », *Courrier international* 15 juil. 2004.45. À propos de Panama, l'avocat et universitaire panaméen Miguel Antonio Bernal soutient en interview que « [g]râce à la corruption, si un armateur a besoin de n'importe quel certificat, si le bateau n'est pas aux normes, il trouvera toujours un consul panaméen pour lui signer un document autorisant le navire à poursuivre sa route » : A. PEYRILLE, préc., note 565, p. a5.

cet Etat devient une qualité aux yeux des propriétaires de navires, un élément qui compte dans le choix du pavillon sur un marché très ouvert. »⁵⁶⁷

Autrement dit, derrière l'utilisation d'un pavillon de complaisance, l'armateur exprime sa volonté d'éviter les contraintes d'exploitation d'un navire :

« The term “flag of convenience” has evolved to mean registration for primarily economic reasons or to conceal criminal or questionable activities. Today, however, the term is used commonly in a pejorative sense and indicates that a vessel owner, for one reason or another, does not want to create mutual obligations with a country with stricter standards for registration. »⁵⁶⁸

Dans cette perspective, la notion en français de complaisance prend véritablement le sens péjoratif de laxisme au point de vue normatif. La simple valeur d'accommodement induit par le terme *flag of convenience* a été autrement dépassée au long des années⁵⁶⁹. Mais encore faut-il être en mesure de valablement reconnaître les pavillons de complaisance.

Critères d'identification des pavillons de complaisance — En 1970 au Royaume-Uni, les conclusions du *Committee of Inquiry into Shipping*, familièrement appelé le *Rochdale Report*, a établi six critères non cumulatifs qui identifient l'existence d'un pavillon de complaisance, tels que résumés par Philippe Boisson:

« [L]e pays d'immatriculation autorise des ressortissants étrangers à détenir ou à contrôler ses navires, l'immatriculation est aisée à obtenir, le revenu tiré de l'exploitation de navires n'est soumis localement à aucun impôt ou ces impôts sont faibles, le pays d'immatriculation est une petite puissance qui n'a pas besoin de tous les navires immatriculés, l'armement des navires par des équipages étrangers est librement autorisé, le pays d'immatriculation n'a ni le pouvoir d'imposer des réglementations gouvernementales ou internationales, ni les services administratifs nécessaires à cet effet, ni le désir, ni le pouvoir de contrôler les compagnies elles-mêmes. »⁵⁷⁰

567. J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 93 ; voir aussi J.-P. BEURIER, préc., note 221, 108 ; B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 28 ; C. CASADO, préc., note 175, 211 ; Kenneth E. JOHNSON, « Prevention of Operational Maritime Oil Pollution : A Necessary Solution to an Unnecessary Problem », (1977-1978) 4 *Brook J. Int'l L.* 64, 81-82 ; E. H. ANDERSON, préc., note 175, 159.

568. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 157.

569. *Supra*. p. 156, à la note 542.

570. P. BOISSON, préc., note 3, n° 797, p. 517. Voir aussi Lord ROCHDALE, *Committee of Inquiry into shipping report*, Chairman, London HMSO, mai 1970 ; E. H. ANDERSON, préc., note 175, 157 ; B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 14 ; Sonny Richard TOLOFARI, *Open Registry Shipping, A Comprehensive Study of Costs and Freight Rates*, New York, London, Gordon and Breach, 1989, p. 15. ; E. DURUIGBO, préc., note 47, 112 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 86 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 115 (pdf) ; James MCCONVILLE, « Seafarers of the world's largest fleet », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 120, à la page 121 ; D. F. MATLIN, préc., note 177, 1038.

Il est aisé de constater, par ces critères, que plusieurs États offrant des pavillons de complaisance sont formés d'États qui n'ont pas un niveau du développement élevé puisque leur secteur primaire reste rudimentaire et leur secteur secondaire est encore peu développé. Le transport maritime revêt une forme de « perfusion financière » nécessaire à la survie économique de l'État, aggravant ainsi sa dépendance socio-économique aux seules entreprises étrangères oeuvrant dans le secteur :

« In this context, the creation of open registries, the problems associated with them, and their use for wider political purposes, can be evaluated in terms of the socio-economic dependency of developing countries upon the developed world. [...] In other words, from the perspective of the developed world, flags of convenience are a "third world" phenomenon. »⁵⁷¹

Or, ces pays n'ont souvent pas les moyens des engagements internationaux qu'ils ratifient et leurs mécanismes internes de contrôle et de renforcement du droit sont dans les faits absents⁵⁷². Cette faille sécuritaire offre évidemment une économie d'entretien à laquelle les armateurs seraient normalement tenus⁵⁷³. En 1981, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a voulu expliquer les raisons qui sont à l'origine de l'inobservance des prescriptions sécuritaires à bord des navires inscrits dans les registres de libre immatriculation :

« En résumé, [...] il y a dix raisons fondamentales pour lesquelles le risque de non-respect des normes est plus grand en régime de libre immatriculation que sous le pavillon d'un pays d'immatriculation normal, doté d'une administration maritime compétente. Ces raisons sont les suivantes :

- 1) Les propriétaires effectifs ne sont pas facilement identifiables en partie à cause des difficultés de l'identification elle-même et, en partie, parce que rien n'incite à les identifier; ils sont par conséquent mieux placés pour prendre des risques que les armateurs de navires d'immatriculation normale qui sont sous la surveillance d'une administration maritime;
- 2) Les propriétaires effectifs peuvent changer d'identité en manipulant des sociétés fictives et, par conséquent, éviter d'être reconnus comme laxistes et récidivistes;
- 3) Le capitaine et les autres officiers de bord n'étant pas ressortissants de l'État du pavillon, ils n'ont ni le besoin ni le désir de se rendre dans cet Etat et peuvent se soustraire à toute action judiciaire;
- 4) Les armateurs qui résident hors de la juridiction de l'Etat du pavillon peuvent impunément refuser de témoigner dans une enquête ouverte par ledit Etat et échapper aux poursuites;
- 5) Les armateurs de navires de libre immatriculation n'ayant pas autant que les autres, intérêt à rester en bons termes avec l'État du pavillon, ils ne ressentent pas la nécessité de coopérer avec les inspecteurs dudit Etat;

571. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 158. Voir aussi C. BUCHET, préc., note 9, p. 55.

572. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 128. Voir aussi *supra*, p. 155.

573. M. CUTTLER, préc., note 243, 192 ; E. DURUIGBO, préc., note 47, 113-114 ; C. CASADO, préc., note 175, 212 et 213 ; John H. COGLIN, « Common Maritime Transport Policy for the EEC: The Commission Does Battle with Flags of Convenience », (1990) 13 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 447, 451.

- 6) Le transport en régime de libre immatriculation n'a pas l'infrastructure syndicale qui est indispensable à l'application des normes de sécurité et normes sociales dans les pays d'immatriculation normale : il n'y a pas de syndicat national qui représente essentiellement les intérêts des ressortissants de l'Etat du pavillon servant sur les navires dont les propriétaires ont un lien économique avec cet État;
- 7) Les armateurs de navires de libre immatriculation peuvent faire pression plus facilement sur le capitaine et les officiers du bord pour qu'ils prennent des risques, en l'absence d'un gouvernement réellement compétent auquel le personnel navigant puisse faire des représentations;
- 8) Le contrôle de l'Etat du port est plus faible parce que ce dernier ne peut que signaler les navires et pratiques enfreignant les normes à l'Etat du pavillon, lequel n'a aucun contrôle véritable sur l'armateur;
- 9) Les armateurs peuvent juguler toute tendance à la contestation parmi les équipages car il leur est loisible de changer la nationalité des équipages comme ils l'entendent;
- 10) Le contrôle du respect des normes est foncièrement incompatible avec un régime d'immatriculation qui a un but purement lucratif. »⁵⁷⁴

Ainsi, l'absence de lien substantiel entre le navire et l'État de libre immatriculation serait directement à l'origine du manque de contrôle. En effet, comme le souligne Lord Donaldson en définissant le pavillon de complaisance, il s'agit d'« un registre dans lequel l'État n'a pas la capacité de superviser la sécurité de ses navires ou ne le fait pas de manière effective. »⁵⁷⁵ D'où l'absence de respect en matière de sécurité maritime.

La libre immatriculation à l'origine de l'avènement des pavillons de complaisance et de l'insécurité maritime – Avec la libre immatriculation, l'État du pavillon est devenu un concept évidé qui laisse place aux excès :

« [L]’acte juridique traditionnellement très fort de l’octroi de pavillon est totalement dévoyé par l’excès de libéralisme qui porte atteinte à cette marque de souveraineté. La conséquence de cette faiblesse du droit ne contribue pas seulement à baisser les coûts d’exploitation, mais manquement après manquement, renforce la généralisation de la non application du droit ou du moins de sa mise en œuvre « accessoire » dans tous les domaines (qualification des équipages, entretien du navire, respect des règles de sécurité). Ce fait est l’une des principales causes de la gravité de la situation qui a perduré de 1980 à 2000, où l’on a assisté à un naufrage tous les deux jours, pour lesquels on constate que le facteur humain et le mauvais entretien représentent 80 % de la cause des accidents sur les vraquiers et les caboteurs pétroliers. Dans la plupart des cas, les manquements aux règles juridiques de sécurité sont la cause de la fortune de mer. »⁵⁷⁶

574. Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 70, p. 21. Voir aussi E. H. ANDERSON, préc., note 175, 164-165 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 803, p. 521 ; E. DURUIGBO, préc., note 47, 111.

575. P. BOISSON, préc., note 3, n° 799, p. 518, faisant référence Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 6.22-6.25, p. 61-63.

576. J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 93.

La libre immatriculation devient le maillon faible de la chaîne sécuritaire en droit de la mer⁵⁷⁷. D'ailleurs, en réalité, la principale difficulté pour l'État du pavillon est l'impossibilité de suivre efficacement les navires dans leurs opérations en mer⁵⁷⁸.

Pour contrer la complaisance et le manque de sécurité qui en découle, certains auteurs proposent de restreindre les critères définissant le lien substantiel :

« [...] the interpretation of a “genuine link” should be made within the context of the material requirements for the registration of ships to reflect economic ties between vessel and flag State and, therefore, administrative control by the State. It was thought that this type of interpretation should include the following element of genuine link:

- (i) the vessel or the company owning the vessel should be beneficially owned as to a substantial party by nationals of the flag State;
- (ii) the principal place of business and effective management of the legal entity should be located in the flag State;
- (iii) the principal officers of the shipping company should be nationals of the flag States;
- (iv) the flag State should exercise final control by subjecting the profits of the shipping company to taxation;
- (v) the State of registry should exercise full and regular control over the standards of the vessel and qualifications and conditions of employment of the crew. »⁵⁷⁹

Moins exigeante, la CNUCED propose quatre conditions pour établir un lien substantiel suffisant : la contribution de la flotte marchande à l'économie du pays ; la prise en considération par les comptes nationaux relatifs à la balance des paiements des recettes et dépenses des transports maritimes ainsi que les achats et ventes de navires ; l'emploi de ressortissants à bord ; ainsi que la propriété effective des bâtiments⁵⁸⁰. Au-delà de ces restrictions, le lien substantiel tel qu'il est aujourd'hui permet un modèle économique qui est utile aux armateurs.

Des politiques de complaisance avantageuses pour les armateurs — La présence de pavillons de complaisance procure un avantage économique indéniable aux armateurs. Selon une étude publiée en 1986, les coûts d'exploitation d'un navire inscrit dans un registre maritime traditionnel étaient de 8,7 à 23,1 % supérieurs à ceux d'un navire immatriculé au registre maritime d'un pavillon de complaisance. Ainsi, à l'instar des

577. K.X. LI., J. WONHAM, préc., note 59, à la page 277.

578. Djamchid MOMTAZ, « La haute mer », dans R.-J. DUPUY, D. VIGNES (dir.), préc., note 25, p. 337, aux pages 361 et 362 .

579. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 17 ; S. R. TOLOFARI, préc., note 570, p. 31.

580. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 115 (pdf).

calculs sur la rentabilité d'exploitation des navires sous normes précédemment étudiés, les armateurs sont incités à se tourner vers les pavillons de complaisance en raison du faible coût à tous les niveaux d'exploitation – fiscalité et coûts d'opération –, surtout dans un contexte de fret au rabais⁵⁸¹. L'attrait pour les pavillons de complaisance s'est généralisé puisque les armateurs refusent d'être en situation d'infériorité concurrentielle en se soumettant aux contraintes d'exploitation d'un registre traditionnel. Ainsi, on assiste au déplacement des flottes commerciales des registres maritimes de pays développés vers les pavillons de complaisance⁵⁸². Cette logique suit indirectement celle de la *Loi de Gresham* selon laquelle « la mauvaise monnaie chasse la bonne ». En d'autres termes, les mauvaises pratiques ont tendance à déloger les bonnes dans un secteur réglementé où la fuite vers des espaces commerciaux extérieurs moins contraignants est possible, notamment en raison d'un contrôle inexistant ou inefficace⁵⁸³.

Qui plus est, la stabilité juridique offerte par l'État du pavillon permet aussi aux armateurs de bénéficier d'un environnement propice à l'exploitation de leur navire en évitant les risques de nationalisation, d'arraisonnement ou encore de destruction en raison d'un conflit⁵⁸⁴. Par exemple, même si le Liberia a pu être soumis à de fortes tensions internes au point de fracturer l'État, son registre maritime installé en Virginie a pu poursuivre ses opérations tout en offrant les garanties au gouvernement des États-Unis de pouvoir rapatrier sous son pavillon tous les navires qui sont inscrits dans son institution⁵⁸⁵. Certains pavillons de complaisance offrent aussi aux armateurs la stabilité juridique propice à l'exploitation à long terme des navires : « In the case of Cyprus, registration of foreign ships has been guided by a constant policy protecting shipowners from unpredictable factors and constituting a point of attraction for them. »⁵⁸⁶ Tout cela sans compter la

581. D. F. MATLIN, préc., note 177, 1045-1054 ; S. R. TOLOFARI, K. J. BUTTON et D. E. PITFIELD, préc., note 500, 419 et 424. Sur la rentabilité de l'exploitation de navires sous-normes, voir *supra*, p. 142-143.

582. Nicolas TERRASSIER, « Efficacité de la politique maritime : pavillon et flotte contrôlée », *JMM* 28 juin 1999.1155.1155 ; Kenneth E. JOHNSON, préc., note 567, 83 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 371, p. 165 ; P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 279 ; K. X. LI et J. WONHAM, « Who is safe and who is at risk : a study of 20-year-record on accident total loss in different flags » [1999] 26 *Maritime Policy & Management* 137, 143.

583. E. DURUIGBO, préc., note 47, 115.

584. B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 42.

585. S. HABIB, préc., note 208, à la page 90.

586. Iliana CHRISTODOULOU-VAROTSI et Dmitri A. PENTSOV, « Labor Standards on Cypriot Ships: Myth

possibilité d'exploiter anonymement les navires⁵⁸⁷ ou encore de bénéficier d'un forum favorable en cas de recours judiciaires⁵⁸⁸. Par ailleurs, les pavillons de complaisance soutiennent qu'ils tirent un avantage essentiellement économique de leur stratégie de dérèglementation en s'assurant de l'apport de capitaux par des entreprises étrangères.

Un moyen pour les pays d'attirer des capitaux étrangers sur leur territoire — Le *flag shopping* est d'abord un moyen pour les pays en voie de développement de susciter une dynamique d'investissement de capitaux étrangers sur leur territoire. En effet, l'enregistrement de navires permet la perception de frais annuels d'immatriculation par les autorités gouvernementales. Ainsi, même s'ils sont minimes sur une base individuelle, ces frais deviennent une importante source de revenus pour l'État s'ils sont perçus sur une vaste flotte⁵⁸⁹. De plus, l'enregistrement de navires encourage l'installation de petites et grandes entreprises d'armement et du secteur financier lesquelles embauchent des travailleurs locaux et soutiennent la mise sur pied d'infrastructures bancaires et commerciales⁵⁹⁰.

Toutefois, l'apport économique d'une politique de complaisance est tout relatif pour certains pays en voie de développement. D'une part, les revenus fiscaux provenant de la taxe au tonnage des navires sont faibles — lorsqu'ils ne sont pas dérisoire — et souvent l'augmentation ne suit pas l'évolution de l'inflation. Il va sans dire que ces revenus ne contrebalancent pas les coûts d'un manque de sécurité maritime⁵⁹¹. D'autre part, très rarement, les pavillons de complaisance sont en mesure de former et de développer une

and Reality », (2004) 37 *Vand. J. Transnat'l L.* 647, 724. Voir aussi O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 25 ; B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 18 et 41. Yvan Julia souligne que les lois du panaméenne protège mieux les créanciers d'hypothèques maritimes ce qui incite ces derniers à exiger des armateurs qu'ils inscrivent les navires qu'ils financent dans le registre maritime du Panama : Y. JULIA, préc., note 6, p. 246.

587. Y. JULIA, préc., note 6, p. 247. Voir aussi *supra*, p. 144.

588. Y. JULIA, préc., note 6, p. 247, voir aussi l'immunité de juridiction de l'État du pavillon : *infra*, p. 173.

589. Y. JULIA, préc., note 6, 241 ; B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 15 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 195 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 85. À titre d'exemple, selon le journaliste Alexandre Peyrille, «Le Panama encaisse chaque année 55 millions de dollars pour la délivrance de pavillons panaméens. L'apport global est de 200 millions de dollars en prenant en compte les frais de notaire, d'avocat, d'inspection technique, de maintenance et de formation.» : A. PEYRILLE, préc., note 565, p. a5 ; S. FRAWLEY, préc., note 190, 90.

590. Yvan Julia prétend que l'économie du Panama n'est pas pour l'essentiel dépendante des activités du canal et de son pavillon de complaisance, mais il souligne du même souffle que ce pays est devenu, par sa politique de complaisance, une nation maritime : Y. JULIA, préc., note 6, p. 241-243.

591. P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la p. 268 ; Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 77, p. 24.

véritable industrie nationale de transport maritime d'autant plus que, comme nous l'avons constaté, les conditions de travail des ressortissants embarqués comme hommes d'équipage se sont dégradées⁵⁹². En somme, les armateurs exploitent à faible coût les institutions et la main-d'œuvre disponible de ces pays sans véritablement participer à leur développement⁵⁹³. L'exploitation de pays en voie de développement est une thèse qui est d'autant plus défendable que l'effondrement du fret à partir de la moitié des années 1970 alimenté par l'enregistrement dans les pavillons de complaisance aurait empêché le développement industriel de pays en voie de développement détenteurs de matières premières. En effet, le faible coût du transport aurait permis l'importation de ces dernières vers les grands centres de production tout en assurant l'exportation de produits finis ou semi-finis vers les pays plus pauvres, et ce, à un prix de vente concurrentiel⁵⁹⁴. Sans vouloir la vérifier, lançons cette hypothèse que des frets plus élevés auraient incité des multinationales à installer leurs usines de transformation directement sur les lieux d'extraction des matières premières afin de limiter les coûts de transport.

Au surplus, l'entrave au développement industriel des pays offrant des pavillons de complaisance serait aussi liée la mauvaise réputation lié à ce type de politique économique. En effet, celle-ci s'étendrait à l'ensemble de leur économie puisque « le maintien du régime de libre immatriculation permet et encourage inévitablement des opérations douteuses, qui ont de fâcheuses répercussions sur la réputation économique et commerciale du pays dont le pavillon est en cause et, du même coup, découragent les investissements d'organismes honorables. »⁵⁹⁵ En somme, la complaisance pourrait se révéler, pour certains pays, un leurre au développement économique durable. Néanmoins, des avantages politiques sont aussi liés à cette stratégie.

592. L'auteur Briac Beilvert avance que les conditions difficiles dans lesquelles travaillent des marins sous-payés entraîne une démotivation de ceux-ci à l'égard de la sécurité:

«Il résulte de ce système de gestion de marins une désaffection totale de ces derniers quant à la qualité de leur travail et une absence de motivation. N'étant pas dans une entreprise pour y faire carrière, sauver le navire en cas de danger ou essayer de défendre les intérêts de la compagnie ne les intéressent pas.» : B. BEILVERT, préc., note 505, 334.

593. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 157 ; Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 78-80, p. 24-25.

594. B. N. METAXAS, préc., note 6, p. 47.

595. Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 86, p. 26.

L'accroissement du pouvoir politique des États de libre immatriculation sur la scène internationale — Des petites puissances comme le Liberia, le Panama ou encore Malte sont devenues, en raison du nombre important de navires commerciaux qu'elles contrôlent, des acteurs incontournables dans les affaires touchant les relations maritimes⁵⁹⁶. Cela est surtout vrai depuis la décision rendue par la Cour internationale de justice dans le cadre de l'*Avis consultatif du 8 juin 1960*⁵⁹⁷. Cette décision a permis à plusieurs pays de libre immatriculation ayant une large flotte inscrite à leur registre d'avoir une place privilégiée au sein du Comité de la sécurité maritime de l'OMI. En outre, 87,5 % des subsides versée à cette dernières et composé de contributions d'États qui sont déterminées en fonction de la proportion du tonnage qu'occupe la flotte de commerce d'un pays membre sur le tonnage mondial. Dans ce contexte, les États de libre immatriculation ont, en raison de leur importante contribution financière une influence certaine sur les orientations politiques de cette organisation. Ainsi, les pays du groupe des « six principaux registres de libre immatriculation » — les Bahamas, les Bermudes, Chypre, le Liberia, Malte et Panama — sont devenus au fil du temps de gros contributeurs de l'OMI. Par exemple, pour la période 2006-2007, le Panama, le Liberia et les Bahamas ont été les trois premiers contributeurs au budget de cette organisation⁵⁹⁸. De plus, les pavillons de complaisance sont aussi des des acteurs incontournables dans l'agenda réglementaire de cette dernière puisque les conventions qui y sont élaborées ne peuvent être mises en vigueur et devenir sources de droit sans que les États qui représentent une proportion suffisante de la flotte mondiale les aient ratifiées. Ainsi, grâce à une approche de complaisance, des pays de libre immatriculation ont su s'emparer d'une position qui offre une capacité de blocage, autrement dit de quasi-veto, dans le processus d'élaboration des règles positives internationales en droit de la mer⁵⁹⁹.

596. Par exemple, la CNUDM n'est pas entrée en vigueur du fait de l'abstention de ces États puisqu'il faut la ratification par quarante États qui représentent au moins 25% du tonnage mondial. Or les pays offrant un pavillon de complaisance rassemblent la majeure partie de la flotte marchande mondiale.

597. *Avis consultatif du 8 juin 1960*, préc., note 199. Voir aussi E. H. ANDERSON, préc., note 175, 160.

598. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 123 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 73, p. 41.

599. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 19. Voir aussi S. HABIB, préc., note 208, à la page 88. Sur la recherche de pouvoirs dans les relations internationales, voir E. H. ANDERSON, préc., note 175, 165 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 91, p. 43 et n° 195, p. 9 ; C. BUCHET, préc., note 9, p. 55. La perspective d'un « noyautage » de l'OMI par les pavillons de complaisance est contesté par Francis Vallat, président de l'Institut français de la mer, qui souligne que des États de libre immatriculation,

Toutefois, cette conception du gain politique des pavillons de complaisance est douteux et doit être nuancé. En effet, leur nouvelle influence s'exerce évidemment à l'égard des relations internationales, mais ces États restent soumis aux volontés des grandes entreprises multinationales. Ces dernières bénéficient parfois de ressources à ce point considérables qu'elles annihilent l'autonomie de négociation des autorités publiques sur leur territoire. En fait, la précarité économique de ces dernières est parfois si misérable que l'exercice d'un pouvoir d'autorité au sein même de leur frontière n'est plus possible, s'il ne l'a jamais été. En d'autres termes, ces pays en viennent à confondre très vite leurs intérêts nationaux avec ceux d'entités privées comme les sociétés d'armement⁶⁰⁰. C'est d'ailleurs pour cette raison que le contrôle sécuritaire par l'état du pavillon offrant une politique de complaisance n'est plus crédible.

L'absence d'effectivité du contrôle par l'État du pavillon — De multiples lacunes incitent à la complaisance. D'abord, chaque État devrait effectuer un contrôle sur les navires battant son pavillon conformément à l'obligation de contrôle sécuritaire exhaustif des navires qui incombe à l'État du pavillon, comme l'article 94 CNUDM le prescrit. En réalité, les règles sur l'uniformisation internationale des pratiques d'inspection sont absentes tant aux vues de la fréquence à laquelle elles doivent être menées, des compétences et de l'expérience des inspecteurs, de l'ampleur de l'inspection elle-même ou encore du suivi réalisé auprès de l'armateur pour vérifier si les ordonnances décidées à l'issue d'inspection sont suivies d'effets⁶⁰¹. Ainsi, les contrôles pavillonnaires sont devenus, dans certains cas, des procédures aléatoires et discrétionnaires.

comme le Liberia, n'exerce pas de politique de complaisance « tandis que les États de complaisance – tels Panama, et St Vincent les Grenadines – ne “tiennent” jamais la plume de l'OMI et se heurtent à des barrages subtils lorsqu'ils veulent accéder aux instances dirigeantes de l'Organisation... » : F. VALLAT, préc., note 555, 6.

600. Ernst-Otto CZEMPIEL, « Governance and Democratization », in James N. ROSENAU et Ernst-Otto CZEMPIEL, (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge : Cambridge University Press, 1992, p. 250, à la page 252 ; Lawrence M. FRIEDMAN, « Frontiers : National and Transnational Order », in L. KARL-HEINZ (ed.), préc., note 437, p. 25, à la page 47 ; Kanishka JAYASURIYA, « Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance », (1998-1999) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 425, 434 ; Karl KAISER, « Transnational Relation as a Threat to Democratic Process », in Robert O. KEOHANE et Joseph S. NYE (eds.), *Transnational Relations and World Politics*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1972, p. 356, aux pages 359-360. Voir aussi supra, p. 154.

601. OCDE, préc., note 6, p. 21.

De plus, plusieurs pavillons de complaisance n'ont pas les ressources pour exercer efficacement un contrôle sécuritaire sur une flotte imposante de navires commerciaux. Or, lorsque ce ne sont pas les sociétés de classification qui réalisent les contrôles sécuritaires, ce sont alors des fonctionnaires parfois sous-payés. Dans ces circonstances, nombre d'entre eux peuvent vouloir faire monnayer leur pouvoir discrétionnaire, faisant ainsi place à un système de corruption tel qu'il a été précédemment expliqué. Par conséquent, l'accumulation des dysfonctionnements opérationnels des contrôles sécuritaires engendre une plus grande proportion d'accidents en mer visant les flottes inscrites dans les registres des pavillons de complaisance⁶⁰². Dans la même veine, la protection des parts de marché de l'immatriculation exige des relations cordiales entre les États du pavillon et les armateurs. Aujourd'hui, ces relations sont devenues presque symbiotiques. Dans un tel contexte, il est difficile pour les représentants de l'État du pavillon d'exercer sévèrement, du moins valablement, le contrôle sécuritaire des navires⁶⁰³.

En résumé, la carence de contrôle sécuritaire de certains États de libre immatriculation relève d'une attitude presque « schizoïde » en étant « partagés entre, d'une part, leurs intérêts économiques et parfois leur manque de ressources financières, d'autre part, le souci de tenir un rang qui correspond au volume du tonnage mondial qu'ils représentent »⁶⁰⁴. En accommodant constamment les armateurs qui font du *flag shopping*, ils précipitent ainsi le marché de l'immatriculation dans une course vers le fond où l'absence de ressources ne permet pas de mettre fin au cercle vicieux de la complaisance :

«Le système des États de libre immatriculation ou des pavillons de complaisance transforme l'inscription des navires sur le registre maritime en simple opération commerciale donnant aux armateurs qui y ont recours un avantage sur leurs concurrents, encourageant ainsi la navigation sous-normes. L'État complaisant tire profit en acceptant que les armateurs étrangers immatriculent leur navire sur leur registre maritime national, mais négligent d'exercer leur juridiction et leur contrôle effectif sur les navires battant leur pavillon. Ces États complaisants n'ont souvent aucune administration capable d'effectuer un contrôle efficace. Il s'agit souvent d'une adresse. Ces États ne répriment pas les infractions. Les poursuites judiciaires sont rarement engagées et les amendes éventuelles sont généralement moins élevées que le montant des économies réalisées en ne respectant pas la réglementation. En outre, la responsabilité civile est limitée et les assureurs couvrent tous les risques.»⁶⁰⁵

602. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 26. Voir aussi A. ODEKE, préc., note 179, 657 ; M. MARSHALL, préc., note 244, p. 13 (pdf). Voir aussi les aspects entourant le clivage d'intérêts et de ressources entre les pays riches et pauvres quant aux négociations des conventions internationales : infra, p. 247.

603. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 165.

604. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 5.

605. A. DE MARFFY-MANTUANO, préc., note 204, à la page 196 ; OCDE préc., note 6, p. 20.

En refusant de mettre en œuvre convenablement les conventions internationales sécuritaires, les pavillons de complaisance encouragent l'érosion du droit international⁶⁰⁶.

L'absence d'effectivité des mécanismes de renforcement du droit international à l'égard de l'obligation de contrôle de l'État pavillonnaire — Le non-respect insidieux des obligations d'inspection par l'État du pavillon est peu réprimé, même si cet élément pourrait être généralement soumis au régime de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁶⁰⁷ parce que, d'une part, son article 18 impose une obligation de « bonne foi » aux pays signataires d'un traité. D'autre part, son article 60 sanctionne les cas de transgression d'un traité par un État signataire en lui refusant le bénéfice du traité, et ce, en partie ou en totalité. Mais, cette disposition est inapplicable lorsque des pavillons de complaisance n'ont pas ratifié des conventions sécuritaires. La preuve relative à des inspections volontairement lacunaires est probablement difficile à réaliser. Cela est d'autant plus vrai que, dans le domaine maritime, la communauté internationale veut maintenir et promouvoir le consensus à l'égard de la sécurité maritime afin d'y associer la participation des pays de libre immatriculation disposant de grandes flottes commerciales.⁶⁰⁸

L'immunité de juridiction de l'État du pavillon — Concernant les recours en dommages et intérêts visant l'exercice de pouvoirs publics comme la certification de navigabilité des navires par les autorités maritimes, l'État peut se prévaloir d'une immunité de juridiction à l'endroit d'instances étrangères. Les recours intentés par les victimes devant les instances judiciaires de l'État du pavillon sont conditionnels à l'existence d'un droit de réclamation en responsabilité envers l'autorité publique de l'État du pavillon. Toutefois, ce type de réclamation reste improbable. Cette immunité *de facto* n'incite pas les autorités maritimes des pavillons de complaisance à mettre de l'avant des inspections responsables en regard du maintien des normes sécuritaires⁶⁰⁹. De plus, en mandatant des sociétés de

606. C. SCAPEL, préc., note 11, à la page 132 ; C. CASADO, préc., note 175, 210.

607. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 38.

608. P. BOISSON, préc., note 3, n° 725, p. 475.

609. Cette immunité de juridiction a été confirmée par la Cour de Cassation qui a rejeté le pourvoi en cassation d'une décision de la Cour d'appel de Paris qui, dans sa décision rendue le 14 juin 2004, a annulé la mise en examen de l'Autorité maritime de Malte (AMM) et de son directeur exécutif qui avaient géré la délivrance du pavillon de l'État maltais au pétrolier Erika. Cette instance a retenu que L'AMM est une « émanation » de l'État maltais et, à ce titre, lorsqu'elle délivre un pavillon, elle est couverte par « l'immunité de juridiction » des États : M. Frat et F. LEMOINE, préc., note 292. Constatant l'absence de véritable contrainte juridique à l'égard des autorités offrant des pavillons de

classification pour effectuer ses tâches de certification, l'État du pavillon bénéficie d'un intermédiaire pour se disculper d'une quelconque forme de responsabilité⁶¹⁰.

Conclusion à l'égard du pavillon de complaisance — Les États offrant un pavillon de complaisance engendrent, par leur manque de ressources et de volonté à contrôler leurs navires, la création d'un espace de non-droit au plan technique, social et réglementaire⁶¹¹. En raison de l'absence de volonté de plusieurs États du pavillon d'assurer le contrôle de la sécurité des navires dont ils ont la responsabilité, un déplacement de la prérogative de contrôle s'est effectué en faveur des États côtiers et portuaires, pour contrer l'insécurité maritime liée au développement des pavillons de complaisance :

« Both under pre-UNCLOS customary international law of the sea and under the specific provisions of UNCLOS, the law of the sea framework has slowly shifted the balance of jurisdictional competence from exclusive flag state jurisdiction to increased coastal and port state jurisdiction. Changes in the framework were the result of a combination of factors, including the emergence of new, post-colonial states with different marine interests and advances in marine-related technology. »⁶¹²

Toutefois, si la concurrence, la course vers le fond et la complaisance sont des dynamiques qui s'exercent à l'endroit des contrôles effectués par les États du pavillon, celles-ci pourraient s'exercer à l'endroit de ceux mis en œuvre par les États côtiers/portuaires.

complaisance Lord Donaldson propose d'une part de créer une liste noire qui dénonce les mauvais États du pavillon, ceux qui ne respectent pas les conventions internationales sur les normes de sécurité, et d'autre part que ces derniers soient soumis à des sanctions sévères impliquant, entre autres, l'annulation de la reconnaissance de leur autorité en matière de sécurité : Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 6.28, p. 63. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 3, n° 725, p. 475.

610. À titre d'illustration, à la suite du naufrage de l'Erika, la Commission de la Marine Marchande de Malte a soumis un rapport qui répondait aux critiques qui reprochaient à l'État de ne pas avoir réalisé, à titre d'État pavillonnaire, les contrôles nécessaires. Notamment, ce document souligne que Malte a agi conformément aux prescriptions internationales et qu'il n'a pas demandé, à un moment ou à un autre, à la société de classification mandatée pour mener les inspections de certification de réduire ses critères d'appréciation. Par conséquent, n'est pas responsable de la perte du navire : Michel LE TALLEC, « Un rapport maltais... qui dédouane Malte », *Le Marin* 20 oct. 2000.8.

611. S. HABIB, préc., note 208, à la page 95.

612. C. P. MOORADIAN, préc., note 286, 795.

Sous-section 3 La complaisance des ports

Les conventions sécuritaires internationales reconnaissent aux États portuaires des prérogatives de contrôle et d'immobilisation des navires commerciaux qui entrent volontairement dans leurs installations portuaires. Néanmoins, la principale lacune à ces prérogatives de contrôle est que cela reste un exercice discrétionnaire puisque le contrôle des prescriptions sécuritaires relève prioritairement de la responsabilité de l'État du pavillon.

Les motifs d'une complaisance des États portuaires dans l'exercice de leur prérogative de contrôle sécuritaire — Lorsque les contrôles sécuritaires des navires sont exercés de manière unilatérale par les autorités de l'État portuaire, des variables externes peuvent pervertir l'intégrité de leur exercice. D'abord, l'intervention, pour des motifs d'ordre public, sur des navires étrangers en escale portuaire a longtemps fait l'objet d'une réserve. En effet, le droit maritime d'inspiration libérale a longtemps été respectueux du principe de propriété privée en limitant au strict minimum l'intervention des autorités publiques à bord de navires étrangers⁶¹³. Cela est d'autant plus vrai que les opérations de contrôle et d'immobilisation peuvent faire craindre que l'État portuaire puisse être entraîné dans une crise diplomatique avec l'État pavillonnaire⁶¹⁴. D'autre part, dans un contexte de globalisation des marchés, les États peuvent vouloir rivaliser de complaisance afin d'augmenter le nombre de navires faisant une escale commerciale dans leurs ports. L'augmentation de l'achalandage aux quais a pour effet d'encourager l'industrie portuaire nationale et de développer un réseau d'approvisionnement et d'expédition direct et compétitif pour l'ensemble des industries du pays⁶¹⁵.

L'unilatéralisme des États portuaires est propice au port shopping — La compétition économique entre les ports s'exerce notamment selon l'importance des

613. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 210.

614. D. ANDERSON, préc., note 268, 565.

615. E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 193 ; T. L. MCDORMAN, préc., note 271, 232 ; B. VENDÉ, préc., note 224, n° 108-113, p. 45-46.

contrôles sécuritaires qui y sont exercés⁶¹⁶. À l'instar de la complaisance pavillonnaire, la globalisation offre une logique favorable au *port shopping* et à la notion de « port de complaisance » où les autorités sont reconnues pour exercer un contrôle moins sévère des navires notamment dans l'objectif d'éviter l'entrave au développement de l'industrie nationale, dont l'industrie portuaire. Dans une même région, la concurrence portuaire existe :

« La concurrence, intense, entre les ports n'y est pas étrangère. Régionalement, ils sont plus ou moins substituables les uns aux autres : ainsi, par exemple, un armateur aura, dans une certaine mesure, le choix entre le Havre, Anvers ou Rotterdam, de même qu'en Méditerranée, il pourra souvent préférer Gênes ou Barcelone à Marseille. La course au tonnage, au nombre de conteneurs est un objectif de tous les instants pour tous les grands ports du monde. Ainsi, l'excès de zèle dans le domaine du contrôle de la sécurité n'est pas nécessairement valorisé, ni par les autorités portuaires, ni par les États qui en sont tributaires. Les armateurs vulnérables aux contrôles savent se tenir informés. En quelques heures, ils peuvent détourner leurs trafics, modifier leurs escales. »⁶¹⁷

Lorsque le contrôle portuaire est exercé de manière unilatérale, les armateurs déroutent leur navire vers les ports qui, au plan sécuritaire, sont les moins pointilleux d'une région. Les marchandises déchargées dans un autre port de la région peuvent être redirigées vers leur destination finale par un moyen de transport terrestre ou encore par cabotage, et ce, pour des coûts moindres que ceux qu'exigerait le respect des normes internationales. D'ailleurs, depuis quelques décennies, ce déroutement a été grandement facilité par la conteneurisation des marchandises⁶¹⁸. Les États-Unis restent le seul pays ayant une emprise tant politique qu'économique suffisante sur ses voisins pour instituer une forme de « monopole sécuritaire régional *de facto* » lui permettant d'exercer un contrôle portuaire unilatéral, et même renforcé :

« La situation des États-Unis n'est pas comparable à celle des divers États européens. La position économique et politique des États-Unis, renforcée par leur position géographique leur permet de prendre des mesures unilatérales qui prennent la forme de diktat. Aucun risque de boycott ne peut en résulter à leur détriment. Il n'en est absolument pas de même de la France, ou de n'importe quel autre pays, européen notamment. Si l'un des États, par ses textes nationaux et ses contrôles portuaires se situe en position de rigueur extrême, les armateurs de tous pays n'auront aucune difficulté à faire éviter cet État et ses ports à leurs navires pour prévenir les risques de contrôle. Cela ne présente généralement aucune

616. T.D. HEAVER, H. MEERSMAN et E. VAN DE VOORDE, « Co-operation and Competition in International Container Transport: Strategies for Ports », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), préc., note 59, p. 145, à la page 148.

617. C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 135

618. L.S. JOHNSON, préc., note 242, p. 50-51 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 114. Voir aussi Emeka DURUIGBO, « Reforming the International Law and Policy on Marine Oil Pollution » (2000) 31 *J. Mar. L. & Com.* 65, 83 et 87.

difficulté et une substitution de ports peut-être organisée en quelques jours, voire en quelques heures. Aucun pays ne peut affronter un tel risque. »⁶¹⁹

En effet, les navires peuvent difficilement être déroutés des ports américains situés à proximité de leur trajet, non seulement pour des raisons de ravitaillement, mais aussi parce que ces ports sont la principale destination de la marchandise transportée vers le continent nord-américain. Les transbordements et le transport à partir du Mexique ou du Canada restent des opérations longues, coûteuses et parfois même risquées comparativement aux perspectives de gains générés par l'omission des opérations de maintenance à bord des navires servant à rendre ceux-ci conformes aux prescriptions sécuritaires américaines. Ce contrôle unilatéral renforcé se fonde principalement sur des normes établies en droit positif national plutôt que sur celles venant des conventions internationales. C'est le cas notamment avec la *Oil Pollution Act* de 1990⁶²⁰ prévoyant des normes sécuritaires supérieures aux normes internationales ainsi qu'un régime pénal et de responsabilité civile beaucoup plus important que ce que l'on retrouve dans les autres pays ou encore en droit international. Outre le cas américain, Patrick Chaumette souligne, en invoquant les MoU, que le monopole du contrôle sécuritaire passe nécessairement par un multilatéralisme imposant une coordination régionale : « L'inspection des navires par les autorités de l'État du port ne pouvait être développée par un État seul, au risque de déroutement des navires; seule une coopération internationale pouvait organiser ces contrôles, ce qui fut fait dans un cadre régional. »⁶²¹

Le manque de ressources à l'origine des lacunes de contrôle par les États portuaires — À l'instar des États du pavillon, la complaisance portuaire peut aussi être le résultat de problèmes de ressources matérielles qui rendent plus aléatoire le contrôle par l'État portuaire. En effet, les autorités de ce dernier ne disposent pas toujours des moyens

619. C. SCAPEL, préc., note 11, à la page 136. Voir aussi Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 30 et 116 ; T. L. MCDORMAN, préc., note 271, 235 ; F. VALLAT, préc., note 555, 6. Par ailleurs, outre le cas des États-Unis, le Japon fait aussi de l'unilatéralisme sécuritaire en exigeant des navires qui séjournent dans ses ports qu'ils respectent des normes plus sévères que celles internationalement reconnues : S. HABIB, préc., note 208, à la page 91 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 369, p. 164.

620. *Oil Pollution Act of 1990*, 33 U.S.C.A. §2701 [OPA 1990].

621. P. CHAUMETTE, préc., note 62, 73 ; Patrick CHAUMETTE, « Le contrôle des navires par les États riverains » (1999) 35 *Les cahiers scientifiques du transport* 55, 62- 63 ; P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 273.

de suivi et de contrôle en adéquation avec les besoins⁶²², surtout lorsque des pays en voie de développement ont des installations portuaires importantes qui accueillent un grand nombre de navires.

Un manque de contrôle des navires tant au départ qu'à l'arrivée — Cela nous fait dire que les autorités publiques responsables du contrôle sécuritaire des navires, que ce soit au niveau d'un contrôle « extrant » des États du pavillon qu'à celui « entrant » des États portuaires, sont susceptibles d'être soumises au régime de la complaisance :

« La liberté des mers n'est pas un vain mot : en haute mer, le navire n'a de comptes à rendre qu'à l'État qui lui a accordé son pavillon, c'est-à-dire bien souvent qu'il n'a de comptes à rendre à personne. Si un État refuse tel armateur, cent autres auront la complaisance d'accueillir ses navires ; et si un port refuse d'accueillir son navire parce qu'il ne répond pas aux normes minimales de sécurité, ou à des normes sociales décentes, le port concurrent se fera une joie de le recevoir. Autant dire que le plus fort, ou le moins cher l'emporte, et que le plus faible est condamné à être mangé. »⁶²³

À cet égard, l'intervention d'une expertise privée indépendante, en l'occurrence les sociétés de classification, ne serait-elle pas une solution au manque de contrôle? Toutefois, celles-ci pourraient aussi être vulnérables à la dynamique de course vers le fond.

Sous-section 4 Des sociétés de classification qui sont incitées à agir de manière complaisante

Les sociétés de classification qui réalisent la classification et la certification des navires pourraient offrir un autre système de contrôle sécuritaire. Toutefois, à l'instar des autorités maritimes des États du pavillon ou portuaires, ces sociétés sont vulnérables au *class shopping* des armateurs. En effet, les sociétés de classification évoluent dans un contexte concurrentiel féroce. D'ailleurs, leurs méthodes de financement sont propices aux conflits d'intérêts. Souvent, l'encadrement des activités de certification des États du pavillon est limité. Enfin, les sociétés sont soumises à des clauses de confidentialité qui empêchent la transparence de leurs activités.

622. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 103.

623. M. RÉMOND-GUILLOUD, préc., note 85, n° III, p. 19 ; voir aussi C. SCAPEL, préc., note 11, aux pages 131-132.

Un système de financement des activités de contrôle qui est vulnérable aux conflits d'intérêts — Les frais chargés par les sociétés de classification pour l'inspection d'un navire — tant pour sa certification que pour sa classification — sont directement assumés par l'armateur. Or, ces entreprises sont des « sociétés soumises à la logique des chiffres et les soucis de rentabilité »⁶²⁴. Dans ce contexte, l'intégrité du contrôle sécuritaire qu'elles mènent peut être contestée compte tenu du risque de conflits d'intérêts. D'ailleurs, quelques-unes d'entre elles sont suspectées d'être peu scrupuleuses que ce soit par incompetence ou par vénalité. Brahim Latrech soutient qu'en « règle générale, nombre de sociétés sont plus ou moins fiables mais le lien « marchand » entre l'armateur et la société de classification peut peser défavorablement sur la qualité des contrôles. »⁶²⁵ À l'extrême de cette logique, certaines sociétés de classification seraient détenues par des sociétés d'armateur : une véritable confusion des genres!⁶²⁶

La pression concurrentielle venant du transfert de classe (class hopping) — Plus de 150 sociétés de classification réparties à travers le monde se partagent le marché de la classification et de la certification. Évidemment, elles n'évoluent pas toutes dans un contexte économique similaire et toutes n'adhèrent pas nécessairement aux mêmes valeurs sécuritaires. Les plus petites d'entre elles sont des « sociétés maison » installées dans les pays qui accordent un pavillon de complaisance. Ainsi, elles offrent un service de certification et de classification tout en encourageant l'immatriculation de navires sur le territoire⁶²⁷. Ce grand nombre de sociétés entraîne une pression concurrentielle intense, d'autant plus que les armateurs sont libres, en tout temps – même durant l'exploitation de leur navire –, de choisir celle qui leur convient le mieux. Le transfert de classe, communément appelé *class hopping*, a rapidement dérivé vers le *class shopping*⁶²⁸. Dans ce contexte, à l'instar des pavillons ou des ports de complaisance, certaines sociétés, surtout

624. B. LATRECH, préc., note 18, n° 167, p. 81.

625. *Id.*, n° 303, p. 138. Voir aussi François ARRADON, « Erika : Contribution aux réflexions sur les mesures nécessaires pour éviter de futures catastrophes », *DMF* 2000.692.694 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 280, p. 146 et n° 788, p. 513 ; OCDE, préc. note 7, p. 5-8 et 18 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 103 et 154 (pdf) ; John HARE, « Flag, Coastal & Port State Control: Closing the Net on Unseaworthy Ships and their Unscrupulous Owners », (1994) 16 *Sea Changes* 57, en ligne: <<http://www.uct.ac.za/depts/shiplaw/portstat.htm>> (consulté le 15 août 2010) ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 120 et 190, C. BUCHET, préc., note 9, p. 58.

626. B. LATRECH, préc., note 18, n° 303, p. 138.

627. *Id.*, n° 173, p. 83.

628. *Id.*, n° 233-235, p. 109. P. BOISSON, préc., note 3, n° 814, p. 529.

les plus petites, peuvent vouloir user de complaisance pour attirer ou garder le plus grand nombre de clients, surtout si leurs activités visent principalement des navires âgés. L'exacerbation de la concurrence des sociétés de classification est une autre source de la course vers le fond de la sécurité. Elle est menée à son paroxysme compte tenu de la faible qualité des inspections qui sont menées par certaines de ces sociétés :

« The system of using classification societies worked well, as long as the few ones existing operated under high standards. As the number increased to presently more than 50 registers, the level of quality and technical competence dropped. The competition from the laxer registers undermined the work of the classification societies. In order not to lose ships in their class they had to become lenient with respect to the ships they classified or were supposed to control on behalf of the flag states. This resulted in further decline of safety at sea. »⁶²⁹

Ainsi, les armateurs peuvent encore contourner les prescriptions sécuritaires pour exploiter leur navire : « un armateur voulant à tout prix faire partir un navire aura toujours la possibilité de changer de société de classification pour en prendre une moins exigeante. »⁶³⁰ Ces armateurs laissent donc les sociétés de classification dans le tiraillement perpétuel entre deux propensions contraires, à savoir, « la rigueur d'une part, qui doit présider à l'application des normes de sécurité, la flexibilité d'autre part, qui peut se traduire par une certaine attitude bienveillante à l'égard de certains clients, en particulier les armateurs qui classent une part importante de leur flotte au même registre »⁶³¹.

Malgré qu'une course vers le fond puisse facilement s'engager, une certaine résistance en faveur d'un contrôle sécuritaire sérieux subsiste. Les sociétés de classification rigoureuses sont conscientes qu'il existe un problème de crédibilité des certificats qui entraîne un manque de confiance à leur endroit. En d'autres termes, elles paient de leur renommée ce genre de pratique puisqu'elles sont assimilées à des sociétés complaisantes. En effet, les sociétés les mieux établies ont avantage à vouloir conserver la qualité de leurs inspections constatant que leurs revenus restent associés à leur bonne réputation⁶³². Elles misent donc sur le renforcement des normes et des moyens d'inspection notamment par leur adhésion à l'*International Association of Classification Societies* (IACS) regroupant les 10 principales sociétés de classification qui contrôlent près de 90 %

629. R. SALVARANI, préc., note 496, 226. Sur la qualité inégale entre les sociétés de classification : «La prévention pour éviter la pollution», *Le Marin* 21 juil. 2000.7 ; A. CLARKE, préc., note 6, 204.

630. B. LATRECH, préc., note 18, n° 333, p. 150 et n° 400, p. 184.

631. P. BOISSON, préc., note 3, n° 280, p. 146 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 173, p. 83.

632. B. LATRECH, préc., note 18, n° 165, p. 80.

du gros tonnage dans le monde et près de 50 % des navires marchands. Elles misent aussi sur le renforcement des normes que cette dernière impose à ses membres⁶³³. Toutefois, ces sociétés ne sont pas à l'abri d'une dérive interne, d'autant plus qu'aucune uniformité ne s'impose à leurs activités d'inspection⁶³⁴.

À titre de secrétaire général de l'OMI, William O'Neil n'a pas manqué de souligner que la qualité des inspections menées par certaines sociétés de classification avait déjà baissé à un niveau préoccupant au point que son organisation a dû leur fournir les ressources humaines nécessaires afin de rehausser la qualité de leurs activités :

« Au début des années 90, nous avons eu des inquiétudes au sujet de certaines [sociétés de classification] et de la pauvreté de leurs inspections. Nous avons travaillé avec elles pour qu'elles établissent des contrôles de qualité. Nous leur avons fourni des experts qui ont travaillé avec elles. Beaucoup de changements sont intervenus. Celles qui ont entrepris ces efforts d'amélioration ont pu rejoindre l'IACS (Association internationale des sociétés de classification). »⁶³⁵

Même si l'OMI fournit quelques ressources aux sociétés de classification, il reste que plusieurs États du pavillon ont une responsabilité de mieux encadrer les sociétés de classification quant à la délégation de leurs activités de certification des navires immatriculés sur leur territoire.

Déficit d'encadrement par les États pavillons des opérations statutaires de certification déléguées aux sociétés de classification — Normalement, la certification par l'État du pavillon devrait permettre la vérification de la sécurité des bâtiments par des autorités publiques impartiales, du moins pour les pays les plus développés. Cette inspection étant déléguée totalement ou partiellement aux sociétés de classification, le processus peut rapidement se pervertir. D'une part, dans bien des cas, les sociétés

633. Voir nos explications sur les lacunes de autorégulation par le secteur privé : *infra*, p. 198.

634. Bertrand Apperry de l'*Association française des capitaines de navires* (AFCAN), a souligné l'existence d'une variation de la qualité des inspections menées par les sociétés de classification : « [I]l peut être plus intéressant – plus soft – de passer une inspection près de l'équateur que dans nos latitudes, les inspecteurs n'étant pas les mêmes. » : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 144. M. Marc Bonello, président de la *Malta Maritime Authority*, a reconnu devant la même commission que la qualité des inspections pouvait varier au sein d'une même société de classification : « Il semble exister des différences entre les sociétés de classification dans la mesure où certaines seraient plus rigoureuses que d'autres, ces différences ne variant pas seulement d'une société de classification à une autre, mais aussi, pour une même société, du port dans lequel est effectué la classification à un autre. » : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 145.

635. Propos de William O'Neil recueillis par L. BAUMARD, « William O'Neil : l'OMI ne peut pas et ne doit pas tout faire », *Le Marin* 11 fév. 2000.4.

cumulent les opérations de classification et de certification pour un même navire⁶³⁶. Dans la perspective où la classification et la certification sont réalisées par deux sociétés, il y a un véritable risque d'imbroglio où l'on ne saurait plus qui est responsable de quoi. Par contre, dans le cas d'un cumul des fonctions d'inspections qui seraient trop fortement imbriquées, il existe le danger de voir les mécanismes normaux de contre-expertise s'enrayer⁶³⁷. Ainsi, « la qualité des sociétés de classification est variable et leur double activité est génératrice d'une ambiguïté fondamentale, de conflits d'intérêts, donc de risques. »⁶³⁸

D'autre part, les conflits d'intérêts sont aussi très présents au regard de la certification pour le compte de l'État du pavillon puisque « c'est l'armateur qui paie directement la société, et non indirectement par le biais de l'État, pour les services effectués sous délégation de l'État. »⁶³⁹. De plus, les sociétés de classification peuvent adopter une attitude complaisante pour éviter de mettre en péril la relation qui existe entre d'importants armateurs et les autorités gouvernementales desquelles elles dépendent⁶⁴⁰. Ces éléments font croire que les États du pavillon n'ont pas su, dans le cadre de leur processus de délégation, imposer aux armateurs un processus de certification :

« [...] Pourtant, que la délégation soit totale ou partielle, cette opération reste aussi très limitée dans sa portée sur le processus sécuritaire, cela pour plusieurs raisons parmi lesquelles l'inexistence d'une obligation de se référer à telle ou telle société pour avoir les certificats de sécurité nécessaires, laxisme qui laisse libre cours aux armateurs de les obtenir de n'importe quelle société s'il s'avère que la première les lui refuse, et cela d'autant plus que l'Etat, au lieu d'instaurer un système de taxation, fait supporter le coût de la certification à l'armateur. Cette rémunération par l'armateur pose le problème de savoir si les sociétés de classification sont juges ou parties, la confidentialité des informations et la non transparence, ne faisant que renforcer une telle hypothèse. »⁶⁴¹

Il est vrai que dans ce contexte, la transparence devient une valeur essentielle dans le processus de certification tout comme dans celui de la classification d'ailleurs.

Le manque de transparence des sociétés de classification — Les sociétés de classification se refusent, généralement, à rendre publics des documents internes comme

636. B. LATRECH, préc., note 18, n° 303, p. 138.

637. *Id.*, n° 401-402, p. 184-185. « Toute initiative visant à séparer la classe du statutaire en confiant à deux sociétés se traduirait immanquablement par une multiplicité des visites à bord entraînant une dilution de l'information et de la connaissance du navire ainsi que par une dégradation de la cohérence du système. » : P. BOISSON, préc., note 313, à la page 53.

638. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 136.

639. B. LATRECH, préc., note 18, n° 122, p. 58.

640. OCDE, préc., note 7, p. 18.

641. B. LATRECH, préc., note 18, n° 164, p. 80.

leurs rapports de visites et à donner un libre accès à leurs bases de données. Accusés de vouloir garder pour elles des informations importantes, elles invoquent leur obligation de confidentialité pour justifier les restrictions, soulignant du même souffle que les informations qui sont compilées à la suite d'inspections ou d'enquêtes n'appartiennent pas aux sociétés de classification, mais plutôt à leurs clients armateurs. Pour que ces informations puissent être diffusées par les sociétés de classification, il faut que le droit international les y contraigne et les protège de toute poursuite⁶⁴². Par ailleurs, ces sociétés sont soumises au « dilemme du médecin ». En effet, ce dernier doit conjuguer les intérêts individuels et collectifs⁶⁴³. Une logique similaire pourrait expliquer la présence de clauses de confidentialité des opérations de classification. Si l'armateur est prêt à s'informer de la condition sécuritaire de son navire, il ne veut surtout pas prendre le risque que des informations négatives à son égard soient diffusées et puissent compromettre l'ensemble de ses activités commerciales. L'absence de confidentialité entraînerait davantage de réticences de la part des armateurs à faire inspecter les navires, au point de leur faire courir des risques importants. La confidentialité reste le moyen d'assurer une participation proactive des armateurs au processus de contrôle sécuritaire.

Toutefois, le problème de transparence concerne aussi la confidentialité elles-mêmes des informations entre sociétés de classification alors que les armateurs peuvent facilement faire du *class hopping* pour leur navire⁶⁴⁴. Ainsi, il n'est pas surprenant d'entendre un témoignage comme celui de Lars Kjaer, représentant à Washington du *Conseil des associations des propriétaires de navires européens et japonais*, qui critique le manque de

642. *Id.*, n° 53, p. 27. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 3, n° 280, p. 146 ; « Vers l'isolement des navires sous-normes », *JMM* 30/03/2001.608.

643. Le patient qui consulte un médecin souhaite savoir s'il a un problème de santé et éventuellement connaître le diagnostic de la maladie ainsi que les traitements possibles. Mais, il ne souhaite pas pour autant que les proches, les gouvernements, les assureurs, son employeur ou ses clients ou encore ses associés sachent les éléments de sa consultation. En effet, le préjudice qui découlerait de ce type d'information pourrait être considérable pour lui. Ainsi, une dénonciation de sa condition médicale, même pour des fins d'ordre public, pourrait dissuader le patient à aller consulter son médecin, et ce, au péril de sa vie. Grâce aux règles de confidentialité, le milieu médicale s'assure que les patients puissent chercher de l'aide au moment où la maladie est encore contrôlable. Par contre, certaines affections graves et transmissibles exigeraient que le médecin puisse dénoncer les divers cas pour protéger la collectivité d'une épidémie. C'est d'ailleurs pourquoi les États ont la prérogative de relever les professionnels de la santé de leur obligation de confidentialité en les obligeant à déclarer aux autorités sanitaires les individus atteints de ce type de maladie.

644. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 155.

transparence des sociétés de classification laquelle ouvre la voie à la concurrence déloyale de certains armateurs :

« En fait, deux semaines avant l'Erika, nous avons eu une réunion avec l'IACS, au cours de laquelle nous nous sommes plaints, entre autres, de leur absence de transparence. Nous savons que se pose un problème de cette nature pour l'Erika. Nous avons critiqué, par exemple, les « sauts de classe », les transferts entre sociétés de classification. En la matière, les armateurs sous-normes font de la spéculation. Comme il n'y a jamais de remise d'informations d'une société de classification à une autre, ces armateurs sous-normes ont la vie belle! »⁶⁴⁵

Ainsi, compte tenu de la nature contractuelle de leurs activités, les sociétés de classification ne peuvent jouer le rôle d'agent sécuritaire défendant les intérêts collectifs. Non seulement il leur est impossible de dénoncer publiquement les lacunes des navires de leurs clients, mais il ne serait pas désirable qu'ils le fassent. Néanmoins, il serait souhaitable que les navires sous normes puissent faire l'objet d'un suivi dans les réseaux de communication entre les sociétés de classification pour éviter que les armateurs les moins recommandables puissent faire du *class hopping*. D'ailleurs, depuis janvier 1996, l'IACS a pris des mesures pour améliorer la transparence de ses membres en diffusant des informations sur la classe et la certification des navires aux organismes ayant un intérêt légitime dans le maintien de la sécurité des navires⁶⁴⁶.

Par ailleurs, lorsque ces sociétés acquièrent un statut public en raison du mandat accordé par un État du pavillon aux fins d'opération de certification, deux difficultés surviennent et s'opposent à la divulgation des résultats. D'une part, à titre de mandataires de l'État du pavillon, les sociétés de classification bénéficient de l'immunité de ce dernier, notamment pour garder les informations sécuritaires confidentielles. D'autre part, les opérations de certification et de classification étant réalisées en même temps et ne pouvant être distinguées, les clauses de confidentialité en matière de classification font en sorte que la société est dans une position intenable qui l'oblige au mutisme même pour une opération de certification. À la suite du naufrage de l'*Erika*, une commission d'enquête de la marine marchande de Malte a dénoncé le manque de transparence de certaines sociétés de classification à l'endroit même des autorités publiques mandantes en soulignant « que les sociétés de classification devraient revoir leurs règlements afin de faciliter la

645. *Id.*

646. P. BOISSON, préc., note 3, n° 280, p. 147.

communication de documents lorsque les autorités pavillonnaires en font la demande lors d'enquêtes effectuées après des accidents.»⁶⁴⁷ En définitive, jusqu'à récemment, les sociétés de classification n'avaient aucune contrainte réelle les obligeant à mener objectivement des contrôles sévères des règles de sécurité⁶⁴⁸.

Il faut préciser que les inspections de certification, à l'instar de celles de la classification, sont généralement réalisées pendant le temps très bref de l'escale. L'inspection se fait durant une trop courte période par rapport à la taille du navire et de ses cales. Il s'agit d'éviter que ce contrôle immobilise trop longtemps le navire. La contrainte de temps est telle que l'opération de contrôle, qu'elle soit de classification ou de certification, devient une simple formalité⁶⁴⁹. Or, l'attribution d'une classe et d'une certification par une société de classification, surtout les meilleures d'entre elles, offre au navire une crédibilité sécuritaire qui a un effet non négligeable sur son coût d'exploitation que ce soit à l'égard de l'assurance, du prix d'affrètement ou de vente ainsi que des charges portuaires. Au terme de ce constat, M. Latrech affirme que « les grandes sociétés de classification sont aujourd'hui, comme elles l'ont toujours été, des havres de paix pour les navires poubelles »⁶⁵⁰. Ce serait d'ailleurs pour cette raison que l'UE a souhaité réglementer leurs opérations par des directives⁶⁵¹.

Conclusion à l'égard de la course vers le fond et la complaisance maritime —

Dans un contexte de globalisation, le transport maritime est un secteur d'activité qui est soumis à la dynamique d'une course vers le fond. Cette course pour la recherche de profits immédiats a su évacuer les coûts de la sécurité du fret :

« L'armateur, libre de mettre en concurrence les pavillons entre eux et les sociétés de classification entre elles, est devenu le seul juge de la politique de la sécurité de sa compagnie. Il est donc amené à évaluer les coûts et avantages, pour apprécier la rentabilité. Le coût de la prévention des risques repose sur des bases matérielles quantifiables, au niveau

647. M. LE TALLEC, préc. note 610, 8.

648. Le « contre-contrôle » des sociétés de classification est à ce point absent que « [d]eux solutions sont à l'étude: imposer, sous autorité européenne ou de l'OMI, des contrôles paritaires. Ou créer un super-organisme de contrôle de ces sociétés d'expertise » : David DUFRESNE, Nicolas DE LA CASINIERE et Éric JOSZEF, « L'enquête sur la marée noire s'enlise, les bénévoles sont fatigués. «Erika»: deux mois après le naufrage, rien n'est réglé. Le capitaine indien du bateau s'est confié à "Libération" », *Libération* (Évènement), 7 fév. 2000, p. 2.

649. B. LATRECH, préc., note 18, n° 165, p. 80.

650. B. LATRECH, préc., note 18, n° 210, p. 99.

651. *Supra*. p. 94.

de chaque matériel, de chaque travailleur. Le bénéfice de la sécurité quant à lui, renvoie au coût de l'insécurité. »⁶⁵²

À cet égard, invoquant la nécessité d'une réglementation internationale obligatoire uniforme, William O'Neil, alors secrétaire général de l'OMI, souligne qu'on ne peut attendre des armateurs qu'ils s'assurent de la sécurité des navires :

« Le milieu maritime n'est pas un secteur où la tendance est à l'auto-régulation quand il s'agit des questions de sécurité. C'est malheureux, mais ça s'explique en partie par des raisons commerciales. Tous les armateurs sont concurrents et tous veulent être sûrs qu'ils travaillent sur les mêmes bases. [...] S'ils ont tous l'obligation de répondre aux mêmes règles, alors le niveau de sécurité va augmenter et le seul moyen, c'est de rendre ces règles obligatoires. »⁶⁵³

Cette réalité économique renvoie parfois à des conditions de travail qui étaient en vigueur il y a des siècles passés. Cette situation ne saurait exister sans la complaisance de certaines organisations chargées du contrôle sécuritaire des navires, tant au sein des États du pavillon, des États portuaires ou encore des sociétés de classification. L'accumulation des lacunes sur certains navires fait bien voir l'aveuglement volontaire qui peut régner dans le milieu du transport maritime et combien certains armateurs se jouent des prescriptions sécuritaires. L'absence de connexion entre les règles normatives et les mécanismes de renforcement pour les mettre en oeuvre est récurrente. Cela nous permet d'affirmer que la normativité des règles sécuritaires est menacée au stade de la *volonté*, tout juste avant le stade de sa mise en oeuvre, c'est-à-dire à l'étape que nous avons désignée comme *post-a priori*. Mais il faut remettre cela dans son contexte, c'est tout le système positiviste-normativiste qui est visé par ce constat.

Conclusion de la partie I

Le contexte moderne d'échange globalisé, n'incite pas les armateurs à respecter les normes minimales de sécurité à bord des navires : « Libéré de ses entraves, le marché parfait des économistes est en gestation sur les mers, et sa main invisible envoie les bateaux par le fond. »⁶⁵⁴ Les règles internationales substantives tirent leur légitimité de leur légalité

652. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 191 et 104.

653. L. BAUMARD, préc., note 635, 4.

654. Ce commentaire est une référence aux œuvres d'Adam Smith intitulées *Théorie des sentiments moraux*, 1759 et *Recherches, sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776 : Adam SMITH, *Théorie des sentiment moraux*, traduit et annoté par Michaël BIZIOU, Claude GAUTHIER et

établie en fonction des procédures de formation reconnues par le droit international. En plus de faire consensus au sein de la communauté internationale, mais elles sont valides et légales conformément au schème de l'étape *ante-a priori* de notre *Cadre opératoire chronologique sur la normativité*. Toutefois, leur existence n'est pas garante d'une sécurité accrue dans le secteur d'activité. Plusieurs rouages des mécanismes traditionnels de renforcement du droit international sont entravés par des tensions concurrentielles exacerbées par la globalisation des marchés. Ainsi, le droit international traditionnel est, au stade *post-a priori* de la norme, victime de la défection, du moins d'un manque de *volonté* – lorsqu'il ne s'agit pas totalement d'une défection – des autorités publiques ou privées chargées du contrôle. Ce constat accablant rend pertinent le propos de Christian Scapel qui note la multiplication des règles et s'avise de la désuétude des mécanismes qui devaient en assurer le respect :

« Le droit maritime et, par extension, à l'époque moderne, le droit des transports, constituent, il est vrai, l'un des domaines d'élection de la réglementation substantielle uniforme, à l'échelle internationale. Cette trame nourrie et ancienne, connaît pourtant de notables discontinuités résultant soit de lacunes, soit, depuis quelques années, de conflits de conventions. Mais cette insécurité résulte également et peut-être encore plus encore, de la difficulté à appliquer effectivement ces règles à tous les acteurs du monde maritime particulièrement habiles à se réfugier derrière la barrière de la souveraineté des États, parfois complaisants pour échapper à toute exécution forcée, voire plus largement, à toute sanction et à toute mesure de prévention. »⁶⁵⁵

En d'autres termes, la pertinence des prescriptions sécuritaires est d'autant plus discutable qu'elles ont peu d'effet. En réponse à ce constat et parlant de l'Erika, le président de la *Chambre syndicale des constructeurs de navires*, M. Alain Grill a formulé une piste de solution :

« Je pense que, dans l'urgence dans laquelle nous nous trouvons, pour éviter que pareille catastrophe ne se reproduise, on ne peut pas faire tout en même temps! On ne peut pas à la fois renforcer les normes et renforcer les contrôles! Il faut commencer par ce qui est le plus urgent. Les normes étant certes perfectibles mais bien connues, le plus urgent est de renforcer les contrôles. »⁶⁵⁶

Or, l'absence de *volonté*, et du coup de confiance réciproque, d'exercice le contrôle du respect des règles s'est vite révélée être le principal enjeu :

« L'essentiel des problèmes constatés en matière de sécurité du transport maritime de produits polluants ou dangereux tient non pas à l'insuffisance des règles, mais à leur insuffisante application. L'efficacité des normes existantes dépend de deux facteurs : le degré de

Jean-François PRADEAU, Paris, P.U.F., 1999 ; Adam SMITH, *Recherches, sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, en ligne : <http://classiques.uqac.ca/classiques/Smith_adam/smith_adam.html> (consulté le 7 sept. 2010).

655. C. SCAPEL, préc., note 11, à la page 122. Voir aussi R. SALVARANI, préc., note 496, 226 ; A. DE MARFFY-MANTUANO, préc., note 204, à la page 192.

656. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 102.

coopération des opérateurs du secteur à la réalisation de cet objectif; la volonté politique de mettre des moyens financiers en rapport avec les besoins de suivi et de contrôle. [...]

L'application des nombreuses normes de sécurité édictées dans le domaine du transport maritime donne lieu à de multiples contrôles par différents intervenants : Etats du pavillon, Etats du port, voire Etats côtiers, sociétés de classification, assureurs, affréteurs; chacun semble rivaliser de précautions.

Même si ces contrôles répondent à des préoccupations qui ne se recourent pas forcément et peuvent donc concerner des aspects différents, il en ressort une impression d'empilement qui peut aussi être interprétée comme un constat de carence : manque de confiance en certains « contrôleurs », manque de circulation de l'information.

Et, malgré des redondances, dont se plaignent parfois les intéressés, des failles subsistent comme le montre l'analyse de certains événements de mer plus ou moins récents.»⁶⁵⁷

Compte tenu des différents constats qui précèdent, le système traditionnel normativiste-positiviste du droit est loin d'être parfait, surtout à l'égard de ses mécanismes de renforcement. À l'image des brèches dans une digue, le système juridique de sécurité dans le transport maritime souffre des effets de la concurrence qui incite plusieurs intervenants à adopter des voies de contournement par l'entremise de la complaisance. Lors du naufrage du chimiquier *Ievoli Sun*, le président de la République française Jacques Chirac s'est interrogé sur une question essentielle à la sécurité maritime : « Nous sommes dans un monde curieux parce que le ciel est parfaitement réglementé alors que la mer ne l'est pas, ce qui est inexplicable. Il faut donc avoir un droit de la mer qui s'impose »⁶⁵⁸. Or, le remède aux lacunes de mise en oeuvre du droit, peut se trouver dans des mécanismes alternatifs de renforcement du droit qui s'appuient sur la globalisation :

Bien que les Etats-nations continuent – et semblent devoir continuer – de jouer un rôle prédominant, la portée de leur action s'est trouvée radicalement restreinte par le fonctionnement des marchés mondiaux, où les grandes sociétés et intérêts financiers privés

657. *Id.*, p. 103-104. D'ailleurs, l'implication des autres acteurs maritimes en regard de la sécurité maritime et leur chevauchement de contrôle est source d'un questionnement : les institutions financières, les assureurs, les affréteurs, les chargeurs ainsi que les courtiers maritimes n'ont-ils pas une responsabilité partagée d'avoir participé indirectement à la faillite de la chaîne de contrôle sécuritaire par un aveuglement volontaire? En effet, ceux-ci - du moins les plus vulnérables d'entre eux - seraient susceptibles d'être tétanisés par le contexte concurrentiel féroce de la globalisation qui incite à user de complaisance pour s'assurer les revenus d'une clientèle toujours plus exigeante : M. A. HUYBRECHTS, préc., note 7, 28 ; Y. JULIA, préc., note 6, 246 ; OCDE, préc., note 474, p. 9-15 ; OCDE, préc., note 7, p. 5 et 8.

658. Propos de Jacques Chirac tenus à Cherbourg à la suite du naufrage du chimiquier *Ievoli Sun* : « Jacques Chirac à Cherbourg », *Le Marin* 3 nov 2000.3.8. Ce commentaire du président français n'est pas dénué de sens, mais cela est sans compter un constat sur les enjeux contemporains de la sécurité maritime qui rejoint l'opinion de Slim Habib soulignant que « [c]omparativement au monde aérien, « le monde maritime beaucoup plus divisé, beaucoup plus hétérogène » n'a pas su trouver l'équilibre entre les contraintes de la sécurité et celles de l'économie » : S. HABIB, préc., note 208, à la page 82, citant Françoise ODIER, « Une nouvelle étape dans le développement de la sécurité maritime. Les leçons de l'Erika », *A.D.Mer* 1999.IV.180.181.

disposent d'un grand pouvoir. Si l'on veut réglementer ces «marchés captifs» à des fins sociales – voire, plus modestement pour renforcer la stabilité économique et remédier aux inefficacités qu'entraîne une spéculation effrénée – il faut que soient créées de nouvelles institutions internationales et que les anciennes soient réformées.»⁶⁵⁹

C'est dans ce contexte que les MoU sur le contrôle par l'État du port se présentent comme un nouvel outil d'exercice régional des prérogatives sécuritaires des pays dans une dynamique concurrentielle internationale. Ces ententes administratives méritent que nous y portions une attention particulière puisque, peut-être, s'agit-il d'une petite révolution quant aux fondements du droit international.

659. Cynthia HEWITT DE ALCANTARA, « Du bon usage du concept de gouvernance », (1998) 50-155 *Revue internationale de science sociale* 109, 115.

Partie II

Les mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État du port comme stimuli de la mise en œuvre des normes de sécurité : une application du transgouvernementalisme

La globalisation des marchés a *de facto* poussé vers la dérèglementation du transport maritime international. Dans les années 1980 et 1990, la complaisance maritime règne sans partage sur les mers selon la loi unique des forces du marché et de la gestion d'entreprises qui ont détrôné la bureaucratie publique⁶⁶⁰. Mais c'était ignorer un nouvel intérêt chez les fonctionnaires à vouloir s'entraider par l'entremise de leurs réseaux pour répondre au « tout économique ». En réaction à l'incapacité du droit positif international à pouvoir être convenablement mis en œuvre, à cause du détournement des contrôles sécuritaires des navires par les jeux de complaisance, un ordre normatif alternatif émanant des autorités gouvernementales s'est progressivement développé à travers le transgouvernementalisme, une théorie relevant d'abord des sciences politiques. Paradoxalement, ses instigateurs se fondent sur une stratégie de régulation elle-même orientée selon une gouvernance globale qui utilise le langage économique plutôt que de fonder l'intervention des autorités par une coercition juridique traditionnelle basé sur la

660. Dénonçant cette situation et s'appuyant sur le naufrage de l'*Erika* qui constitue l'un des pires cas de figure, Jean-Yves Le drian y va d'un cri du cœur : « Face à une mondialisation libérale qui cherche à réduire le rôle et les moyens de la puissance publique, il est temps de refuser les logiques de rentabilité, de transformation de notre planète en un vaste marché, au détriment des hommes et de notre environnement. » : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 10. Voir aussi Aff. *Erika*, préc., note 170 p. 86.

souveraineté des États⁶⁶¹. La globalisation à l'origine de ce processus, cette dernière ne serait plus exclusive au phénomène de libéralisation des marchés, mais elle s'étendrait aussi à leur régulation.

Les MoU sur le contrôle par l'État portuaire sont des réseaux d'autorités maritimes qui illustre très bien ce nouvel ordre alternatif. Ces derniers mettent de l'avant des ententes administratives de coordination régionale des activités d'inspection. Ils prétendent d'ailleurs que la formule des mémorandums constitue le moyen de renforcement juridique le plus approprié au nouveau contexte de la complaisance sécuritaire. Quelles sont les justifications de cette prétention? Pour répondre à cette question, il est indispensable de comprendre les mécanismes de formation et de fonctionnement que les réseaux transgouvernementaux, comme les MoU sur le contrôle par l'État portuaire, mettent en œuvre.

Cette analyse des mécanismes de régulation doit être réalisée en fonction des diverses dimensions prévues par la théorie du transgouvernementalisme. Il importe donc que le cadre théorique sur laquelle s'appuie cette dernière puisse être décrit. Après cette toile de fond abstraite, nous tâcherons de déconstruire en éléments concrets les mécanismes qui feraient des MoU un véritable système normatif. Nous privilégions une approche chronologique qui a la vertu d'apporter à notre connaissance, et selon un enchaînement logique, les éléments constitutifs de ce phénomène. Ainsi, dans un premier temps, nous aborderons la vision *ad hoc* du transgouvernementalisme qui présente les conditions préalables à sa mise en place. Dans un deuxième temps nous traiterons de la dynamique de la création et de la mise en œuvre des réseaux. Enfin, dans un dernier temps, nous exposerons, selon une optique *post hoc*, les conséquences de la mise en œuvre du droit par des réseaux transgouvernementaux.

661. R. A. W. RHODES, « Governance and Public Administration », in J. PIERRE (ed.) préc., note 401 p. 54, aux pages 64-66 ; D. MOCKLE, préc., note 436, à la page 6.

Chapitre préliminaire

Les cadres théoriques généraux dans lesquels s'inscrivent les mémorandums sur le contrôle par l'État portuaire

L'État portuaire s'est vu attribuer par le droit de la mer des prérogatives de contrôle des navires en escale afin de sanctionner ceux qui ne respectent pas les normes sécuritaires internationales. Les MoU sont des ententes administratives régionales conclues entre des autorités maritimes d'États portuaires qui ont l'objectif d'établir solennellement des règles de coopération et de coordination qui existent entre elles. La nature de ces ententes fait en sorte qu'ils forment un nouveau système qui s'appuie sur un cadre de raisonnement juridique particulier qui prétend être différent du positivisme. Nous avons postulé dans notre introduction générale que ce phénomène relevait de la théorie des réseaux transgouvernementaux, ou « transgouvernementalisme », élaboré notamment par Anne-Marie Slaughter. Il s'agit d'une logique qui implique l'usage de réseaux relationnels qu'entretiennent les représentants d'autorités administratives étatiques avec leur vis-à-vis étrangers.

Dans une étape préliminaire, le transgouvernementalisme doit être situé dans le cadre des théories plus générales dont il découle. Il faut savoir que celui-ci serait une ramification des théories de la régulation et de la gouvernance, un peu à l'image du schéma n° 2 intitulé *Liens hiérarchiques des théories juridiques sur lesquelles s'appuient les MoU*



Schéma n° 2 : *Liens hiérarchiques des théories juridiques sur lesquelles s'appuient les MoU*

Or, les MoU s'inscrivent d'abord dans un système de régulation qui contrôle les effets pervers des forces du marché et à instaurer un minimum d'équilibre entre les intérêts privés et collectifs. Par la suite, nous analyserons comment la gouvernance encadre l'existence du réseau de contrôle que sont les MoU afin de leur donner un cadre multidimensionnel. Enfin, nous verrons comment ces ententes s'inscrivent précisément au sein du transgouvernementalisme

Section 1 La régulation comme moyen de recherche d'un équilibre

Dans le cadre des prérogatives d'inspection des navires par l'État portuaire, le concept de contrôle fait présumer d'une habileté à déterminer des résultats en regard d'objectifs définis et stables, le tout accompagné de techniques éprouvées pour les atteindre⁶⁶². Ainsi, les États portuaires souhaitent éliminer les navires sous normes en instaurant l'équilibre des intérêts. L'attribution de leurs prérogatives de contrôle sécuritaire vise à corriger certaines inégalités dans les forces du marché. C'est là tout le sens de la régulation d'un secteur commercial afin de rendre celui-ci plus concurrentiel : « regulation has a single normative justification : improving the efficiency of the economy by correcting specific forms of market failure such as monopoly, imperfect information, and negatives externalities. »⁶⁶³ Conséquemment, l'analyse de la régulation est incontournable pour comprendre la portée normative des MoU. Il nous faut donc établir les sources de la régulation, notamment, ces mécanismes d'intervention ainsi que ses nomenclatures pour apprécier la toile de fond dans laquelle s'inscrivent les MoU.

Les origines de la régulation — La régulation est une notion qui remonte au 18^e siècle. À cette époque, l'étude des caractéristiques biologiques des écosystèmes a permis de constater l'existence d'un état d'équilibre par des ajustements à l'égard des perturbations

662. Les METCALFE, « Public Management : from Imitation to Innovation », in Jan KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 173, à la page 178.

663. Giandomenico MAJONE, « The Rise of the Regulatory State in Europe », (1994) 17-3 *West European Politics* 77, 79 et 81

extérieures⁶⁶⁴. C'était le premier modèle de régulation observé. Indirectement, les politiques de Colbert au 17^e siècle et les grands courants économiques de la fin du 19^e et du début du 20^e siècle comme le marxisme, le fordisme ou encore le keynésianisme prétendent pouvoir assurer un meilleur équilibre du marché. Après la Seconde Guerre mondiale, des recherches sur l'ajustement automatique des tirs de canons antiaériens ont permis le développement de la cybernétique caractérisée par des systèmes automatiques de réception et de traitement de données⁶⁶⁵. Cette science offrait un autre laboratoire d'élaboration d'un système de régulation. Dans les années 1970, la régulation est devenue, par la voie de la sociologie, un courant de pensée autonome dans les sciences sociales. La régulation renvoie alors à la logique empirique qui établit les étapes d'un cycle d'intervention politique : détermination du but, préparation par la collecte de données, traitement par la prise d'une décision, exécution de celle-ci. Ce processus exprime une direction de l'action humaine pour que les objectifs déterminés soient efficacement atteints, et ce, notamment par un contrôle des résultats. Au-delà de cette description, la régulation reste une notion floue et générale ayant la caractéristique d'être passe-partout⁶⁶⁶.

664. Jacques CHEVALIER, « De quelques usages du concept de régulation », dans M. MAILLE (dir.), préc., note 41, p. 71, aux pages 73-74. D'ailleurs, le concept de direction a été introduit par l'allemand : le terme « *Steuerung* » (direction) est devenu un terme populaire dans les années 1970 et 1980. Ce terme a été utilisé d'abord pour décrire la capacité de l'État à modeler son environnement. Ce concept s'est traduit par « *control* » dans le cadre des termes anglo-saxon : Renate MAYNTZ, « *Governing Failures and the Problem of Governability : Some Comments on a Theoretical Paradigm* », in J. KOOIMAN (ed.), préc., note 662, p. 10, à la page 10.

665. J. CHEVALIER, préc., note 664, aux pages 73-74 ; Andrew DUNSIRE, « *Modes of Governance* », in J. KOOIMAN (ed.), préc., note 662, p. 21, à la page 24 ; Walter KICKERT, « *Complexity, Governance and Dynamics : Conceptual Explorations of Public Network Management* », in J. KOOIMAN (ed.), préc., note 662, p. 191, à la page 194. À cet égard, Roseneau mentionne que les mécanismes de contrôle ou de direction, au sens du terme anglophone de *steering*, est propre à la nature de la régulation et de la gouvernance. Il souligne au passage que l'étymologie de ce concept renvoie aux racines de la gouvernance et pour lequel sa désignation dérive du grec « *Kybenan* » et « *Kybernetes* » signifiant direction ou pilote barreur et expliquant du coup la relation conceptuelle avec la notion de cybernétique. Le contrôle permet une modification des comportements ou des orientations. Or, les interactions entre deux contrôleurs engendrent un système de contrôle qui se réalise à travers un réseau formel et/ou informel : James N. ROSENAU, « *Governance in the Twenty-first Century* », (1995) 1-1 *Global Governance* 13, 14.

666. Jean-Louis AUTIN, « *Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public* », dans M. MAILLE (dir.), préc., note 41, p. 43, à la page 43 ; J. CHEVALIER, préc., note 664, aux pages 71, 75 et 85 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « *La régulation, objet d'une branche du droit* », *Les petites affiches* 03/06/2002.3.3 ; A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 95.

La recherche d'un état d'équilibre — Ainsi, la régulation décrit une manière de réduire le hasard ou le chaos au profit de l'ordre⁶⁶⁷ et correspond à un système ayant un sens quasi juridique et organisationnel qui met de l'avant une technique de structure sociale⁶⁶⁸. De plus, elle est à ce point large qu'elle peut s'exprimer en fonction de divers types et de degrés de complexité⁶⁶⁹ et s'exerce à divers niveaux pour obliger un changement de comportement des personnes impliquées afin que ceux-ci se conforment aux normes attendues :

« The conception of regulation adopted here is that of a process involving the sustained and focused attempt to alter the behavior of others according to identified purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behavior-modification. [...] Regulation is thus understood here to be intentional, goal-directed, problem-solving attempts at ordering undertaken by both state and non-state actors. No particular institutional or organizational arrangement is assumed in the definition, neither are particular techniques, nor is success; there may also be unintended and unforeseen consequences. Regulators may operate at a transnational, supranational, national or sub-national level, and be governments, associations or firms »⁶⁷⁰.

En raison de sa généralité, la régulation devient l'expression d'une théorie sociale⁶⁷¹ qui offre une excellente base commune aux interventions possibles visant la pérennité d'un équilibre à travers divers domaines⁶⁷². À cet égard, elle constitue, en science politique, une justification et une méthode d'utilisation de la force, de la persuasion et de la prise en

667. Michel MIAILLE, « La regulation : enjeux d'un choix », dans M. MIAILLE (dir.), préc., note 41, p. 11, à la page 16.

668. M.-A. FRISON-ROCHE, préc., note 666, 3.

669. Jacques Chevalier soutient que la régulation peut revêtir une forme passive, active, intervenir par interaction ou encore par rétroaction. Elle se manifeste par des degrés de complexité selon l'autoconservation, l'autoconservation dynamique, l'autoorganisation, l'autorégulation, l'autoadaptation, l'autotransformation : J. CHEVALIER, préc., note 664, aux pages 76 et 77.

670. Julia BLACK, « Regulatory Conversation » (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 163, 170.

671. M. MIAILLE, préc., note 667, à la page 22.

672. Antoine Jeammaud souligne comment la régulation est revendiquée par plusieurs disciplines. Les économistes y voient l'ensemble des institutions, des réseaux ou des normes qui assurent la compatibilité des comportements dans le cadre d'un régime d'accumulation selon l'état des rapports sociaux conflictuels. Il est un concept économique expliquant l'équilibre résultant des mécanismes de marché. Ceux en faveur d'une intervention des pouvoirs publics, à savoir les « administrativistes », y trouvent l'intervention de l'État visant la régulation sociale, et ce, par des opérations institutionnelles singulières et alternatives à la gestion publique ainsi qu'à la réglementation. Les sociologues y voient une régularité au sein des liens sociaux grâce à la constitution de règles et d'ajustement constants ou encore par les jeux d'interactions entre des individus plutôt que par des actes unilatéraux édictant le droit : A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 97. Voir aussi Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Introduction », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 1998, p. 279, à la page 279 ; J. CHEVALIER, préc., note 664, à la page 80.

charge d'intérêts collectifs⁶⁷³. D'un point de vue juridique, la régulation est plutôt présentée comme la mise en cohésion des conduites par des dispositifs réglementaires visant l'organisation ou la restriction des activités, sans pour autant les interdire complètement⁶⁷⁴. Ainsi en amont, il y a une production de normes issues d'interactions complexes et en aval l'existence de règles de droit qui s'appliquent à une question déterminée⁶⁷⁵. De plus, la notion de régulation est plus riche que celle de réglementation en renvoyant non seulement à la notion de l'intervention d'autorités publiques, mais aussi à celle de la recherche d'équilibre⁶⁷⁶. Plus précisément, les autorités publiques sont là pour assurer le bon fonctionnement des jeux du marché : « La régulation est une sorte d'accompagnement de l'économie, entre l'abandon et la mise sous tutelle. Elle a la modernité de l'entre-deux »⁶⁷⁷.

Ainsi, la régulation est un processus d'intervention, souvent étatique, pour contrer les perturbations extérieures en vue de maintenir un état d'équilibre du marché⁶⁷⁸. Or, ce dernier est parfois animé de transformations spontanées qui imposent un nouvel équilibre et par lesquelles de nouvelles forces se développent au détriment d'anciennes qui disparaissent. Par ailleurs, comme dans le cas de la complaisance maritime, l'information sur ces transformations, principalement au niveau sécuritaire, n'est pas nécessairement relayée efficacement ou reçue par les principaux intéressés⁶⁷⁹. Dans plusieurs domaines d'activités, les clients ne sont pas en mesure d'évaluer adéquatement et rapidement les combinaisons coûts-qualité et coûts-sécurité⁶⁸⁰. S'il prétend occuper une fonction régulatrice, l'État devrait corriger les lacunes du marché par la création de règles juridiques ou quasi juridiques adéquates et efficaces qui forcent l'intégration des externalités

673. J. CHEVALIER, préc., note 664, à la page 80.

674. *Id.*; A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 96.

675. A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 96.

676. Marcel SOUSSE, « La responsabilité administrative entre régulation et réglementation », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), préc., note 672, p. 359, à la page 359. D'ailleurs, en droit, le terme de « régulation » est restée pratiquement exclue du système officiel des sources juridique, les détenteurs de pouvoirs lui ayant toujours préféré le terme un peu moins énigmatique de « régularisation » pour qualifier une action régulatrice. Ainsi, la régulation demeure encore dans l'anti-chambre du droit positif faute d'être précisée : J.-L. AUTIN, préc., note 666, aux pages 46 et 47.

677. M.-A. FRISON-ROCHE, préc., note 672, à la p. 280. Andrew GAMBLE, « Economic Governance », in J. PIERRE (ed.) préc., note 401, p. 110, à la page 116.

678. Jacques CHEVALIER, « La régulation juridique en question », (2001) 49 *Droit et société* 827, 828-829 et 831 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 61.

679. Cette situation existe particulièrement lorsqu'il y a mutualisation du risque : *Supra*, p. 149.

680. G. MAJONE, préc., note 399, à la page 194. Cela renvoie à l'idée d'un manque de transparence dans le marché : *supra*, p. 137.

négatives associées aux activités commerciales – notamment dans les domaines social et environnemental – directement dans les transactions privées, et ce, sans pour autant que ces mesures n’engendrent trop de désordre, de contrainte et de friction économiques. Ainsi, la régulation permet de réduire le fossé entre les coûts privés et sociaux de certaines activités économiques⁶⁸¹.

La régulation par l’information — Cette régulation exercée par l’État peut prendre deux aspects. En premier lieu, elle peut se caractériser par l’élaboration d’objectifs publics généraux notamment par des activités directes de redistribution ou d’intégration mise en œuvre par des règles détaillées. Ces mesures coercitives et dissuasives se présentent sous forme de commandements impératifs qui doivent être exécutés sous la menace de sanctions pénales, c’est une régulation qui s’inscrit dans une approche « *command and control* ». En deuxième lieu, la régulation peut aussi être indirecte et persuasive en offrant une information crédible et la plus complète possible pour permettre à tous d’apprécier le véritable niveau de risque, c’est ce que Majone qualifie de « *regulation by information* ». Cette régulation par l’information a pour objectif « to change behaviour indirectly, either by changing the structure of incentives of the different policy actors, or by supplying the same actors with suitable information. »⁶⁸² La régulation par l’information permet une forme d’inter-régulation entre le droit public et le droit privé, rendant l’information utile à tous les intervenants, notamment ceux privés, afin que ceux-ci puissent pleinement exercer leurs choix économiques. Ainsi, les forces du marché peuvent pleinement se réaliser sans distorsion. Or, c’est en raison de sa crédibilité ainsi que par sa capacité de récolter, traiter, centraliser, reconstruire et diffuser des données que l’autorité régulatrice devient elle-même source d’information. Cela lui offre un véritable rôle de pivot dans un système de régulation par l’information⁶⁸³. En l’espèce, les MoU mettent en œuvre des mesures de régulation par l’information en instituant un mécanisme de renforcement du droit qui est

681. W. KICKERT, préc., note 665, à la page 196 ; J. CHEVALIER, préc., note 678, 831 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 62 ; Robert HOWSE, « Retrenchment, Reform or Revolution ? The Shift to Incentives and the Future of Regulatory State », (1993) 31 *Alta L. R.* 455, 459 et 463 ; G. MAJONE, préc., note 399, aux pages 179 et 194.

682. G. MAJONE, préc., note 476, 265-266 ; A. C. Jr. AMAN, préc., note 406, 379 ; Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, University Press, 2004, p. 24 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 101 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 746.

683. M.-A. FRISON-ROCHE, préc., note 540, 86-87. Voir aussi Bettina LANGE, « The Emotional Dimension in Legal Regulation », (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 197, 214.

alternatif au droit pénal. Comme nous le verrons plus loin, la compilation et la diffusion d'informations liées à la condition des navires réalisés par les MoU ont pour objectif de coordonner le contrôle et de forcer l'intégration des coûts associés à l'insécurité maritime dans les frais d'exploitation des navires.

Les lacunes de l'autorégulation exercée par le secteur privé — La régulation n'est pas nécessairement générée ou opérée par les autorités publiques. Elle peut provenir du milieu privé lui-même, dans la mesure où les membres d'un secteur d'activité décident de mener une politique d'autorégulation en se dotant de règles afin d'encourager une stabilité des marchés et même d'évincer des concurrents délinquants qui, par leurs agissements, menacent la légitimité du secteur d'activité⁶⁸⁴. De leur propre initiative, les acteurs du secteur d'activité peuvent donc produire leurs propres règles normatives⁶⁸⁵. Ainsi, l'IACS a mis en place, depuis 1993, une série de mesures permettant le renforcement de l'application des prescriptions sécuritaire, notamment, par la mise en œuvre en 1995 du *Transfert of Class Agreement* (TOCA), lequel constitue un accord d'harmonisation des normes d'inspection qui intensifie et oblige l'échange d'informations sur les navires effectuant du *class hopping* entre les sociétés membres de l'IACS⁶⁸⁶. Toutefois, le système d'autorégulation de cette dernière, avec ses notions d'auto-évaluation et d'auto-contrôle, a souvent été critiqué en raison d'une trop grande variation de la qualité des inspections entre ses membres⁶⁸⁷.

En fait, l'État reste le plus souvent celui qui bénéficie d'une véritable légitimité d'intervention laquelle assure une véritable régulation qui prend le mieux en compte la protection des intérêts collectifs⁶⁸⁸. Seul l'État possède, du moins en principe, la neutralité, l'indépendance et l'objectivité nécessaires⁶⁸⁹. À cet égard, Auby souligne que « [l]a théorie de la régulation est en effet, fondamentalement, une théorie de l'intervention publique. Son objet essentiel est d'analyser les raisons qui font que tel ou tel problème social n'est pas

684. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 62.

685. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 767-769.

686. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 481 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 814, p. 530 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 235-236, p. 109-110 ; OCDE, préc., note 7, p. 18,; voir aussi le site de l'IACS, en ligne : <<http://www.iacs.org.uk>> (consulté le 30 déc. 2007).

687. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 140-141 et 144-145.

688. J. CHEVALIER, préc., note 664, aux pages 88 -89

689. *Id.*, aux pages 91-92.

résolu correctement par le jeu du marché, et les corrections que l'État peut apporter dans une telle situation »⁶⁹⁰. Cela explique déjà mieux pourquoi les autorités maritimes des États portuaires réservent l'exercice du contrôle à leurs inspecteurs plutôt que de la confier à des entités privées. Cela confirme d'ailleurs le bilan mitigé du système de délégation pour le contrôle de certification pratiqué par les États du pavillon⁶⁹¹.

Les nomenclatures verticale et horizontale de la régulation — La régulation s'exerce selon un axe vertical et/ou horizontal. Lorsque l'exercice de la régulation est vertical, l'intervention est sectorielle et les autorités chargées du contrôle d'un secteur d'activité précisent alors les normes du cadre réglementaire. Des autorités administratives autonomes et spécialisées sont créées par décret ou par voie législative pour appliquer les normes nationales, y compris les normes internationales qui y sont éventuellement intégrées par voie de ratification. Ces autorités sont normalement dotées d'une capacité d'adaptation aux changements qui surviennent rapidement et elles mènent des interventions précises au plan technique, et ce, dans des domaines d'activité pointus et complexes.. D'ailleurs, leur pouvoir quasi judiciaire est aussi déterminé par la législation nationale⁶⁹². En l'espèce, le ministère des Transports canadien (MT) donne le mandat au *Bureau de la sécurité des transports du Canada* (BST) d'élaborer et d'appliquer des politiques relatives au maintien de la sécurité maritime à bord des navires. Les activités de contrôle sont confiés aux inspecteurs de la *Direction de la Sécurité maritime* (DSM), plus précisément à sa *Division des normes d'inspection et d'opérations* (DNIO). De la même manière, le ministère français de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables (MEDAD) délègue à la *Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer* (DGITM), plus particulièrement à sa *Direction des affaires maritimes* (DAM), l'élaboration des politiques sécuritaires. La réalisation du contrôle des navires par l'État portuaire est menée par les inspecteurs des *Centres de sécurité des navires* (CSN) qui sont des entités administratives déconcentrées de la DAM et qui sont installées dans les divers ports de la

690. J.-B. AUBY, préc., note 882, 925.

691. *Infra*, p. 315.

692. George A. BERMANN, « La gestion du rapprochement réglementaire : approches institutionnelles et fonctionnelles », dans OCDE, préc., note 399, p. 83, à la page 92 ; Giandomenico MAJONE, « From the Positive to the Regulatory State : Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », (1997) 17 *Journal of Public Policy* 139, 160.

France⁶⁹³. La DSM et le DAM sont les autorités maritimes chargées de mettre en œuvre et de réaliser les objectifs des MoU. Toujours verticalement, ces agences exercent une forme d'« inter-légalité » ou du moins d'« inter-normativité » ou d'« inter-régulation » puisqu'elles exercent des contrôles selon une hiérarchie de normes, passant du niveau international vers le niveau local en passant par les niveaux régional et national⁶⁹⁴.

Par ailleurs, lorsque la régulation est exercée de façon horizontale, il s'agit plutôt de l'intervention d'une autorité générale non spécialisée qui juge du comportement des acteurs dans l'ensemble des secteurs une fois les activités réalisées. Cette autorité peut aussi intervenir sur une autorité sectorielle. Ainsi, il existe une complémentarité entre les régulations générale et sectorielle⁶⁹⁵. En l'espèce, le TIDM, institué le 16 novembre 1994, est une instance internationale qui a l'autorité pour énoncer des décisions sur tous les domaines du droit de la mer. Ces décisions forment un cadre juridique qui s'applique aux personnes physiques et morales qui oeuvrent dans le secteur du transport maritime, mais aussi à l'ensemble des pays. Ce Tribunal pourrait même intervenir en regard des activités de contrôle des États portuaires.

La co-régulation des secteurs d'activité globalisés — Les marchés ont acquis une telle fluidité transfrontalière que les gouvernements sont contraints d'agir en coopération

693. Le MEDAD est chargé de la préparation et de la mise au point de la politique maritime française. Au sein de ce ministère, la DGTM est chargée de la politique intermodale des transports terrestres et maritimes par les entreprises de transports ferroviaires, routiers, fluviaux et maritimes : en ligne : <http://www.developpement-durable.gouv.fr/spip.php?page=article&id_article=7237> (consulté le 14 août 2010). Concernant la gestion des contrôle des navires par la DAM : *Direction des affaires maritime (DAM)*, en ligne : <<http://www.developpement-durable.gouv.fr/La-direction-des-Affaires.html>> (consulté le 15 août 2010) Concernant la réalisation des inspections à bord des navires menées par les inspecteurs des CSN : *Décret n°84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution*, J.O.R.F., 1^{er} sept. 1984, p. 2778, art. 31, tel que modifié par le *Décret n°2010-130 du 11 février 2010 relatif à l'organisation et aux missions des directions interrégionales de la mer*, J.O.R.F., 12 fév. 2010, p. 36, texte n° 2, art. 6 ; *Rôle et mission des CSN*, en ligne : <http://www.developpement-durable.gouv.fr/spip.php?page=article&id_article=3736> (consulté le 15 août 2010) ; Par ailleurs, en France, les prérogatives de police en mer sont exercées par quatre services : la Gendarmerie maritime, la Marine nationale, les Affaires maritimes et les Douanes. Ces services obéissent aux ordres des préfets maritimes. Or, en France métropolitaine, il existe trois préfetures maritimes réparties sur les trois fronts de mer, à savoir la Manche, l'Atlantique et la Méditerranée : M. ROYO, préc. note 238.

694. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 135 ; J. CHEVALIER, préc., note 678, 841-843.

695. Jacqueline DE GUILLENCHMIDT, « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », *Les petites affiches* 3/06/2002.58.58-61.

pour exercer une quelconque régulation⁶⁹⁶. En l'espèce, si le secteur du transport maritime est précurseur de la globalisation⁶⁹⁷, il est aussi précurseur en matière de régulation de cette dernière :

« Merchant shipping is one of the most heavily regulated industries and was amongst the first to adopt widely implemented international safety standards. Regulation concerning shipping must of necessity be developed at the global level. Because shipping is inherently international, it is vital that shipping is subject to uniform regulations on matters such as construction standards, navigational rules and standards of crew competence»⁶⁹⁸

Cela annonce la nécessité d'une régulation transfrontalière pour rééquilibrer une dynamique de marché globalisé :

« Complex interdependence, as an overall description of relations among nations, has only increased with the waves of globalization since the 1990s. Business that cross borders must be regulated across borders. More precisely, the increasingly transnational nature of services and the recognition of the extraterritorial dimension of domestic regulation mean that regulators often simply cannot do their job without cooperating with one another. »⁶⁹⁹

Timothy R. Fenoulhet utilise la notion de « co-régulation » pour désigner le consensus des autorités étatiques à réaliser ensemble des objectifs communs de régulation. À l'image de la coordination du contrôle par l'État portuaire mis en œuvre par les MoU qui fixent les conditions dans lesquels les inspections doivent être menée, cette formule de régulation devient l'expression d'un équilibre entre l'objectif et l'efficacité en droit et en relation internationale qui correspond au ratio coût/bénéfice bien connu en économie⁷⁰⁰.

La régulation est associée à un « droit post-moderne » — Contrairement au droit substantif traditionnel, la légitimité des mesures de régulation n'est pas uniquement basée sur le droit constitutionnel, autrement dit en fonction de leur légalité. En effet, l'équilibre des forces générées par la régulation s'acquiert selon diverses dimensions d'intervention, à savoir, l'accès à l'information, la transparence, la proportionnalité et la responsabilisation des personnes impliquées dans les processus décisionnels. Le caractère juridique associé à la régulation permet l'intégration de ces aspects directement au sein du comportement des

696. A. C. Jr. AMAN, préc., note 406, 380 et 387.

697. *Supra*, p. 117, citation liée à la note 403.

698. P ALDERTON, H. LEGGATE, préc., note 60, à la page 249.

699. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 39.

700. Timothy R. FENOULHET, « La Co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information », *Les petites affiches* 21/02/2002.9.13.

acteurs. Ainsi, la régulation devient un système à mi-chemin entre le dirigisme et l'autorégulation⁷⁰¹.

Par ailleurs, la régulation se distingue des principes positivistes en autorisant l'assouplissement des contraintes relatives à la formation du droit :

« [La régulation engendre une] nouvelle conception de la souveraineté juridique, la rationalité du droit de l'État devient plus substantive que formelle; le recours aux standards plutôt qu'aux règles précises, exercice de la discrétion administrative ou quasi judiciaire de préférence à l'application mécanique de normes préétablies, loi-réceptacle de valeur évolutive plutôt que loi-contenu, textes législatifs appelés à des modifications fréquentes à la place des codes conçus pour une longue durée »⁷⁰².

En associant la régulation aux caractéristiques de la *soft law*⁷⁰³, Jacques Chevalier définit la régulation comme une forme de droit post-moderne radicalement différent du droit traditionnel. Les mécanismes mis en jeu seraient, selon lui, à l'image d'une constellation de droits nationaux et spécialisés qui établissent et entretiennent des liens entre eux par des processus de communication et d'échange. Ces liens sont l'expression d'une « inter-légalité » et une « inter-normativité » entre des systèmes juridiques formant du coup un nouveau type de droit structuré en réseau. C'est une forme de pluralisme juridique qui pousse l'État à développer ce que nous pourrions appeler de « nouvelles enclaves d'autonomie normative » où des autorités administratives gagnent en indépendance⁷⁰⁴. Toujours selon Jacques Chevalier, c'est la mise en réseau de ces éléments juridiques autonomes qui offre aux organisations régulatrices la souplesse nécessaire pour mieux s'ajuster aux changements contextuels⁷⁰⁵. Les MoU sont des ententes administratives qui relèvent donc de la *soft law* et qui incarnent la mise en réseau des autorités maritimes. Comme nous le verrons plus loin, ce type d'accord permet d'ajuster en

701. M.-A. FRISON-ROCHE, préc., note 666, 5-6.

702. Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales, pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11, 19.

703. *Infra*, p. 342.

704. J. CHEVALIER préc., note 541, 660 et 674. Il faut entendre par pluralisme juridique, l'élargissement de l'étude du droit aux divers systèmes normatifs qui peuvent exister. Traitant du pluralisme juridique, le professeur Roderick A. Macdonald propose un cadre normatif élargie qui dépasse le cadre purement étatique du droit tel que proposé par la théorie jacobine, ou républicaine, classique : « Selon l'hypothèse pluraliste, tout ordre juridique est constitué par les pratiques et les croyances des sujets. Le droit trouve sa source non pas dans la coercition qu'impose le pouvoir politique mais plutôt dans les interactions humaines.. » : Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 133, n° 10, p. 140.

705. J. CHEVALIER, préc., note 678, 833.

temps réel des règles régulatrices afin de répondre rapidement à une conjoncture technique et économique toujours changeante.

Conclusion concernant la régulation — La régulation est l'expression d'un système d'intervention visant à restaurer l'état d'équilibre entre des forces contradictoires. Or, l'existence d'une complaisance sécuritaire dans le secteur du transport maritime exprime une situation de tensions extrêmes entre les intérêts économiques d'entrepreneur maritimes et la nécessité d'entretenir la condition sécuritaire des navires. À cet égard, l'État reste donc probablement l'intervenant le plus crédible pour exercer ultimement des pouvoirs de régulation :

« Or, dans n'importe quel domaine, tout ce qui touche à la sécurité et concerne l'intérêt général ressort des attributions de l'Etat, envisagé comme personne morale compétente et impartiale par principe. L'organisation de l'entreprise maritime demande, plus que toute autre, un soin scrupuleux qui suppose chez celui qui l'anime des qualités morales telles que son intérêt s'efface devant celui des autres parties prenantes à l'expédition, qu'il s'agisse des armateurs, des affréteurs, des sociétés de classification ou des autres acteurs. Un tel désintéressement est vertu courante dans monde de l'armement. Cependant pour prévenir toute expédition et donner au public le sentiment que tout à été fait pour le succès du voyage, l'Etat intervient en vérifiant la sécurité du bord. En effet, n'est-ce pas à l'Etat que revient le rôle de fixer et de faire appliquer règles et normes nécessaires à toute activité humaine? »⁷⁰⁶

La capacité d'imposer des mesures régulatrices devient un enjeu important. Or, les MoU mis en place par les autorités maritimes des États portuaires s'inscrivent dans une logique d'effectivité et d'efficacité par la co-régulation propre au « droit post-moderne » proposé par Jacques Chevalier qui élargi le cadre d'analyse juridique qui est imposé par le paradigme positiviste-normativiste traditionnel. Ce nouveau cadre permet d'aborder sous l'angle du droit, les règles d'interaction multidimensionnelle, comme les réseaux, lesquelles existent entre les éléments sous-étatiques. À cet égard les MoU étudiés en sont une application parmi tant d'autres.

L'étude de ces interactions très particulière nous oblige à nous intéresser à la gouvernance, une théorie sous-jacente à la régulation, qui se spécialise dans l'analyse des règles de coordination qui existent dans les réseaux d'autorités.

706. B. LATRECH, préc., note 18, n° 3, p. 2.

Section 2 La gouvernance est un système multidimensionnel d'interactions en réseau

La dynamique de régulation peut être tributaire d'activités tant formelles que celles plus informelles :

« Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest. »⁷⁰⁷

La gouvernance reste une notion floue⁷⁰⁸. À l'échelle globale, elle s'exerce entre des intervenants publics que ceux privés : « At the global level, governance has been viewed primarily as intergovernmental relationships, but it must be understood as also involving non-governmental organizations (NGOs), citizens' movements, multinational corporations, and the global capital market. »⁷⁰⁹.

« Governance is the sum of many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest »

Il va sans dire que cette définition est très large. Or, sans être une révélation au plan épistémologique, la notion de gouvernance est apparue dans les années 1980 en raison de ses vertus descriptives et analytiques pour décrire des phénomènes apparus à partir des années 1970⁷¹⁰. Elle exprime d'abord l'idée de trouver de nouvelles techniques de gestion pour maximiser des ressources aux fins de la bonne marche de la régulation⁷¹¹. Incarnant aussi une « appréhension structurelle des rapports de pouvoir »⁷¹², la gouvernance vise les

707. COMMISSION ON GLOBE GOVERNANCE, *Our Global Neighbourhood : The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 2. Voir aussi Marie-Claude SMOUTS, « Du bon usage de la gouvernance en relations internationales », (1998) 50 *Revue internationale de science sociale*, 85, 88 ; K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 630.

708. W. KICKERT, préc., note 665, à la page 196, à la page 195 ; E. KRAHMANN, préc., note 740, 324.

709. COMMISSION ON GLOBE GOVERNANCE, préc., note 707, p. 3. Voir aussi M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 89.

710. M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 85.

711. OCDE, *Development Assistance Committee orientations on participatory development and good governance*, OECD/GD (93) 191, Paris, 1993, p. 9-10, en ligne : <[http://www.acdi-cida.gc.ca/INET/IMAGES.NSF/vLUIImages/HRDG/\\$file/Dac-e.pdf](http://www.acdi-cida.gc.ca/INET/IMAGES.NSF/vLUIImages/HRDG/$file/Dac-e.pdf)> (consulté le 15 août 2010). Voir aussi P. DE SENARCLENS, préc., note 405, 97 ; K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 627 et 634.

712. K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 629.

trois axes d'analyse possible impliquant les intervenants publics et privés, à savoir, les relations entre les administrations étatiques, les partenariats entre les secteurs public et privé ou encore les contrôles internes et volontaires des acteurs privés. Au surplus, la gouvernance est aussi l'expression technique de la coordination d'actions étatiques prenant diverses formes pour atteindre des objectifs outre frontière :

« [G]ouvernance occurs on a global scale through both the co-ordination of states and the activities of a vast array of rule systems that exercise authority in the pursuit of goals and that function outside national jurisdictions. Some of the systems are formalized, many consist essentially of informal structures, and some are still largely inchoate, but taken together they cumulate to governance on a global scale. »⁷¹³

En l'espèce, les MoU mettent en jeu des relations complexes entre des autorités maritimes d'une même région pour coordonner, en réseau, leurs inspections à bord des navires.

La gouvernance et les réseaux — De façon générale, la gouvernance offre un cadre d'analyse sur la formation de réseaux entre des intervenants dotés d'objectifs communs :

«Beaucoup d'étude en terme de gouvernance partent d'un constat : les sociétés modernes sont de plus en plus complexes, divisées, composées de sous-systèmes sociaux différenciés et relativement autonomes. Des secteurs étendus de la société sont capables de s'organiser pour la seule défense de leurs ressources propres sans égard pour l'effet de leur action sur la collectivité dans son ensemble, ils se mettent en réseaux et établissent leurs propres normes (associations de consommateurs, d'usager des transports, de chasseurs, de commerçants, etc.)»⁷¹⁴

Diane Stone rejoint cette définition en y ajoutant un caractère global au réseau :

« The term 'network' describes several interdependent actors involved in delivering services. These networks are made up of individuals and organisations that need to exchange resources (capital, authority, personnel information expertise) to achieve their objectives, to maximise their influence over outcomes, and to avoid dependence on other network players. Networks represent structures to be managed by governments and by international organisations. They enable actors to operate beyond their domestic context and help generate 'a sense of global community'. »⁷¹⁵

Le réseau se transforme en technique de gouvernance. Au plan structurel, ce concept fait référence à l'image d'un filet : « le réseau repose sur une analogie, celle du *filet*, dont la figure offre une illustration des liens normatifs qui se tissent entre des acteurs

713. J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 172.

714. M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 89.

715. Diane STONE, « Knowledge networks and policy expertise in the global polity », in Morten OUGAARD et Richard HIGGOTT (eds.), *Towards a Global Polity*, Routledge, London, New York, 2002, p. 125, à la page 131.

multiples souvent inégaux et des situations diverses survenant dans une pluralité de juridictions. »⁷¹⁶ L'analogie du filet est aussi utile pour expliquer les avantages d'un maillage des intervenants : « le terme de réseau désigne donc un maillage régulier par lequel une structure est indéfiniment capable de se reproduire semblable à elle-même dans la nature. [...] Le réseau comporte ainsi la propriété d'accroître sa forme en maintenant sa structure, faisant appel à différents axes de symétrie »⁷¹⁷.

François Ost et Michel van de Kerchove définissent par de multiples métaphores les facettes du réseau :

De manière positive, on retiendra ainsi le fait que le réseau constitue une « trame » ou une « structure » composée d'« éléments » ou de « points », souvent qualifiés de « nœud » ou de « sommets », reliés entre eux par des « liens » ou « liaisons », assurant leur « interconnexion » ou leur « interaction » et dont les variations obéissent à « certaines règles de fonctionnement ». De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d'un système, et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau, « aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel ». À la différence de la notion de système, celle de réseau paraît également n'impliquer aucune forme de clôture », les réseaux étant des « structures ouvertes, susceptibles de s'étendre à l'infini, intégrant des nœuds nouveaux en tant qu'ils sont capables de communiquer au sein du réseau, autrement dit qui partagent les mêmes codes de communication »⁷¹⁸.

L'absence de centres de gravité ou plutôt l'éparpillement de leur source d'autorité et leur capacité d'interaction font des réseaux des organisations autonomes et inclusives, promptes à intégrer les éléments de l'environnement immédiat.

L'autonomie des réseaux de gouvernance — Les réseaux doivent être perçus comme un moyen de gouvernance non soumis aux contraintes hiérarchiques étatiques :

« Networks can also be viewed as a mode of governance whereby the patterns of linkage and interaction as a whole should be taken as the unit of analysis, rather than simply analysing actors within networks. This approach focuses on the processes through which joint policy is organised. In short, there is functional interdependence between public and private actors whereby networks allow resources to be mobilised towards common policy objectives in domains outside the hierarchical control of government. »⁷¹⁹

716. K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 716.

717. Anne-Marie MOULIN, « Réseau », dans Dominique LECOURT (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, Paris, Qu'Fadrige/P.U.F., 2006, p. 972 ; François OST et Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 2002, p. 23 ; K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 716.

718. F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 717, p. 24. Voir aussi K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 717.

719. D. STONE, préc., note 715, à la page 131. Concernant leur interdépendance, les réseaux sont définis par des connexions entre des organisations ou des individus et l'architecture des filières est déterminée par la nature spécifique de la relation entre ses unités : Graham ALLISON, « The Impact of

Déjà, la gouvernance incarne l'existence d'infrastructures permettant les discussions et les échanges propres à créer un consensus sur une démarche coordonnée⁷²⁰. Or, l'interdépendance des éléments constitutifs d'une structure en réseaux engendre des relations de négociation soutenues entre ses membres, lesquels doivent satisfaire certains de leurs besoins : « While actors need each other because of interdependencies, they also have their own interests and preferences towards which they attempt to steer policy. As a consequence, networks are characterised by complex bargaining processes »⁷²¹. D'ailleurs, ces négociations évitent aux réseaux d'être statiques et leur permettent de gagner en souplesse et donc en autonomie. D'ailleurs, Felix Stadler définit les réseaux en mettant l'accent sur leur autonomie normative :

« A network is an enduring pattern of interaction among heterogeneous actors that define one another (identity). They coordinate themselves on the basis of common protocols, values, and goals (process). A network reacts nondeterministically to self-selected external influences, thus not simply representing the environment but actively creating it (interdependence). Key properties of a network are emergent from these processes unfolding over time, rather than determined by any of its elements (emergence). »⁷²²

Selon Rhodes, les ententes de type MoU sont des « réseaux auto-organisées »⁷²³. D'ailleurs, citant Kickert, il soutient que cette auto-organisation offre une autonomie véritable :

« [...] governance also suggest that networks are *self-organizing*. At its simplest, self organizing means a network is autonomous and self governing :

The control capacity of government is limited for a number of reasons : lack of legitimacy, complexity of policy processes, complexity and multitude of institutions concerned etc. Governments is only one of many actors that influence the course of events in a societal system. Government does not have enough power to exert its will on other actors. Other social institutions are, to a great extent, autonomous. They are not controlled by any single superordinated actor, not even the government. They are largely control themselves. Autonomy not only implies freedom, it also implies self-responsability. Autonomous system have a much larger degree of freedom of self-governance. Deregulation, government withdrawal and steering at a distance ... are all notions of less direct government regulation and control, which lead to more autonomy and self – governance for social institutions.

Globalization on National and International Security », in Joseph S. NYE et John D. DONAHUE, *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., Vision of Governance for the 21st Century, Cambridge, MA, 2000. p. 72, à la page 73.

720. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 631.

721. D. STONE, préc., note 715, à la page 131.

722. Felix STALDER, *Manuel Castells. The Theory of the Networks Society*, Cambridge, Polity Press, 2006, p. 180 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 720.

723. R. A. W. RHODES, « The New Governance : Governing Without Government », (1996) 44 - 4 *Political Studies* 652, 659. Plus tard, en 2000, R. A. W. Rhodes parle simplement de réseau : R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 60.

In short, integrated networks resist government steering, develop their own policies and mould their environments. »⁷²⁴

Rhodes ajoute que la gouvernance en réseau se fonde sur la dépendance mutuelle des autorités notamment à l'égard du partage des ressources afin de réaliser leur mandat tout en répondant à une combinaison de préoccupations⁷²⁵. De plus, il reconnaît l'existence d'un choix rationnel qui permettrait d'établir des mécanismes qui entretiennent une communication interne afin d'y maintenir une relation confiance mutuelle⁷²⁶. Il reste que jamais cette communication n'aurait pu être établie sans l'apport des nouvelles technologies de l'information et des télécommunications qui facilitent la coordination⁷²⁷. L'autonomie est non seulement mise de l'avant à l'égard des gouvernements nationaux⁷²⁸, mais aussi envers les politiques d'organisations internationales : « Networks engage in global governance without global government »⁷²⁹. Mary J. Peterson rejoint ce point de vue en précisant que les réseaux sont susceptibles d'être animés par diverses factions forcées à la conciliation sur des questions de compétence, de budget et de capacité⁷³⁰.

Les Metcalfe oppose le modèle de gestion hiérarchique traditionnelle à celui de la gestion en réseau. Ce dernier s'appuie sur plusieurs axiomes : la gestion est une activité stratégique autant que l'exécution de tâches elle-même. Cette gestion inclut notamment la formulation des politiques, l'identification et la résolution des problèmes, de même que les mesures d'application requises pour mettre en œuvre les politiques. Or, la communication entre les responsables de la politique et les responsables de l'exécution est étroite. De plus, la coordination s'appuie sur des liens verticaux et horizontaux et la formation de divers types de regroupement entre les organisations intervenantes, sans véritable « coordonnateur » central. Par conséquent, la division des tâches entre les organisations doit être clairement établie, notamment par la mise sur pied d'accords de coordination. Le

724. R. A. W. RHODES, préc. note 723, 659, citant Walter J. M. KICKERT, « Autopoiesis and the Science of (public) Administration : Essence, Sens and Nonsense », (1993) 14 *organization studies* 261, 275.

725. les membres sont confrontés à des intérêts mutuels, notamment le besoin d'informations précises et de qualité tout en évitant d'y investir des ressources trop importantes : R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 81.

726. *Id.*, aux pages 60-6 ; R. A. W. RHODES, préc. note 723, 660.

727. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 720-721.

728. R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 60 ; R. A. W. RHODES, préc. note 723, 660.

729. Anne-Marie SLAUGHTER, « Virtual Visibility », (nov/dec 2000) 121 *Foreign Policy* 84, 84.

730. Mary J. PETERSON, « Transnational Activity, International Society, and World Politics », (1992) 21 *Millennium* 371, 380.

problème structurel essentiel qui subsiste est celui de la qualité des relations qui existent entre les niveaux de la micro-gestion et de la macro-gestion⁷³¹.

Les moyens d'intervention de la gouvernance — La gouvernance est un amalgame de règles juridiques et techniques qui mettent de l'avant des moyens d'intervention diversifiés :

« Governance denotes the steering capacities of a political system, the ways in which governing is carried out, without making any assumption as to which institutions or agents do the steering. For any social order like the economy, governance needs to be understood at two levels. First, there the basic laws, rules, standards, and principles which provide the constitutional framework for governing. Many of these rules will not be formalized, but are implicit in the process of governing. Second, there are the techniques, tools, practices, and ethos of governing, associated with particular institutions and agencies. The state is always involved in governance, but often in an enabling rather than a directing role, helping to establish and sustain the institutions in society, including crucially markets, which make steering possible. »⁷³²

C'est, en fait, un système normatif et « intersubjectif » qui s'inscrit non seulement à travers une autorité légale ou constitutionnelle, mais aussi par l'intermédiaire d'un processus politique ou encore la combinaison des deux à la fois. Néanmoins, la gouvernance exprime la capacité d'acteurs qui acceptent de mettre en œuvre régulièrement et formellement des ententes de coordination par l'exercice d'un pouvoir d'autorité autonome ou dépendant des gouvernements⁷³³. Ainsi, la gouvernance peut-elle prétendre dépasser la notion de gouvernement⁷³⁴. Du reste, la communauté internationale comprend un niveau croissant d'institutions et d'innombrables mécanismes de régulation par la gouvernance, et ce, en étant dépourvue d'instances supranationales. La *governance without government* est un système de gestion orienté selon une logique consensuelle de l'intérêt commun sans que les moyens coercitifs aient à être envisagés⁷³⁵. Ainsi, bien que les

731. Les METCALFE, « Les liaisons défailtantes : la création de réseaux organisationnels dans un environnement réglementaire à multiple niveaux », dans OCDE, préc., note 399, p. 55, p. 57-59.

732. A. GAMBLE, préc., note 677, à la page 111.

733. James N. ROSENAU, « Governance, Order and Changes in World Politics », in E.-O. CZEMPIEL et J. N. ROSENAU (eds.), préc., note 600, p. 3, à la page 6-7 ; P. DE SENARCLENS, préc., note 405, 96.

734. Les notions de gouvernement et de gouvernance réfèrent aux comportements d'intervention par des activités orientées en fonction d'objectifs et de systèmes de droit. Mais, si la première suggère des activités qui sont formées par une autorité formelle pouvant être imposée par la force, la seconde se réfère plutôt aux règles qui régissent la coordination des individus ou des entités à l'égard d'activités qui sont établies selon des objectifs partagés qui dérivent ou non de responsabilités légales ou formelles ou encore qui ne sont pas nécessairement liés aux pouvoirs policiers ou aux systèmes gouvernementaux : J. N. ROSENAU, préc., note 733, à la page 4 ; R. MAYNTZ, préc., note 664, à la page 11.

735. P. DE SENARCLENS, préc., note 405, 99 ; R. A. W. RHODES, préc. note 723, 653.

autorités s'appuient sur des prérogatives légales qui leur sont dévolues par le droit positif⁷³⁶, ce système leur permet aussi d'élaborer et de mettre en œuvre des règles normatives sans qu'elles aient nécessairement de fondement légal⁷³⁷.

La gouvernance comme système normatif inclusif — La gouvernance s'exerce maintenant sur de multiples dimensions en raison de la globalisation qui fragmente les moyens de production à travers le monde, engendre de nouveaux acteurs et redéfinit l'État⁷³⁸. En fait, cette gouvernance occupe un large espace dans le spectre de la régulation, s'inscrivant dans une voie d'intervention plus souple que le droit traditionnel en se situant entre un positivisme-normativisme hiérarchique qui traduit l'exercice centralisé d'un contrôle conforté par la contrainte ou la sanction et un processus de déréglementation qui expriment la rationalité économique du libre marché⁷³⁹. C'est une ouverture à la variété des types de norme qui permet à la gouvernance de diversifier les instruments juridiques. L'échelle d'intervention peut aussi bien viser les rapports bilatéraux que ceux multilatéraux régionaux et internationaux. Par ailleurs, les règles peuvent être pointues ou générales. La provenance des régulateurs est élargie puisque ceux peuvent être issus d'institutions étatiques, sous-étatiques, supranationaux, informels ou encore privés. Qui plus est, les processus de régulation applicables sont tout aussi variés, mais la finalité reste la même, à savoir, se doter de mécanismes permettant d'influencer réellement les comportements d'acteurs économiques et de structurer l'ordre social⁷⁴⁰.

À partir de ce point, la gouvernance devient une représentation élargie d'un système normatif qui n'est plus limité à la conception traditionnelle du droit positif. En effet, elle permet d'aborder de nouvelles techniques normatives de coordination visant à régir le

736. O. LOBEL, préc, note 541, 451.

737. Ronnie D. LIPSCHUTZ, « From Place to Planet: Local Knowledge and Global Environmental Governance », (1997) 3 *Global Governance* 83, 83.

738. Francis SNYDER, « Global Economic Networks and Global Legal Pluralism », in Georges A. BERMAN, Matthias HERDEGEN et Peter L. LINDSETH (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation : Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 100.

739. O. LOBEL, préc, note 541, 443.

740. Lawrence S. FINKELSTEIN, « What Is Global Governance », (1995) 1 *Global Governance* 367, 369; Elke KRAHMANN, « National, Regional, and Global Governance: One Phenomenon or Many », (2003) 9 *Global Governance* 323, 323 et 324; Marie-Josée MASSICOTTE, « Global Governance and the Global Political Economy: Three Texts in Search of Synthesis », (1999) 5 *Global Governance* 127, 136.

chaos international sans qu'elles soient l'objet de préjugés juridiques⁷⁴¹. Or, si les autorités publiques membres d'un réseau sont formellement fondées de pouvoirs, les règles de coordination qui régissent leurs activités sont informelles et souples⁷⁴². Habituellement très intéressées aux règles juridiques auxquelles elles sont soumises, ces autorités se tournent maintenant vers des techniques peu reconnues sinon ignorées en droit. Du même coup, ces autorités souhaitent soutenir les échanges, les négociations et les rajustements qui sont nécessaires au bon fonctionnement du réseau⁷⁴³. Par ailleurs, la gouvernance prend en considération la complexité, la dynamique ainsi que les diverses qualités socio-politiques des systèmes. En fait, c'est un déplacement d'un système hiérarchique vertical de contrôle et de commandement connu en droit positif au profit d'une structure à de multiples niveaux fondée sur un processus de communication horizontale de coordination⁷⁴⁴. Autrement dit, le pouvoir d'ordonnance s'efface au profit d'un processus d'action axé sur la négociation et sur l'apprentissage par l'expérimentation; ce processus permettant, du coup, la diversification des solutions applicables à des problèmes complexes⁷⁴⁵.

La gouvernance globale est tournée vers la résolution de problèmes mondiaux —

Il existe des liens multiples d'interdépendances entre des entités qui forment des réseaux d'autorités qui dépassent l'emprise de la souveraineté de l'État⁷⁴⁶. À l'échelle internationale, la gouvernance n'évoque pas l'ordre moniste, mais plutôt une certaine cohérence de mesures prises sous couvert d'ententes institutionnalisées, de normes informelles, de règles sans constitution lesquelles font l'objet d'accords entre diverses autorités qui prolifèrent à travers le monde⁷⁴⁷. C'est ainsi que la gouvernance devient un système normatif par ses « structures d'autorité à divers niveaux de la société, au sein de

741. M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 90.

742. R. D. Lipschutz préc., note 737, 96 ; J. N. ROSENAU, préc., note 733, à la page 4.

743. O. LOBEL, préc., note 541, 345 ; M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 89.

744. Jan KOOIMAN, « Governance and Governability : Using Complexity, Dynamics and Diversity », in J. KOOIMAN (ed.) préc., note 662, p. 35, à la page 35 ; Ali KAZANCIGIL, « Gouvernance et science : modes de gestion de la société et de production du savoir empruntés au marché », (mars 1998) 155 *Revue internationale de science sociale* 73, 75 et 82.

745. O. LOBEL, préc., note 541, 396

746. Ladeur KARL-HEINZ, « Globalization and public governance – A Contradiction? », in L. KARL-HEINZ, préc., note 437, p. 1, à la page 10.

747. R. D. Lipschutz préc., note 737, 96 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 18.

l'État et en dehors de l'État, au-dessus de l'État et en dessous de l'État »⁷⁴⁸ entraînant, du coup, la fragmentation apparente ou effective de sa souveraineté⁷⁴⁹.

D'ailleurs, l'ajout de l'adjectif « global » à la notion de gouvernance donne un caractère « macrodimensionnel » aux relations internationales, interétatiques, intergouvernementales, transnationales. De cette manière, l'ambiguïté reste entière, au risque même de faire un pléonasme. Toutefois, l'échelle d'étude est précisée en indiquant qu'elle fait concurrence à la dichotomie traditionnelle associée au droit et aux relations internationales classiques⁷⁵⁰. Ainsi, la gouvernance globale prétend instaurer un ordre universel qui détermine des règles applicables à plusieurs niveaux d'interactions humaines contournant du coup les organisations formelles à travers lesquelles les modes de gestion des affaires politiques et économiques internationales furent arbitrés⁷⁵¹. Le système normatif multidimensionnel qui en découle donne lieu à un droit hybride qui impose un décloisonnement sur plusieurs plans soit entre le droit national et le droit international⁷⁵² ou soit encore entre le droit public et privé⁷⁵³.

Factuellement, il n'est pas anodin que la gouvernance globale apparaisse avec la disparition de la bipolarisation issue de la guerre froide, la remise en cause de l'État-providence et l'accroissement de l'interdépendance mondiale. La plus grande liberté de communication et la recherche de méthodes de gestion plus performantes ont permis non seulement l'émergence de contacts entre les acteurs non étatiques, sous-étatiques, supranationaux, mais aussi l'accroissement qualitatif et quantitatif des institutions internationales. On pouvait y voir alors le stade embryonnaire d'une nouvelle forme de gouvernance globale complexe qui s'exerce maintenant à de multiples niveaux⁷⁵⁴. Cherchant à répondre à des problèmes délicats souvent communs à plusieurs pays et pour lesquels aucune réponse unilatérale n'est possible et où l'intervention des organisations

748. Cynthia HEWITT DE ALCANTARA, préc., note 659, 115.

749. David STEELE, « Spatial Dimensions of Global Governance », (2004) 10 *Global Governance* 373, 375.

750. L. S. FINKELSTEIN, préc., note 740, 368; E. KRAHMANN, préc., note 740, 329 ; M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 91 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 16.

751. L. S. FINKELSTEIN, préc., note 740, 368 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 13.

752. Daniel K. TARULLO, « Law and Governance in a Global Economy », (1999) 93 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 105, 105

753. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 240.

754. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 351 ; P. DE SENARCLENS, préc., note 405, 97. J. N. ROSENAU, préc., note 665, 14.

internationales se révèle peu probable sinon impossible, la gouvernance global met de l'avant de nouvelles pratiques de collaboration et de coopération aux vues d'une régulation commune. Une telle collaboration permet indirectement d'influencer les activités d'institutions nationales ou internationales⁷⁵⁵. Par ailleurs, la gouvernance globale met de l'avant des moyens de contrôle qui sont un amalgame de différentes techniques d'intervention selon diverses cultures administratives et juridiques. D'ailleurs, que cette diversité empêche généralement la mise sur pied d'une structure d'autorité hiérarchique traditionnelle et le morcellement devient parfois à ce point important que la cohérence du système est menacée⁷⁵⁶. Selon Lawrence S. Finkelstein, avec les techniques de gouvernance globale, la cohésion interne des réseaux peut s'établir selon différentes filières relationnelles qui sont attachées aux types d'activités internationales particulières⁷⁵⁷. D'ailleurs, Freeman invoque une gouvernance collaborative – assimilable à la gouvernance globale – qui met en place un système valorisant la résolution de problèmes par diverses techniques, à savoir, la communication directe et le partage d'informations entre les experts des parties intéressées, leur participation à tous les niveaux du processus décisionnel, la création de solutions et d'objectifs révisables en vue de réaliser des étapes graduelles, la responsabilisation mutuelle des parties en raison de leur interdépendance et la transcendance des rôles traditionnels publics et privés ainsi que l'engagement et la

755. L. S. FINKELSTEIN, préc., note 740, 368 ; E. KRAHMANN, préc., note 740, 329 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 13 et 15 ; Anne-Marie SLAUGHTER, « Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy », in L. KARL-HEINZ, préc., note 437, p. 121, à la page 123 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 351 ; Alfredo C. Jr. ROBLES, « Global Governance and Political Economy: German and French Perspectives », (1995) 1 *Global Governance* 99, 100.

756. J. N. ROSENAU, préc., note 665, 16.

757. Lawrence S. Finkelstein précise la nature de diverses filières relationnelles, à savoir, la diplomatie entre les États ou les administrations qui les composent ; les alliances et les coalitions qui existent entre eux ; les pressions internationales d'organisations non gouvernementales ; les influences personnelles ; la connaissance consensuelle ; la propagande et la communication ; l'appréciation d'une politique entre les acteurs internationaux, nationaux et subnationaux. L'auteur précise aussi que les réseaux d'influence se manifestent à travers divers types d'activités internationales, particulièrement par la création et l'échange d'information ; l'énoncé de principe ; la connaissance consensuelle des affaires internationales ; l'influence des règles domestiques et des comportements des États ; la conciliation, médiation et résolution des conflits ; la formation ; l'adoption de règles, codes et mesures de régulation ; l'allocation de ressources matérielles et d'assistance technique : L. S. FINKELSTEIN, préc., note 740, 369-370.

souplesse des agences qui agissent comme ressources techniques et organisationnelles afin qu'elles puissent encourager la participation, le partage d'information et les discussions⁷⁵⁸.

D'un point de vue autant sociologique qu'économique, Hewson et Sinclair affirment que le fondement de la gouvernance globale est attribuable à l'émergence de communautés épistémiques associées à l'expertise professionnelle, la mise en place d'institutions de marchés ainsi qu'au développement d'infrastructures technologiques liées à une nouvelle économie basée sur les connaissances⁷⁵⁹. À cet égard, nous verrons que les fonctionnaires experts du domaine maritime forment une telle communauté. De plus, Elke Krahmman constate que la gouvernance globale s'est d'abord étendue au sein des pays développés, notamment dans les secteurs du commerce et la gestion économique et écologique des océans⁷⁶⁰. Faut-il rappeler que le Paris MoU est apparu au sein d'un groupe de pays européens de l'Ouest qui avaient atteint un niveau de développement comparable? Les autres MoU ont émergé au début des années 1990, au terme de la bipolarisation de la guerre froide. D'ailleurs, cette multiplication des pôles de réseaux de gouvernance qui s'exerce à l'échelle régionale, comme dans le cas des MoU, est maintenant désignée comme une structure de gouvernance régionale⁷⁶¹.

Conclusion concernant la gouvernance — la gouvernance offre un cadre d'analyse propre aux réseaux exerçant un pouvoir sur des secteurs d'activité. Toutefois, elle reste toujours une notion floue qui implique une multitude d'intervenants qui relèvent ou non de la sphère gouvernementale et qui détiennent une capacité de régulation. Or, les MoU sont l'expression d'un consensus d'autorités maritimes d'États portuaires. Dans ce contexte, existe-t-il un cadre théorique plus précis et adapté aux contextes des réseaux gouvernementaux, comme ceux des MoU? À cet égard, le transgouvernementalisme est une voie de ramification du courant de pensée sur la gouvernance.

758. Jody FREEMAN, « Collaborative Governance in the Administrative State », (1997) 45 *UCLA L. Rev.* 1, 22.

759. M. HEWSON et T. SINCLAIR, préc., note 530 à la page 18.

760. E. KRAHMANN, préc., note 740, 329.

761. A. PAYNE, préc., note 431, aux pages 209-211.

Section 3 Le transgouvernementalisme comme théorie d'analyse entourant les réseaux entre des autorités publiques étrangères

Par définition les organisations étatiques mettent en œuvre des politiques gouvernementales. Or, maintenant que des autorités administratives apparemment autonomes des États ont la capacité d'établir des contacts transfrontaliers avec leurs homologues d'autres pays ou d'organisations internationales, elles peuvent partager de l'information, des idées, des ressources ainsi que des politiques ayant pour objectif d'améliorer l'application des lois nationales. Il s'agit là d'une gouvernance par la coordination, une action conjointe sans fondement juridique des États nationaux qui partagent des problèmes communs⁷⁶². Ces processus privilégieraient la flexibilité, la rapidité et la décentralisation afin de répondre efficacement et rapidement aux changements notamment dans un environnement où l'information circule rapidement⁷⁶³. Grâce à la mise sur pied de réseaux, les autorités administratives autonomes cherchent à rendre efficace leur autorité pour faire respecter les normes internationales reconnues. D'ailleurs, ces réseaux usent des relations personnelles pour inviter les gouvernements à se conformer aux normes reconnues tout en offrant une assistance technique et de la formation à des partenaires qui veulent respecter leurs obligations internationales⁷⁶⁴. Comme le soulignent Imelda Maher et Kal Raustiala, les réseaux transgouvernementaux représentent une véritable prise de conscience par les autorités publiques de la nouvelle dynamique de globalisation. Ces structures sont un moyen pour les autorités publiques de lutter contre des pratiques compétitives qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle étatique unilatéral⁷⁶⁵. Ce nouveau courant de pensée est le fruit d'une expérience et d'une réflexion étendues sur près d'un demi-siècle.

762. Selon Majone, la coordination peut aller de la coopération tacite jusqu'à l'élaboration de politiques communes. Il s'agit essentiellement d'échange d'informations entre les autorités publiques sur les politiques actuelles et futures : G. MAJONE, préc., note 399, à la page 189.

763. Marney L. CHEEK, « The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs: a Review of the Global Intellectual Property Regime » (2000) 33 *Geo. Wash. int'l L. Rev.* 277, 277 ; O. LOBEL, préc., note 541, 375; Kal RAUSTIALA, « The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law », (2002-2003) 43 *Va. J. Int'l L.* 1, 4.

764. Anne-Marie SLAUGHTER, « Sovereignty and Power in a Networked World Order », (2004) 40 *Stan. J. Int'l L.* 283, 301.

765. I MAHER, préc., note 37, 114 et 117 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 12.

L'évolution du courant pensé lié au transgouvernementalisme — Un « nouvel ordre transgouvernemental » axé sur des réseaux de coordination entre des éléments bureaucratiques étrangers se construit sur l'évolution d'une réflexion proposée dès 1958 par Philip Jessup qui avait développé l'idée d'un droit dit transnational, ou *transnational law* en anglais, lequel se définit par : « all law which regulates actions or events that transcend national frontiers »⁷⁶⁶. Plus tard, en 1972, Robert O. Keohane et Joseph Nye soulignent que des relations transnationales peuvent même échapper aux relations purement étatiques⁷⁶⁷. En 1974, ils proposent une distinction entre les relations transgouvernementales et les activités transnationales. Les premières relevant du domaine des interactions, sous forme d'échanges et d'accords informels entre des unités administratives subalternes de l'État alors que les secondes relèvent plutôt des institutions politiques nationales telles que les ministres ou le chef du gouvernement qui signent des traités ou des conventions⁷⁶⁸. Les relations transgouvernementales visent à bâtir des politiques de coordination ou encore de coalition qui sont propices à la mise sur pied de différents types de réseaux de fonctionnaires ou d'interactions au sein d'organisations internationales⁷⁶⁹. En 1978, Hopkins parle de « réseaux transnationaux » ou « réseau de gestion » pour identifier l'existence de liens d'interdépendance entre des administrateurs d'autorité administrative autonomes travaillant « plus ou moins officiellement à résoudre leurs problèmes communs à travers les frontières nationales »⁷⁷⁰. D'ailleurs, il définit, précisément dans un contexte de gestion mondial, la notion de réseau :

« On entend par réseau de gestion mondial un ensemble de points de décisions reliés entre eux. A chacun d'entre eux se trouve, dans un certain nombre de pays, au moins un individu appartenant à quelque administration publique ou privée. Il s'agit bien d'un réseau, parce

766. Philip JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 2. Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 121; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 350.

767. R. O. KEOHANE et J. S. NYE (eds.), préc., note 600, à la page xi (préface). Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 124; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 732; C. A. WILLIAMS, préc., note 450, 462. En 1992, Peterson définit la relation transnationale à l'aide du concept de réseaux : «The term 'transnational relations' was used variously to cover direct cross-border contacts among individuals and groups, the diffusion of idea through increased communications and media circulation, and the effects stemming from continued existence of stable networks of cross-border transactions.» : M. J. PETERSON, préc., note 730, 373.

768. Robert O. KEOHANE et Joseph S. NYE, « Transgouvernemental Relations and International Organizations », (1974) 27 *World Politics* 39, 43 ; Voir aussi K. RAUSTIALA, préc., note 763, 19 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 125 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 10 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 732.

769. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 125.

770. Raymond HOPKINS, « Réseau de gestion à l'échelle du globe : l'internationalisation des bureaucraties nationales », (1978) 30-1 *Rev. Int. Sc. Sociale* 33, 35.

que : a) le résultat de leurs actions est déterminé conjointement (par exemple, les conséquences, dans leur domaine particulier, en sont solidaires); b) ils sont fréquemment en contact, du fait des responsabilités et des préoccupations professionnelles qu'ils assument en commun; c) ils partagent au moins le sentiment de pouvoir mieux accomplir les tâches qui leur sont dévolues en obtenant soit une meilleure information soit des compromis ou des accommodements de la part d'autres membres du réseau. [...] Ils sont peu ou vaguement hiérarchisés et chaque individu y reste libre de s'occuper d'affaires sans rapport avec le réseau. Il est rare qu'ils prennent une forme officielle; ce sont plutôt des structures latentes qui entrent en activité en période de crise. Il faut néanmoins qu'un réseau, de même que toute autre organisation soit dotée de certaines normes minimales communes et du sentiment d'une tâche à accomplir, même s'il peut également y avoir conflit quant aux fins poursuivies. [...] Mieux sera perçu le fait de l'interdépendance, et plus le réseau et ses éléments seront denses et étendus. Cette prise de conscience est essentielle à l'établissement initial des contacts et de la collaboration des personnels, encore que des amitiés antérieures ou la formation de relations familiales puissent avoir leurs effets. Qui plus est, la conscience de l'interdépendance joue un rôle important dans l'entretien des réseaux, parce qu'elle stimule la circulation de l'information et favorise les accommodements indispensables. »⁷⁷¹

En 1994, Metcalfe expose la tendance des autorités réglementaires des pays membres de la Communauté économique européenne (CEE) à former des « réseaux interorganisations » qui permettent une intensification des relations latérales ou horizontales qui se sont nouées entre elles⁷⁷². Pour sa part, Bermann parle de « coopération réglementaire intergouvernementale » pour définir la nature des engagements des gouvernements pour échanger de l'information sur la politique réglementaire, pour collaborer afin d'identifier des problèmes communs de réglementation ainsi que pour coopérer afin de réaliser diverses analyses, d'ordre technique et politique et trouver des solutions réglementaires⁷⁷³. James K. Martin et Alan Painter soulignent l'existence d'une « réglementation concertée » où les données et les ressources entre les autorités administratives de différents États sont mises en commun pour réaliser des objectifs collectifs⁷⁷⁴. En 1995, Abram et Antonia Chayes constatent que la globalisation entrave l'exercice de la souveraineté des pays et que ceux-ci doivent dorénavant coopérer pour atteindre leur mission de sécurité⁷⁷⁵. Utilisant cette idée, Anne-Marie Slaughter met de l'avant dès 1997 la notion de « new transgouvernemental order » en soutenant que les fonctionnaires responsables d'activités de régulation sont au centre d'un processus inédit de coopération et de coordination interétatique. Ces relations se formalisent à travers des

771. *Id.*, 37.

772. L. METCALFE, préc., note 731, à la page 60. Voir aussi K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 733.

773. G. A. BERMANN préc., note 692, aux pages 85-86.

774. James K. MARTIN et Alan PAINTER, « Vers des gains mutuels : stratégies pour élargir la coopération en matière de réglementation », dans OCDE, préc., note 399, p. 105, aux pages 121-122.

775. Abram CHAYES et Antonia Handler CHAYES, *The New Sovereignty : Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 27.

accords formels non contraignants mis en oeuvre notamment par des mémorandums d'entente⁷⁷⁶. En 1998, Kanishka Jayasuriya a dressé les caractéristiques de la dynamique interne des réseaux transgouvernementaux, en l'occurrence, l'harmonisation des interventions selon les capacités des autorités administratives, le souci de la préservation de la souveraineté de l'État par rapport à des acteurs extérieurs, l'internationalisation des autorités publique et l'affaiblissement de la souveraineté interne de l'État, l'interdépendance des autorités administratives nécessitant le partage des ressources afin d'atteindre les objectifs communs, le consensus à la base des discussions et des procédures des réseaux, la réciprocité entre les membres, la non-conformité avec les concepts traditionnels de souveraineté et de droit international, et enfin, l'application des normes plutôt de règles spécifiques⁷⁷⁷.

Jusqu'à tout récemment, le monde juridique francophone s'est peu intéressé aux courants touchant spécifiquement le transgouvernementalisme⁷⁷⁸. Néanmoins, en 1998 Jacques Chevalier a pu constaté une nouvelle dynamique horizontale entre des entités administratives autonomes :

« Il s'agit « d'ordonner le multiple », par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité de normes de provenances diverses : on parlera ainsi d'« inter-légalité » ou d'« inter-normativité » pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre «espaces juridiques» différents, « ordres juridiques » distincts, traduisant l'émergence d'une conception nouvelle d'un droit structuré « en réseau ». Mais le pluralisme gagne aussi le droit étatique, à travers le développement de «poches d'autonomie normative» au sein de l'appareil d'État, comme celles qui résultent de l'extension du pouvoir réglementaire local et de l'institution d'autorités administratives indépendantes, génératrices d'«intransitivité» [...]. L'existence au sein de l'État de foyers autonomes de production du droit explique le recours à des procédés nouveaux de mise en cohérence [...]. »⁷⁷⁹

En 2000, Slaughter souligne que les réseaux transgouvernementaux sont une forme organisationnelle d'intervention rapide, flexible et décentralisée. Ils ont l'avantage de bien fonctionner dans un environnement changeant grâce à l'échange d'information qui permet

776. *Supra*, p.13, les citations liées aux notes 35 et 36. Louise Davis souligne que « International coordination by networks of technical experts has been characterised by its ad hoc nature together with its speed flexibility and informality. This is reflected by networks' preference that their arrangements take the form of non-legally binding documents such as Memorandum of Understanding (MOU) rather than a formal international agreement » : Louise DAVIS, « Technical Cooperation and the International Coordination of patentability of biotechnology Inventions », (2002) 29-1 *J.Law & Soc.* 137, 147.

777. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 448-451.

778. K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 738.

779. J. CHEVALIER, préc. note 541, 674.

d'utiliser cette dernière de différentes manières en tenant compte d'un contexte local⁷⁸⁰. D'ailleurs, en 2001, Chevalier a identifié une dynamique d'« inter-légalité » ou d'« inter-normativité » entre les différentes autorités administratives de divers États, lesquelles établissent entre elles un processus de communication et d'échange :

« On parlera ainsi d'« inter-légalité » ou d'« inter-normativité » pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre « espaces juridiques » différents, « ordres juridiques » distincts.

Cette mise en cohérence passe parfois par des procédés formels de *coordination* : le contrat est ainsi devenu dans l'ordre interne un moyen privilégié d'articulation des régulations étatique et locale ; elle résulte surtout du rôle joué par des agents actifs d'*harmonisation*, formant de véritables « communautés épistémiques », dont l'intervention contribue à résorber les contradictions, à réduire les dissonances, par la construction d'un *référentiel commun*. Tout régulateur est amené à se référer à des orientations d'ensemble, à des « principes directeurs », qui donnent sens aux règles dont il est chargé de faire application : dans la mesure même où ces principes renvoient à des valeurs plus générales, de nature transversale, qui transcendent les particularismes sectoriels et la diversité des espaces de régulation, ils constituent un instrument de mise en cohérence ; « les règles fixes sont des portes, les principes directeurs des ponts permettant de relier plusieurs territoires normatifs, plusieurs régulations établies souvent selon des logiques propres ». Garants d'une « interlégalité horizontale » entre des législations qui ont chacune leur spécificité mais aussi de l'internormativité entre les politiques de régulation mise en œuvre au niveau supranational, national et infranational, ils permettent de remédier à l'éclatement des dispositifs de régulation par le jeu d'une harmonisation souple et diffuse. »⁷⁸¹

En 2008, le même auteur constate de l'existence de « réseaux transnationaux » pour identifier les communautés d'experts qui investissent les champs de régulation et de gouvernance par l'entremise d'un « bricolage » diplomatique pour mettre en place des mécanismes complexes d'interaction pour permettre une gouvernance s'exerçant à de niveaux multiplex⁷⁸². Entretemps, Anne-Marie Slaughter reprend sa thèse en présentant en 2004 son ouvrage intitulé *A New World Order* en expliquant comment le transgouvernementalisme répond efficacement aux nouveaux problèmes contemporains de la globalisation : « Government networks can help address the governance tri-lemma, offering a flexible and relatively fast way to conduct the business of global governance, coordinating and even harmonizing national government action while initiating and monitoring different solutions to global problems. »⁷⁸³ Ici, le transgouvernementalisme comme ensemble systémique prend réellement forme et se confirme. Si les auteurs

780. Anne-Marie SLAUGHTER, « Agencies on the Loose ? Holding Government Networks Accountable », in G. A. BERMAN, M. HERDEGEN et P. L. LINDSETH (eds.), préc., note 738, p. 521, à la page 522.

781. J. CHEVALIER, préc., note 678, 843.

782. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 45-46.

783. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 13.

décrivent les aspects d'un même phénomène, ils ne s'accordent pas sur sa désignation comme telle. Toutefois, il apparaît que le « transgouvernementalisme » s'impose de plus en plus comme terme de dénomination et acquiert quelques fondements théoriques crédibles.

La notion de « transgouvernementalisme » — Au sens terminologique, il est encore difficile d'identifier le phénomène qu'induit la mise sur pied de réseaux transnationaux d'autorités administratives comme les MoU et le processus normatif qu'il sous-tend. En effet, cette notion ne fait pas encore consensus sur le terme qui l'identifie. À cet égard, Tarullo utilise l'expression « regulatory convergence » alors que Macey prend celle de « regulatory globalization ». Dans les deux cas, l'accent est mis sur le caractère régulateur de cette coopération entre des entités sous-étatiques aux fins d'une gouvernance globale⁷⁸⁴. Pour sa part, Kaiser parle de « multibureaucratic decisionmaking » qui traduit la nouvelle interdépendance des organisations bureaucratiques chargées d'appliquer les mesures régulatrices dans les divers secteurs d'activité spécifiques⁷⁸⁵. Dans un article, Slaughter utilise sans distinction les termes de « global gouvernance », de « transgouvernemental regulatory networks » et de « government networks » pour décrire ce phénomène de gouvernance par les réseaux⁷⁸⁶. L'usage de l'expression « Transgouvernemental Regulatory Networks » est de plus en plus utilisé dans la doctrine pour illustrer la communication internationale entre des membres d'un réseau d'organisations administratives publiques⁷⁸⁷. Par l'expression « transnational legal process », Raustiala associe ce phénomène à un processus légal qu'il ne qualifie pas d'international avec le caractère officiel qu'il induit, mais plutôt de transnational, lequel offre les subtilités propres au phénomène de réseau⁷⁸⁸. Toutefois, dans le cadre de notre étude, nous identifierons par le terme « transgouvernementalisme », traduction aisée de l'expression « transgovernmentalism » qui est fréquemment utilisée par les auteurs Slaughter, Maher, Keohane et Nye pour décrire ce système et l'opposer à celui de l'internationalisme :

784. J. R. MACEY, préc., note 409, 1353 ; D. K. TARULLO, préc., note 752, 105, 108 ; K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 735-736.

785. K. KAISER, préc., note 600, à la page 358.

786. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 122.

787. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 9 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 347.

788. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 81.

« Characterized by horizontal, decentralized, and informal coordination by government officials sharing common functional interests, transgouvernementalism is something presented as an alternative paradigm to the traditional liberal model of internationalism where the state is unitary actor advancing its own interests through diplomatic channels and international organizations and treaties. [...] However, recent developments suggest that while policy networks seem to be in the ascendancy, they do not supplant more traditional forms of international governance »⁷⁸⁹

Cette expression utilise le préfixe « trans- » lequel est associé au passage, à travers les frontières, d'un flux d'information, d'idées, de culture ainsi que de communauté d'intérêts. Quant au suffixe « -isme », il réfère tout simplement à l'existence d'un ordre systémique. Enfin, la référence au gouvernement renvoie à l'ensemble des éléments qui composent l'autorité gouvernementale notamment son organisation administrative. Évidemment, les notions française de « gouvernement » et anglaise de « government » impliquent des ambiguïtés particulières. Pour nous, la notion de « gouvernement » doit être utilisée au sens le plus large possible afin de représenter l'ensemble des pouvoirs exécutifs d'un État de la direction ministérielle jusqu'à l'administration publique.

Ainsi, sans se limiter au phénomène des réseaux internationaux des fonctionnaires, l'expression « transgouvernementalisme » constitue un cadre terminologique suffisamment ouvert pour permettre l'étude des interactions directes qui existent entre les sous-unités administratives de différents gouvernements et qui agissent en dehors des sphères politiques⁷⁹⁰. Ainsi, le terme réduit en une seule expression tout un système lié aux divers échanges formels et informels entre des administrations gouvernementales étrangères. Il est indéniable que ce courant de pensée s'inscrit comme un nouveau processus de gouvernance globale⁷⁹¹. Il évoque un changement dans la façon dont les États interagissent puisqu'il permet la coordination de politique et la construction d'alliance informelle afin de réguler des problèmes communs⁷⁹². Il reste que le transgouvernementalisme prend diverses formes d'où l'intérêt de connaître sans tarder ses diverses nomenclatures.

789. I MAHER, préc., note 37, 113

790. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 19. Maniruzzaman souligne que le transgouvernementalisme illustre l'émergence d'un nouvel ordre mondial où les tribunaux, les autorités régulatrices, les représentants des pouvoirs exécutifs ou législatifs interagissent directement avec leur contre-parties à l'étranger créant ainsi une toile de relation très dense : Abul F. M. MANIRUZZAMAN, « Global Governance, International Political Economy and the Global Legal Order - The Challenge Ahead », (2004) 1 *Manchester J. Int'l Econ. L.* 4, 6.

791. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 347.

792. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 20-21 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 351.

Les nomenclatures du transgouvernementalisme — Les réseaux transgouvernementaux peuvent prendre différentes formes au point de permettre diverses nomenclatures. Ainsi, Cheek présente une nomenclature de nature évolutive des réseaux laquelle est établie en fonction de quatre niveaux qui traduisent des degrés de coordination latérale entre des organisations et où l'objectif ultime est un système global intégré. Le premier niveau est la *dissémination transversale (cross-fertilization)* structurée selon l'échange d'information et d'idées réalisées notamment à travers des opérations d'assistance technique transfrontalières. Le second niveau les *réseaux de coordination* constitué lorsque les états décident, au premier stade de convergence, d'harmoniser graduellement leur système de régulation. Le troisième niveau apparaît avec les *réseaux de reconnaissance mutuelle des droits nationaux* lesquels permettent l'établissement de normes régulatrices minimales réciproque avec la rédaction de politiques communes intégrant des objectifs similaires, l'harmonisation des normes ainsi que l'adaptation des règles afin d'éviter une concurrence régulatrice et de promouvoir une confiance mutuelle. Quatrième niveau sont les *réseaux d'harmonisation* qui correspondent au plus haut degré de coopération entre des institutions étatiques puisqu'il s'agit de la normalisation de la régulation, et ce, sous une forme identique⁷⁹³. En l'espèce, les MoU s'inscrivent dans le troisième degré de coordination puisque chacun d'eux exprime l'initiative des autorités maritimes à vouloir mettre en œuvre des normes minimales, reconnues et réciproques de contrôle sécuritaire à bord des navires, et ce, dans l'objectif de réduire le nombre de navires sous norme en harmonisant les normes de contrôle et ainsi d'éviter le *port shopping*. Par ailleurs, le Paris MoU pourrait avoir atteint le quatrième niveau avec l'intégration de ses mesures sous forme de directives européennes⁷⁹⁴.

En 2001, Slaughter a mis de l'avant une nomenclature impliquant trois formes de réseaux lesquels sont établis en fonction du formalisme entourant le cadre dans lequel les gestionnaires des autorités interagissent. Dans le premier cas, les membres des « government Networks within International Organization » échangent officiellement de l'information au sein même d'organisations internationales publiques reconnues telles que l'ONU, l'OMI, l'OIT ou encore l'UE. Les décisions de ces organisations sont

793. M. L. CHEEK, préc., note 763, 279-281. Voir aussi K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 741.

794. *Infra*, p. 482.

généralement basées sur le travail et les recommandations des représentants et des décideurs politiques des pays membres. Dans le deuxième cas, de façon plus ou moins formelle, les « government Networks within the Framework of an Executive Agreement » peuvent s'inscrire dans le cadre d'accords exécutifs conclus par des chefs d'État et des diplomates lors de conférences bilatérales, régionales ou internationales. Les fonctionnaires travaillant au sein de ces réseaux sont sollicités par des questions d'actualité pressante, comme celles traitées par le G-8. Enfin, dans un esprit plutôt informel, les « Spontaneous Government Networks » qu'initient les fonctionnaires-cadres, souvent ceux responsables d'autorités publiques autonomes, notamment à l'occasion de conférences ou d'activité de formation. Ces réseaux de coopération n'ont pas nécessairement pour conséquence la conclusion de traité n'impliquent pas la conclusion de traité. L'absence de formalisme de ces ententes quant aux processus de formation pose un problème de transparence. En effet, ces ententes informelles prennent deux avenues puisque soit les réseaux s'institutionnalisent sous forme d'organisations de régulation transnationale, soit ils aboutissent à diverses formes d'ententes comme les MoU étudiés en l'espèce et fonctionner comme tel⁷⁹⁵. Ces réseaux dont les fonctions se chevauchent souvent permettent l'échange d'idées, de techniques, d'expériences et de problèmes, formant une mémoire collective et une constante réflexion sur les enjeux. Ils offrent des programmes d'assistance par la formation⁷⁹⁶. En bref, ce sont de véritables forum internationaux pour les membres de l'administrations publique.

En 2004, Anne-Marie Slaughter propose une autre nomenclature fonctionnant sur deux plans. Il y a d'abord les réseaux horizontaux qui impliquent trois degrés d'intégration : 1) les *réseaux d'information (Information Networks)* qui réunissent des fonctionnaires, des juges ou encore des législateurs et dans lesquels l'information est échangée, les meilleures pratiques sont répertoriés, l'assistance technique et les programmes de formation y sont disponibles; 2) les *réseaux de mise en œuvre (Enforcement Networks)* par lesquels les représentants étatiques sont dans l'impossibilité d'appliquer la législation

795. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, aux pages 129-133 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 355 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 45-49. Voir aussi Elcanor D. KINNEY, « The Emerging Field of International Administrative Law : Its Content and Potential », (2002) 54 *Adm. L. Rev.* 415, 426 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 744-745.

796. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 51.

nationale par le truchement des instances judiciaires ou des autorités responsables de la régulation. Ce type de relation prône un processus de coopération qui exige des échanges constants d'informations, le développement de programmes d'assistance de divers types ainsi qu'un partenariat pour l'élaboration d'instruments législatifs complémentaires mettant fin aux ambiguïtés du droit; 3) les *réseaux d'harmonisation (Harmonization Networks)* qui sont autorisés par les traités ou par des ententes conclues entre des représentants du pouvoir exécutif des pays qui réunissent les régulateurs d'un secteur d'activité particulier afin de s'assurer que leurs mesures de régulation respectives soient conformes aux standards établis. D'autre part, les réseaux verticaux forment une autre catégorie. ce sont des relations entretenues entre fonctionnaires supranationaux et nationaux. Ils peuvent être constitués d'un système de renforcement avec des relations d'autorités des premiers sur les seconds ou encore ils peuvent simplement prendre la forme d'un réseau d'harmonisation des normes nationales et internationales⁷⁹⁷. Dans le cadre de cette structure croisée avancée par Slaughter, les MoU sur le contrôle par l'État portuaire occupent précisément, sur le plan horizontal, le créneau des réseaux de mise en œuvre des normes de sécurité, compte tenu de l'insistance de ces derniers à faire respecter les prescriptions sécuritaires à bord des navires en organisant un contrôle par l'entremise de l'information. De plus, ces MoU sont eux-mêmes intégrés dans des réseaux verticaux puisque l'OMI chapeaute des activités d'harmonisation et de formation. Au surplus, les activités du Paris MoU s'intègrent très bien aussi dans celles plus générales de l'UE et sont visées par ses directives.

Les faits marquant l'évolution du transgouvernementalisme — Si la coopération entre les États existe depuis très longtemps, l'élaboration de mesures régulatrices uniformes par une concertation transnationale d'autorités publiques sous-étatiques comme celui des MoU est un phénomène très récent. En fait, c'est une convergence de plusieurs phénomènes qui ont permis les assises d'une coopération transgouvernementale par l'organisation en réseaux. Il faut souligner à cet égard que la concrétisation de ce phénomène date seulement d'une trentaine d'années. En effet les membres influents d'agences financières nationales ont créé , en 1974, le *Basle Committee on Banking Supervision* (Comité de Bâle) ainsi que l'*International Organization of Securities*

797. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 13, 19-21, 24, 52-61, 132, 135-137, 144-145. Voir aussi K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 742.

Commissioners (IOSC) pour le contrôle des mouvements de capitaux. Or, ces réseaux ne rencontrent pas les modèles traditionnels d'organisation puisqu'ils ne sont pas constitués par des traités, leurs membres ne sont pas nécessairement des États et que leurs institutions n'ont aucun statut officiel. Les réseaux transgouvernementaux existent aussi au sein même d'organisations internationales comme l'OCDE, dont les pays membres cherchent une plus grande intégration économique et financière par l'accroissement de l'interdépendance de plusieurs secteurs d'activité, notamment, par des stratégies régulatrices de rapprochement et de coopération. Par ailleurs, l'Union européenne, sont des institutions où se concentrent des activités de gouvernance à niveaux multiples. En effet, au sein de cette institution, les interactions régulatrices d'ordre transgouvernemental émanent d'abord des divers réseaux opérant entre des commissaires européens, notamment, par un processus complexe d'échange qualifié de « comitologie »⁷⁹⁸. Enfin, il existe aussi un système de gouvernance transatlantique qui aide, encourage et gère une toile de coopération économique pour la région transatlantique, entre l'Europe et l'Amérique⁷⁹⁹.

Conclusion du chapitre préliminaire — Dans un marché imparfait, la régulation force l'équilibre entre les forces économiques en obligeant l'intégration des externalités liées aux opérations commerciales. Avec la globalisation, la gouvernance devient un mode de régulation multidimensionnel. Les liens de coopération avec des partenaires étrangers sont privilégiés. De cette manière, les autorités administratives autonomes peuvent mettre sur pied et entretenir des réseaux de coordination de leurs interventions. C'est ainsi que le transgouvernementalisme, cette sous-catégorie de la gouvernance globale, devient une voie médiane entre ceux qui souhaitent le renforcement des institutions et du droit international et ceux qui préfèrent un marché autorégulé, libre d'entraves réglementaires⁸⁰⁰.

798. *Infra*, p. 272.

799. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 352 à 354. Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, aux pages 126- 127 ; Pedro Gustavo TEIXEIRA, « Public Governance and the Co-operative Law of Transnational Markets : The Case of Financial Regulation », in L. KARL-HEINZ (ed.), préc., note 437, p. 305, à la page 317 ; David ZARING, « Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration », (2004-2005) 5 *Chi. J. Int'l L.* 547, 569 ; C. A. WILLIAMS, préc., note 450, 463.

800. A. F. M. MANIRUZZAMAN, préc., note 790, 5.

Titre I

Le droit public traditionnel contesté : l'analyse *ad hoc* du transgouvernementalisme

Le manque de sécurité maritime est associé à un manque de *volonté* d'intervenants privés et publics chargés de faire respecter les règles substantives adoptées dans le cadre d'un ordre lié au positivisme-normativisme. Ainsi, la complaisance et la course vers le fond ont imprégné le droit international positif et ouvert la porte à la contestation de l'ordre juridique traditionnel. Le courant de pensée du transgouvernementaliste prétend inculquer un nouveau souffle au droit et fonde principalement son développement sur les failles du paradigme dominant. Selon notre perspective d'étude *ad hoc*, nous souhaitons identifier les problèmes structurels du système normatif traditionnel pour justifier l'avènement d'un système alternatif. Or, des constats se révèlent dès maintenant et préparent le terrain à l'élaboration des réseaux transgouvernementaux. Ainsi, leur réalité s'associe à une dénonciation des éléments structurels de l'ordre juridique traditionnel notamment en raison de sa fragmentation. Dans un premier temps, nous verrons que cette dénonciation est nationale. Dans un second temps, nous constaterons que pour d'autres raisons elle est internationale.

Chapitre 1

La fragmentation de l'ordre national

Le droit positif traditionnel national semble mal adapté aux processus de globalisation. En fait, le droit ne s'exerce plus nécessairement sur la base d'un territoire⁸⁰¹ et il doit plutôt mettre en œuvre des mesures de régulation complexes et éphémères pour

801. T. R. FENOULHET, préc., note 700, 9.

éluder la facilité et la fluidité des échanges internationaux⁸⁰². C'est pourquoi on accuse le droit traditionnel de manquer de souplesse. Par ailleurs, confrontées aux développements technologiques et à la nécessité d'entretenir un degré de spécialisation élevé pour permettre et autoriser la régulation d'un secteur d'activité, les autorités chargées du contrôle doivent pouvoir bénéficier d'un minimum d'autonomie pour exercer valablement leur expertise.

Section 1 La complexification du droit

Le droit national traditionnel offre généralement peu de flexibilité quant à sa mise en œuvre. Cela est certainement un handicap dans un contexte où les activités économiques dépassent largement les frontières. Dans un contexte de globalisation et de développement des technologies, le droit s'est complexifié tant horizontalement par la multiplication des règles que verticalement par la précision technique qu'elles énoncent.

La multiplication des textes législatifs — Au plan horizontal, le droit est maintenant constitué d'une mosaïque de textes législatifs et réglementaires qui ont toujours été multiples, diversifiés et enchevêtrés. Les autorités législatives prennent à tout moment l'initiative de créer de nouvelles règles pour pallier aux lacunes de la loi, et pour en tirer quelques crédits politiques. Cela a pour conséquence d'introduire des ajustements incessants. Cela mène à la prolifération anarchique de lois maintenant « marquées du sceau de la précarité, signe d'un instrumentalisme sans doctrine »⁸⁰³.

Tous les pays connaissent une prolifération anarchique de leur législation qui a pour effet de rendre les frontières de leur droit toujours plus floues. En fait, l'enchevêtrement des textes juridiques au sein des diverses sociétés et des compétences crée un véritable désordre normatif. Devenus ponctuels et particularistes, les textes législatifs abusent dorénavant des détails techniques, et ce, au point de perdre l'universalité de la règle. Du coup, cela entraîne le naufrage du droit commun et de la règle uniforme. Compte tenu des nombreux changements qui surviennent au sein d'une société, ces règles qui prétendent

802. O. LOBEL, préc., note 541, 357.

803. P. DURAN, préc., note 541, 36; voir aussi J. CHEVALIER, préc., note 45, 128; A. DUNSIRE, préc., note 665, à la p. 24.

serrer au plus près la réalité exigent que le droit soit constamment ajusté sous peine de rapidement être frappé d'obsolescence⁸⁰⁴. L'inflation normative est un phénomène qui est partagé par tous les États et vise toutes les branches juridiques. La sur-réglementation engendre un accroissement démesuré du volume des règles lesquelles se révèlent parfois médiocres⁸⁰⁵.

D'ailleurs, la complexité « horizontale » du droit positif national s'est aussi imposé par l'entremise du développement du droit international lequel a connu lui aussi ces dernières années une multiplication exponentielle du nombre des conventions, des précédents et des organisations internationales⁸⁰⁶. Or, les prescriptions élaborées dans le cadre du droit international sont nécessairement vouées à être intégrées dans les droits nationaux. Le nombre et les types de conventions qui ont été abordées précédemment montrent combien le transport maritime est un secteur qui a été victime de cette prolifération et qui est aujourd'hui soumis à une mosaïque de règles⁸⁰⁷.

La spécialisation des textes législatifs — Au plan vertical, le droit est aussi devenu plus protéiforme en raison d'une spécialisation et d'une exhaustivité de plus en plus contraignante⁸⁰⁸. Le secteur maritime est un domaine exemplaire où une technicité normative est exigée au plan sécuritaire⁸⁰⁹. La régulation exige un contrôle qui doit être exercé par des autorités administratives spécialisées :

« The reference to sustained and focused control by an agency suggests that regulation is not achieved simply by passing a law, but requires detailed knowledge of, and intimate involvement with, the regulated activity. This requirement will necessitate, sooner or later, the creation of specialised agencies entrusted with fact-finding, rule-making, and enforcement »⁸¹⁰

Les autorités législatives des pays s'appuyant maintenant sur l'opinion des experts à l'emploi d'autorités administratives spécialisées fait en sorte que les nouvelles normes

804. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 105.

805. *Id.*, p. 109 et 151.

806. J. N. ROSENAU, préc., note 733, à la page 8.

807. *Supra.*, p. 26 et s..

808. J. CHEVALIER, préc., note 45, 128.

809. La plupart des conventions internationales mentionnée en première partie sont très explicites quant à la description des normes techniques qu'un navire doit rencontrer.

810. G. MAJONE, préc., note 663, 81.

juridiques se fondent sur la compétence⁸¹¹. Ainsi, un langage spécialisé, souvent d'initiés, propre au domaine visé est maintenant intégré à la rédaction des textes législatifs et réglementaires, et ce, dans le but de s'adresser efficacement aux régulés qui sont visés par la réglementation :

« La connaissance même de la règle applicable devient problématique. Sinon pour une communauté réduite d'experts qui se voient investis du même coup d'un véritable pouvoir d'intimidation. Quant à l'administration, forte d'un droit dont elle a la maîtrise parce qu'elle le fabrique, elle manipule un savoir de moins en moins contrôlable : en jouant les textes les uns contre les autres ou les uns avec les autres »⁸¹²

Cette technicité propre au domaine engendre ce que l'on pourrait qualifier d'un trouble du langage juridique. Ainsi, les mots ne renvoyant plus au sens commun, ceux-ci s'adressent plutôt aux initiés de l'administration publique concernée. Les textes sont à ce point obscurs qu'ils ne sont plus aisément accessibles aux justiciables. Par exemple, certaines dispositions législatives techniques régissant le secteur du transport maritime sont si pointues que leur portée générale n'est plus compréhensible pour ceux visés par les mesures ni même pour la majorité des élus qui en sont les auteurs.

Cette complexité du droit diminue la capacité de l'appareil législatif à efficacement maîtriser les enjeux d'un secteur d'activité. Cette capacité d'intervention est délaissée au profit des hauts fonctionnaires auxquels le cadre législatif accorde toujours davantage de pouvoirs discrétionnaires⁸¹³. En effet, la fonction publique « a investi de nouveaux lieux [...] pour lesquels le législateur abandonne volontiers aux experts le pouvoir d'apprécier de façon discrétionnaire les choix à effectuer. La langue du droit change de ton et de registre : elle ne commande plus à l'administration d'agir ou de ne pas agir. Elle lui laisse toute latitude de faire, de faire faire ou ne pas faire »⁸¹⁴. Les décisions devenues apparemment techniques ont l'avantage de dépolitiser les questions de nature politique⁸¹⁵. Cette délégation de pouvoir au profit de l'administration engendre progressivement l'effacement des prescriptions législatives au profit d'une inflation normative de règles secondaires,

811. J. CHEVALIER, préc. note 541, 676.

812. Jacques CAILLOSSE, « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 85, 90 et 91; voir aussi Kyösti PEKONEN, « Governance and the Problem of representation in Public Administration : the Case of Finland », in J. KOOIMAN (ed.) préc., note 662, p. 205, à la page 212.

813. G. DUFOUR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 483.

814. J. CAILLOSSE, préc., note 812, 93.

815. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 144.

comme les politiques administratives. Ainsi, la régulation devient de moins en moins tributaire d'une intervention relevant de l'ordre positif⁸¹⁶.

Les fonctionnaires détiennent une expertise dans leur domaine d'action et agissent en fonction d'une vision technique et scientifique — Plusieurs secteurs d'activités, comme celui du transport maritime, exigent dorénavant de ses opérateurs ainsi que de ses contrôleurs un fort niveau de connaissance technique. Or, de manière générale, la connaissance est source de pouvoir en offrant la capacité de comprendre les tenants et les aboutissants d'une situation ainsi que la légitimité d'orchestrer un processus d'intervention menant aux résultats désirés⁸¹⁷. La capacité des experts discriminer les données utiles leur offre une réelle position d'influence :

«Information is power, and today a much larger part of the world's population has access to that power. [...] Technological advances have led to a dramatic reduction in the cost of processing and transmitting information. The result is an explosion of information leads to scarcity-of attention. When people are overwhelmed with the volume of information confronting them, they have difficulty discerning what to focus on. Attention rather than information becomes that scarce resource, and those who can distinguish valuable information from background clutter gain power. Editors and cue givers become more in demand, and this is a source of source of power for those who can tell us where to focus our attention.»⁸¹⁸

Le degré d'expertise nécessaire à l'exercice du contrôle est tel que le caractère technique de certains domaines d'activité contrôlés par les autorités publiques exigent non seulement des mesures de régulation propres à son application, mais aussi que celles-ci soient rédigées et mises en place par eux afin de s'assurer d'atteindre des objectifs de contrôle⁸¹⁹. En l'espèce, la sécurité maritime est un thème particulièrement complexe en raison des nombreuses spécifications techniques qu'elles engagent, au point où seuls des fonctionnaires qui sont en mesure d'en apprécier correctement la portée sont ceux qui ont eu une formation sinon une expérience, d'officiers naviguant, d'ingénieurs ou d'architectes navals. Cela s'applique aussi aux divers autres corps professionnels techniques oeuvrant dans le secteur maritime⁸²⁰.

816. P. DURAN, préc., note 541, 6 et 36 ; voir aussi J. CAILLOSSE, préc., note 812, 94.

817. R. D. LIPSCHUTZ, préc., note 737, 83.

818. J. S. NYE, préc., note 412 p. 105.

819. J. DE GUILLENCHMIDT, préc., note 695, 58.

820. Ces catégories professionnelles sont d'ailleurs recrutées par les autorités maritimes comme inspecteurs : *infra*, p. 265.

Par rapport aux personnes « politiques », les fonctionnaires ont acquis une position prédominante dans le processus de régulation, notamment grâce à leur expertise, à leur connaissance du milieu ainsi qu'au volume d'informations dont ils disposent. Qui plus est, ils sont en mesure d'aider les législateurs à prendre des décisions politiques et légales⁸²¹. Ainsi, non seulement sont-ils maîtres de l'information qui circule entre les régulés et le gouvernement, mais encore sont-ils les seuls de l'appareil étatique à être en mesure d'apprécier certains détails pour en tirer des conclusions parfois techniques et volumineuses dans le processus d'élaboration des normes techniques utiles aux contrôles qu'ils doivent mener⁸²² :

« Certes, les fonctionnaires n'ont pas officiellement de pouvoir de décision. Leur tâche est de préparer les dossiers, de rassembler et présenter «les faits», de suggérer les dispositions d'une loi à appliquer ou une interprétation satisfaisante, et ensuite de conseiller les organes compétents [...]. Toutes ces organisations ont une clientèle énorme, souvent indéterminable, parce que chaque jour se présentent énormément de gens [...]. Dans le déluge de dossiers, ils développent des routines pour s'assurer très vite de la nature, de la catégorie d'un cas »⁸²³.

Les inspecteurs d'une autorité maritime d'un État n'échappent pas à cette dynamique. Or, les réseaux transgouvernementaux ont l'avantage d'accroître encore davantage leur acuité d'inspection en leur permettant d'accéder à un savoir partagé, notamment à travers l'élaboration de codes des meilleures pratiques, à savoir des compilations synthétisant les expériences de chacun⁸²⁴. En effet, grâce à ces échanges, de nouvelles connaissances scientifiques, techniques et sociales nécessaires à la résolution de différents types d'enjeux et de problèmes contemporains peuvent être générées. Cette connaissance est souvent formée d'expériences empiriques issues de tentatives, d'échecs ou de succès réalisés par chacun et qui peuvent être partagées avec des homologues. Bien que ces fonctionnaires-experts ne soient pas des diplomates ou rattachés spécifiquement aux affaires étrangères, leur volonté et leur habitude de coopérer dans la mise en commun des connaissances permet d'améliorer leur capacité d'intervention pour résoudre des problèmes nationaux⁸²⁵.

821. L. DAVIS, préc., note 776, 141.

822. I MAHER, préc., note 37, 117.

823. A. J. HOEKEMA, « La production des normes juridiques par les administrations », (1994) 27 *Droit et Société* 303, 308.

824. I MAHER, préc., note 37, 117. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 53.

825. M. L. CHEEK, préc., note 763, 278; R. D. LIPSCHUTZ préc., note 737, 87.

Dans ce cercle très restreint, les membres d'un réseau de fonctionnaires-experts utilisent une forme de rédaction dite « administrative » qui se limite à décrire des faits apolitiques et techniques lesquels sont séparés du contexte social ou politique global dans lequel ceux-ci s'inscrivent. Ainsi, vidées de tout style personnel ou de valeur expressive, les publications des politiques administratives sont de natures essentiellement techniques⁸²⁶. Cette neutralité affichée accroît la crédibilité des organisations administratives dans leurs démarches auprès des instances politiques et évite la vérification des activités par les élus. D'ailleurs, les autorités publiques évitent de compromettre leur loyauté envers leur territoire en conservant une approche technique des problèmes tout en mettant de l'avant des engagements vagues⁸²⁷. En fait, les politiciens sont contraints de laisser aux autorités, comme les autorités maritimes, la tâche d'élaborer et de mettre en œuvre des règles techniques et normatives. Ainsi, ils espèrent que ces initiatives de régulation ont de meilleures chances de cibler des détails épineux et d'avoir une portée réelle. À cela s'ajoute l'autonomie d'intervention dont bénéficient certaines autorités administratives spécialisées de l'État qu'il faut dès maintenant étudier.

Section 2 L'autonomie des autorités gouvernementales

La contestation des mesures de régulation mise en œuvre par le droit positif est souvent liée à la dénonciation d'une structure hiérarchisée de l'appareil bureaucratique étatique qui rend celui-ci inefficace, frustrant, léthargique et chaotique. Nous l'avons déjà souligné, la régulation d'activités économiques par le droit positif traditionnel suit la logique du modèle coercitif de « *command and control* »⁸²⁸. Celui-ci est d'ailleurs orchestré par un appareil bureaucratique centralisé, souvent lent et complexe⁸²⁹. Or, ce modèle induit une structure hiérarchique simplifiant des solutions selon une information pauvre et détachée de la réalité. Quant à la mise en œuvre des politiques de régulation, celles-ci sont souvent confrontées à la résistance de groupes de pression d'intérêts privés

826. K. PEKONEN, préc., note 812, à la page 211.

827. *Id.*, à la page 212. Voir aussi A. KAZANCIGIL, préc., note 744, 78.

828. *Supra*, p. 197.

829. R. HOWSE, préc., note 681, 459

ainsi qu'au manque de ressources matérielles de l'appareil bureaucratique⁸³⁰. Dans un tel contexte, l'État fait l'objet d'un véritable démentèlement de ses fonctions régaliennes, devenues une fiction mal adaptée à l'égard des nouveaux enjeux des relations internationales : « The disaggregated state sounds vaguely Frankensteinian – a shambling, headless bureaucratic monster. In fact, it is nothing so sinister. It is simply the rising need for a capacity of different domestic government institutions to engage in activities beyond their borders, often with their foreign counterparts »⁸³¹. Celui-ci est maintenant représenté simplement « comme une agrégation de multiples institutions aux rôles et aux capacités distinctes rejetant alors la vision d'un État unitaire »⁸³². Toutefois, l'autonomie des autorités est d'abord liée à une contestation du droit positif au sein même de l'appareil bureaucratique. Un phénomène qu'il faut dès lors aborder.

La remise en cause du droit positif par l'administration publique — Le droit positif traditionnel est l'objet de critiques de la part des gestionnaires de l'administration publique. D'une part, ils contestent une logique fondée sur le positivisme-normativisme qui relève essentiellement du domaine juridique. Ainsi, ils soutiennent que l'élaboration des règles ne s'appuie pas sur la réalité rendue par l'évolution des sciences sociales, mais plutôt sur la seule validité constitutionnelle. Or, certains allèguent que les rouages administratifs de l'État seraient devenus complexes au point d'offrir un rôle prédominant, mais injustifiable, aux juristes⁸³³. Par ailleurs, sur le plan de l'idéologie, la distinction catégoriques entre le domaine public et celui du privé serait devenue insoutenable. En fait, il n'y aurait pas d'incompatibilité entre l'univers bureaucratique ayant l'intérêt général à cœur et celui de l'entreprise privée recherchant des sources de profits tout en oeuvrant pour l'ensemble de la société. Or tant dans le domaine public que dans celui du privé, les nouvelles méthodes de gestion administrative prétendent être évidemment efficaces⁸³⁴. Toutefois, l'expérience politique démontre que l'usage du droit positif comme fondement au droit administratif encourage la fonction publique à se refermer sur elle-même, à devenir une bulle encourageant des comportements réfractaires des fonctionnaires aux exigences de

830. O. LOBEL, préc., note 541, 344; A. DUNSIRE, préc., note 665, à la page 24.

831. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 12.

832. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 739. Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 12 et s. et 32.

833. P. DURAN, préc., note 541, 4; J. CAILLOSSE, préc., note 812, 86-87.

834. J. CAILLOSSE, préc., note 812, 86-87.

l'efficacité et du rendement que l'on retrouve dans le milieu industriel⁸³⁵. Par ailleurs, il est inefficace de gérer l'administration publique seulement par la loi, et ce, de manière monolithique. Déjà, sur le plan culturel, la fonction publique est animée d'une importante diversité d'interactions sociopolitiques, et ce, notamment, en fonction de ses unités administratives spécialisées dans des secteurs d'activité de pointe, comme l'autorité maritime d'un État. Les consensus qui règnent dans ces unités traduisent souvent l'existence de valeurs communes et expriment la volonté d'autonomie vis-à-vis le gouvernement⁸³⁶. En outre, ces constats expliquent l'hostilité qu'entretiennent les gestionnaires publics à l'endroit des interventions politiques par le droit positif traditionnel. Ils allèguent qu'une intervention législative induit des méthodes qui en empêchent l'appareil gouvernemental d'exploiter son plein potentiel créant de véritables distorsions vis-à-vis d'autres champs sociaux. À titre d'illustration, Jacques Caillosse expose les récriminations des gestionnaires de l'administration publique française à l'endroit du cadre juridique imposé et comment ils aspirent à une plus grande souplesse organisationnelle :

« C'est évident : les managers ne se satisfont pas de l'état du droit. Ils aspirent à le faire changer, parfois même ils souhaitent pouvoir s'en passer. Et les juristes sont les destinataires privilégiés du message suivant : la culture juridique dont dépend l'administration française, informant son mode d'organisation autant que ses pratiques, compromet la modernisation des services publics et de l'État. Introduire une culture d'entreprise dans l'administration en général et dans le secteur public industriel et commercial en particulier suppose de libérer les institutions des contraintes juridiques désuètes dont elles restent tributaires. Le droit contribue à entretenir l'état de crise dont souffre l'administration »⁸³⁷

C'est ainsi que, récemment avec le « managérialisme », les gestionnaires de pays développés ont connu un accroissement de leur responsabilités et dotés d'une autonomie de gestion pour tenter d'atteindre des objectifs fixés⁸³⁸. Indirectement, on assiste à la « managerisation du droit », un phénomène auquel les juristes avisés doivent s'attarder.

Le «managérialisme » et la « managerisation du droit » au sein de l'appareil administratif — Généralement, le manque d'efficacité au sein des administrations publiques est un problème récurrent au point que l'influence des multinationales s'accroît alors que diminue celle des États lesquels sont confinés à un pouvoir négatif de contrôle des

835. *Id.*

836. Torben Beck JØRGENSEN, « Modes of Governance and Administrative Change », in J. KOOIMAN (ed.), préc., note 662, p. 220, à la page 224 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 14. Comme nous le verrons, le partage de valeurs communes fondent des communautés épistémiques : *infra*, p. 261-268.

837. J. CAILLOSSE, préc., note 812, 86 ; O. LOBEL, préc., note 541, 363.

838. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 82-83.

activités lesquels sont souvent contournés⁸³⁹. Cela fait dire à des gestionnaires que l'introduction de pratique de gestion privée au sein du secteur public serait un moyen de le rendre plus efficace notamment en répondant aux besoins du moment. Évidemment, tout cela présuppose la subordination des principes légaux du secteur public à des valeurs plus pragmatiques⁸⁴⁰. Autrement dit, « l'idée s'est imposée que l'administration publique doit être, à l'instar du privé, « efficace » et qu'elle doit à cet effet emprunter à celui-ci des recettes de bonne gestion »⁸⁴¹. D'où le courant dans les années 1980 du « managérialisme » ou *New Public Management* qui doit réduire l'importance de l'État tout en offrant des méthodes performantes de gestion publique qui intègrent des impératifs d'efficacité, de productivité et de réduction des coûts⁸⁴².

Il en découle ce que Jacques Chevalier dénomme la « managerisation du droit » laquelle opère une rationalisation de la production juridique par l'entremise d'une rigueur des méthodes d'élaboration en amont et par la prise en compte des résultats enregistrés en aval : « Le recours à une démarche méthodique permet d'abord de parer la loi des attributs de la scientificité [...] le « dire normatif » du législateur se trouve référé à un « savoir » qui le met à l'abri de toute contestation »⁸⁴³. Chevalier croit que la *managérisation* du droit par les autorités administratives plus autonomes permet l'élargissement des moyens visant l'accroissement de l'efficacité des mesures de régulation. Dans un contexte où le droit post-moderne, allégué par Chevalier, offre des moyens normatifs qui dépassent le cadre juridique traditionnel et donne au droit un rôle directeur plutôt que d'intimation, la technicisation des normes, autrement dit leur managérisation, permet d'infléchir les comportements par le jeu de la persuasion :

839. Suh-Young CHUNG, « The Paradigm Shift in the Greening of Northeast Asia Soft-Institution Building », (2003) 3 *Journal of Korean Law* 145, 160. D'ailleurs, les gens du milieu des affaires ont plus intérêt à apprendre rapidement des techniques pour contourner les règles alors que la machine régulatrice est plus lente à s'adapter en raison d'un manque d'intérêt : O. LOBEL, préc., note 541, 398.

840. Hans KRAUSE HANSEN, Dorte SALSKOV-IVERSEN et Sven BISLEV, « Discursive Globalization, Transnational discourse communities and New Public Management », », in M. OUGAARD et R. HIGGOTT (eds.), préc., note 715, p. 107, à la page 108. Rhodes désigne l'intégration de méthodes de gestion du secteur privé au secteur public comme étant du *New Public Management* par la mise en place de contrainte par des mesures de performance et la gestion par résultats : R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 56.

841. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 71. En outre, l'expertise est un moyen de dépolitiser les enjeux et de légitimer une autorité d'intervention : *supra*. p. 228. Évidemment cette volonté d'efficacité pourrait mener à une dérive bureau-technocratique : *infra* p. 376.

842. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 73-74.

843. J. CHEVALIER, préc., note 45, 125.

« La technicisation de la norme juridique contribue à conforter son efficacité; ainsi, la normativité juridique vient-elle se sur-imposer à la normativité technique, en redoublant ses effets. [...] D'autre part, et plus généralement, la norme juridique tend à être englobée dans une problématique plus large de la régulation. Qui infléchit sa logique : visant à assurer la reproduction des équilibres sociaux, la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non juridiques; le droit n'apparaît plus que comme un instrument de «guidance» ou de «pilotage», au service de politiques qui le dépassent. Ce glissement est très explicite dans le cas des autorités administratives indépendantes : ces autorités sont dotées d'une série de pouvoirs juridiques, dont le cumul contraste avec typologies classiques; mais ces pouvoirs sont mis au service d'une fonction plus globale de régulation sectorielle, qui passe aussi par des moyens plus informels d'influence et de persuasion »⁸⁴⁴.

Enfin, Chevalier souligne l'influence réciproque entre le *management* et le droit puisque l'introduction de techniques de gestion provoque une dérive de la rationalité juridique, notamment en dégradant la qualité des textes. Mais, selon l'auteur, elle impose en même temps un effort de codification par laquelle les politiques et les textes administratifs deviennent normatifs au sens du droit, et ce, même si un tel processus de codification serait peu compatible avec la rationalité pragmatique qui est associée avec la gestion⁸⁴⁵. Ainsi, la « managérisation » axée sur l'efficacité favorise un processus d'adaptation du contenu de la règle qui renforce du même souffle sa pertinence. Il s'agit d'ajuster les principes bureaucratiques traditionnels pour tenir compte d'un nouveau contexte. Le cadre juridique applicable à l'administration a été rénové de l'intérieur⁸⁴⁶. Par ailleurs, cette nouvelle gestion prend en compte la spécialisation et l'expertise des fonctionnaires pour fonder la déconcentration des autorités administratives.

L'autonomie des autorités publiques générée par la reconnaissance de leur spécialisation — Si les membres des instances législatives ne sont plus en mesure de développer des règles de régulation précises et efficaces, particulièrement pour des domaines fortement techniques comme la sécurité maritime, la fonction publique ne peut plus se cantonner au rôle de simple exécutant. Cette structure strictement hiérarchique, ou dite verticale, n'est souvent plus de mise. En outre, sur la prémisse que dorénavant une distinction s'impose entre la bureaucratie généraliste et celles d'autorités publiques spécialisées⁸⁴⁷, ces dernières mettent en œuvre la régulation d'un secteur d'activité en fonction de l'expertise de fonctionnaires qu'elles recrutent. Or, ces derniers doivent jouir

844. J. CHEVALIER, préc. note 541, 679.

845. J. CHEVALIER, préc., note 45, 129-130.

846. *Id.*, 127.

847. G. MAJONE, préc., note 692, 154.

d'une grande capacité décisionnelle pour leur permettre de contribuer pleinement à l'atteinte des objectifs de régulation du secteur d'activité. Ainsi dès les années 1980, les autorités législatives des pays développés ont admis le développement de l'autonomie d'autorités administratives spécialisées, notamment en leur déléguant des pouvoirs spéciaux et discrétionnaires permettant de concevoir des politiques d'application des normes. Au plan de l'exercice du pouvoir, cette situation est particulière puisque non seulement les fonctionnaires spécialisés bénéficient d'une capacité discrétionnaire quant à la mise en œuvre du droit, mais ils profitent aussi d'une situation de proximité avec ceux visés par la régulation. En d'autres termes, ils seraient devenues les maîtres d'une « boucle de contrôle »⁸⁴⁸. Cette autonomie par la délégation législative traduit une remise en cause de l'autorité parlementaire qui est « entendu comme un glissement radical de la fonction normative du Parlement vers l'exécutif et, au sein de celui-ci, de nouveaux glissements au profit de l'administration. »⁸⁴⁹ Il reste néanmoins que l'habilitation de l'autorité autonome résulte d'une loi laquelle garde intact le principe de la hiérarchie des pouvoirs et donc le fondement positiviste-normativiste de l'État⁸⁵⁰.

Le fondement de la légitimité d'une telle autonomie d'intervention se fonderait sur l'expertise qui aurait tendance à faire diminuer les coûts de régulation, notamment en réduisant ceux liés à la recherche d'information, la négociation liée au processus d'élaboration des normes ainsi qu'à l'application et l'évaluation de ces dernières⁸⁵¹. En l'occurrence, l'autonomie des autorités administratives permettrait l'élaboration d'un droit spontané répondant aux besoins immédiats de régulation à l'égard d'activités globalisées, et ce, sans nécessairement avoir à subir les inconvénients d'un processus législatif, à savoir qu'il est souvent superficiel, long et inadapté⁸⁵².

848. Nicole DECOOPMAN, « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), préc., note 672, p. 249, aux pages 249, 251-254.

849. F. OST et M. Van DE KERCHOVE, préc., note 717, p. 85.

850. *Id.*, p. 85.

851. Giandomenico MAJONE, « International Regulatory Cooperation : A Neo-Institutionalist Approach », in G. A. BERMAN, M. HERDEGEN et P. L. LINDSETH (eds.), préc., note 738, p. 119, aux pages 141-142 ; G. MAJONE, préc., note 692, 159 et 162 ; G. MAJONE, préc., note 663, 84.

852. François OST, « L'accélération du temps juridique », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.) *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 2000, p. 7, à la page 11. Gunther Teubner constate que le droit globalisé a cette caractéristique d'être plus spontané même si cela est au risque de perdre sa stabilité et/ou son uniformité : « Le droit

Grâce à leur autonomie, les autorités publiques concernées ne sont plus vouées à un rôle uniquement d'exécutant, mais leur offre une perspective d'intervention davantage politique : « [...] Les autorités administratives indépendantes sont considérées comme des instances de régulation dès lors qu'elles exercent un pouvoir d'influence ou une magistrature morale qui ne peuvent être appréhendés du seul point de vue de la technique juridique »⁸⁵³. Compte tenu de l'importance de leurs mandats élargis, ces autorités se dotent généralement de règles internes pour diriger leurs activités. Celles-ci sont souvent l'expression d'un compromis entre la précision et la nécessité de souplesse, ceci aux fins d'établir la légitimité juridique des normes que pour les adapter lors de leur mise en oeuvre. D'ailleurs, les autorités s'efforcent de donner à ces règles toutes les apparences d'une légitimité juridique en s'y conformant tout en suivant leurs propres précédents le tout en s'assurant qu'une certaine régularité procédurale, définie dans le cadre de son processus interne d'activité, soit respectée⁸⁵⁴. La prédictibilité qui en découle permet d'éviter la réfutation de la légitimité de normes issues de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire⁸⁵⁵.

Par ailleurs, la complexité des processus de régulation incite les autorités administratives à jouer le rôle de centres autonomes de recherche et de conception de politiques de régulation où l'expérimentation de solutions est privilégiée. Ceci les engage dans une dynamique de participation, de diversification ainsi que de concurrence pour adapter les règles générales au contexte local⁸⁵⁶. D'où cette autonomie d'action pour permettre aux autorités d'être animées « [d']un ensemble de pratiques servies par la

semble accélérer son allure sur l'océan de la globalisation, tirant profit des courants de globalisation des autres sous-systèmes. Mais en exploitant des énergies systémiques étrangères, il risque de perdre son identité. Dans la mesure où il abandonne de plus en plus la production normative à la formation « spontanée » du droit avec les autres sous-systèmes sociaux, il ne reste plus grand chose de son autonomie » : Gunther TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale? », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant et Éditions de l'Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2001, p. 197, à la page 214. Voir aussi J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 94 ; G. DUFOUR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 503 et 504. Parlant du droit spontané, Pascale Deumier invoque un processus impliquant « une longue série d'éléments, en apparence anodins, mais dont la réunion parvient à faire naître le droit. » : Pascale DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, n° 11, p. 22.

853. J.-L. AUTIN, préc., note 666, à la page 52.

854. Todd D. RAKOFF, « The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation », (2000) 52 *Admin. L. Rev.* 159, 161-162.

855. G. MAJONE, préc., note 851, aux pages 141-142.

856. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 438-439 ; O. LOBEL, préc., note 541, 382 et 399.

réflexion, où se mêlent de fait le pragmatisme et la connaissance scientifique »⁸⁵⁷. Cette situation leur offre la légitimité de coordonner les actions des divers intervenants que ce soit en définissant les normes minimales, d'assurer le rôle de médiateur entre partenaires ou encore pour construire l'infrastructure organisationnelle nécessaire⁸⁵⁸.

Sur le plan de la sociologie, l'approche hiérarchique et unitaire traditionnelle de l'État, établit en fonction d'une chaîne de subordination rigide, est aussi contestée. Selon Jacques Chevalier, cette approche suscite des comportements de passivité ou de retrait de la part de personnel administratif. L'approche hiérarchique se justifiant seulement dans un cadre stable. Or, la dynamique liée à la globalisation exige que les fonctionnaires puissent prendre des initiatives pour répondre efficacement aux enjeux toujours changeants. Dans ce contexte, l'autonomie des administrations et la nécessité de collaboration entre les membres du personnel de la fonction publique favorisent une meilleure réaction notamment par l'amélioration du climat de travail, de la qualité des décisions ainsi que de la circulation d'une information de qualité⁸⁵⁹.

En l'espèce, l'attribution de pouvoirs discrétionnaires aux inspecteurs d'autorités maritimes, comme ceux du DSM canadien ou du DAM français, chargés d'inspecter des navires est essentielle. En effet, non seulement ont-ils à exercer pleinement leur expertise, mais aussi parce qu'ils sont seuls à pouvoir apprécier les faits sur le terrain⁸⁶⁰. Tout cela offre à ces autorités spécialisées la crédibilité nécessaire. Du reste, la souplesse d'intervention de ces autorités a un effet dissuasif auprès des régulés puisqu'il est maintenant établi que ces derniers préfèrent coopérer plutôt que de contester les programmes mis en oeuvre⁸⁶¹.

Processus de désintégration du gouvernement — La délégation de pouvoirs des organes législatif et exécutif vers les autorités administratives engagerait, selon Sol

857. P. DURAN, préc., note 541, 10.

858. J. FREEMAN, préc., note 758, 31.

859. J. CHEVALIER, préc., note 45, 120-122 ; G. MAJONE, préc., note 692, 225.

860. A. J. HOEKEMA, préc., note 823, 309.

861. T. D. RAKOFF, préc., note 854, 172. Nous verrons plus loin que les MoU font maintenant l'objet d'un processus d'acceptation par les armateurs : *infra*, p. 472.

Picciotto, une transformation du gouvernement traditionnel en faveur de l'établissement d'une nouvelle forme de gouvernance exercée par ces dernières :

« Within states, there has been a trend towards disintegration of government and an increased delegation of regulatory authority and normative competence to professionals and specialists, such as lawyers, accountants, economists, scientific experts. Thus, there has been a shift from "government" to "governance", as the central political institutions of the state have found it increasingly difficult to resolve social conflicts or to reconcile the diversity of social interests, which some say have resulted from the increased uncertainties of the "risk society". »⁸⁶²

Dans la même veine, A. J. Hoekema soutient que le pouvoir discrétionnaire délégué aux autorités rend le système juridique davantage instrumentaliste à cause du « déplacement du pouvoir réel des organes représentatifs et des gouvernements vers le pouvoir exécutif et au sein de ce dernier vers les fonctionnaires [au point qu'] il s'avère que dans les Etats modernes de type occidental la structure du pouvoir politique s'est développée de telle façon qu'il y a aujourd'hui un "État-fonctionnaire" »⁸⁶³. Il ajoute que cette structure délaisse le critère de la légalité et par conséquent « qu'on ne peut plus soutenir que dans la plupart des actions administratives, la loi (ou les lois) indique les limites dans lesquelles l'administration a la compétence d'agir. Conséquence : l'administration elle-même se pose la loi, forme et crée le droit »⁸⁶⁴. Évidemment, à l'égard de ce point de vue des nuances s'imposent en soulignant que les instruments positifs sont toujours présents et jouent un rôle prédominant dans le cadre d'une dualité normative avec les règles administratives engendrées par les politiques.

Slaughter affirme de son côté que malgré la prémisse fondamentale voulant que les États soient des acteurs unitaires au centre du système international, il serait nécessaire de distinguer les notions de « *government* » et d'« *agency* » puisque les autorités administratives ont obtenu une autonomie⁸⁶⁵. Ainsi, elles investissent graduellement le champ politique en élaborant des normes toujours plus précises et techniques en se concentrant sur des aspects concrets plutôt que formel, le tout cela dans un cadre international de plus en plus resserré en raison de la globalisation :

862. Sol PICCIOTTO, « Networks in International Economic Integration : Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism », (1996-1997) 17 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 1014, 1018.

863. A. J. HOEKEMA, préc., note 823, 306.

864. *Id.*, 304.

865. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 521 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 86 et 93.

« [...] there is much activity in the field of detailed rule-making in fields such as environmental, trade, and maritime law. This has great practical, but little theoretical, interest. It is a reflexion of the fact that national bureaucratie operate increasingly on the international plane, particularly in relation to the setting of technical standards and regulatory requirements where divergences can give signicant economic advantages to States. Rule-making of this kind is closer to the bureaucratic implementation of policy than to law-making. It does not in itself lead to the development of fundmentaly new legal principles and institutions »⁸⁶⁶

Grâce à leur autonomie ainsi qu'à leur initiative d'établir des réseaux, les autorités administratives des États participent activement à la gouvernance globale :

« 'global governance'. The growth of the world market and capital accumulation has created increasingly difficult problems of regulation both at national level and of international coordination. The internal fragmentation of the liberal state has been matched by the growth of an increasingly dense network of international coordination arrangements between states. This is not a matter of a sudden collapse of the national state in the face of pressures from the world market. Rather, they are two aspects of the same process, and share much in common. »⁸⁶⁷

Par ailleurs, les autorités administratives utilisent les nouvelles technologies pour mettre de l'avant des techniques de gestion. Notamment, ces dernières utilisent des méthodes de montages informatiques, des outils juridiques de contrôle ainsi que des changements inter-organisationnels⁸⁶⁸. De plus, la tendance est à combiner les méthodes et les instruments pour rendre la régulation plus efficace⁸⁶⁹. Évidemment pour développer ces techniques, les autorités doivent bénéficier d'une autonomie au plan politique.

L'autonomie des autorités administratives à l'égard des enjeux politiques —

Nous l'avons déjà mentionné l'expertise des autorités permet de dépolitiser les mesures de régulation⁸⁷⁰. L'autonomie de ces mêmes autorités assure aussi la neutralité politique de la régulation en assurant la permanence de ces enjeux sur des périodes qui dépassent les mandats électoraux. Grâce à eux, les mesures de régulation sont peu susceptibles de faire l'objet de stratégies électoralistes : «[I]f temporal limitations on the exercise of governmental powers are essential for democratic legitimacy, they have serious negative

866. Vaughan LOWE, « The Politics of Law-Making : Are the Method and Character of Norm Creation Changing? », in M. BYERS (ed.), préc., note 537, p. 207, à la page 212.

867. Sol PICCIOTTO, « Fragmented States and International Rules of Law », (1997) 6 *Social & Legal Studies* 259, 272.

868. J.-B. AUBY, « Innovation, égalité et management public », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 147, 153 ; L. METCALFE, préc., note 868, aux pages 173 et 175.

869. T. B. JØRGENSEN préc., note 836, à la page 231.

870. *Supra*, p. 228-232.

consequences when the problems faced by society require long-term solutions.»⁸⁷¹. L'efficacité à long terme des mesures de régulation est d'autant plus assurée que le traitement des données par des experts non politisés permet de mettre en évidence des considérations quasi irréfutables que les politiciens ne peuvent ignorer lors de leurs discussions⁸⁷². En effet, dégagées de leurs liens d'allégeance et dotées d'une expertise incontestable, les autorités administratives bénéficient, en raison de leur neutralité et de leur objectivité, d'une meilleure crédibilité pour établir le «juste équilibre» entre les différents intérêts sociaux⁸⁷³. D'ailleurs, cette délégation aux autorités spécialisées permet aussi aux gouvernements étatiques d'être crédibles quant au respect de leur engagement à long terme à coopérer, et ce, tant auprès de leurs partenaires internationaux qu'auprès de ceux visés par la régulation. En effet, il s'agit d'éviter que le politique pilote le dossier et soumette cette coopération aux enjeux du moment⁸⁷⁴.

L'éclatement polycentrique de l'appareil d'état — L'autonomie des autorités administratives engendre un ordre bureaucratique étatique qui tend à contester ses fondements hiérarchiques verticaux au profit d'une structure en réseau : « l'existence d'entités autonomes évoque plutôt l'image du « rhizome » [...] disposant d'une capacité d'action autonome, ces entités sont reliées les unes aux autres, non plus par des liens verticaux de subordination, mais par des relations horizontales d'interdépendance. »⁸⁷⁵. L'État devient polycentrique étant donné que l'action publique tend à une juxtaposition de régulations sectorielles⁸⁷⁶.

871. G. MAJONE, préc., note 476, 270.

872. E. BENVENISTI, préc., note 54, 199.

873. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 86.

874. G. MAJONE, préc., note 692, 153 ; G. MAJONE, préc., note 476, 270 ; G. MAJONE, préc., note 663, 84

875. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 84.

876. *Id.*, p. 87 (chevalier 2008).

Chapitre 2

L'ordre juridique international traditionnel limité dans sa portée

La globalisation est un phénomène récent qui bouleverse les fondements du droit, et ce, même dans sa dimension internationale. Compte tenu de l'interdépendance transfrontalière qui s'est installée et qui, chaque jour, se renforce un peu plus à l'échelle mondiale. Comme nous le verrons ici, cela limite dorénavant la capacité des États à agir selon les préceptes liés à la souveraineté ou encore d'agir dans le cadre de relations multilatérales fondées sur des traités.

Section 1 La souveraineté traditionnelle contestée

La globalisation remet en question le principe de souveraineté tel qu'on la connaît depuis le 17^{ième} siècle. En effet, les délimitations juridictionnelles de la souveraineté sont maintenant contrariées par la mobilité des sujets qu'elle vise.

Les origines de la notion de souveraineté — Le principe de primauté de la souveraineté dans les relations internationales se fonde sur les Traités de Westphalie de 1648. En effet, en signant les traités d'Osnabrück et de Munster, les monarques ont convenu de respecter l'autorité souveraine que chacun d'entre eux exerçait sur leur territoire et sur les populations qui y habitaient⁸⁷⁷. Ces traités sont les assises du droit international moderne en établissant la souveraineté et l'égalité des pays⁸⁷⁸. Ainsi, la souveraineté Westphalienne s'appuie sur six piliers : (1) la recherche d'une amélioration du ratio entre le coût et le bénéfice quant à la gestion du territoire grâce, notamment, à la réduction des coûts associés au maintien des forces armées; (2) la volonté de réduire le nombre de problèmes liés aux échanges transfrontaliers qui sont associés au comportement

877. C. R. TAYLOR, préc., note 540, 751; Mark W. ZACHER, « The Decaying Pillars of the Westphalian Temple : Implications for International Order and Governance », in E.-O. CZEMPIEL et J. N. ROSENAU (eds.), préc., note 600, p. 59, à la page 59.

878. K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 570.

délinquant de certains États; (3) le faible niveau d'interdépendance économique entre les nations; (4) les flux réduits d'information entre les frontières ; (5) la prédominance d'États totalitaires; et enfin (6) le fort degré d'hétérogénéité entre les nations, au plan culturel, politique et économique⁸⁷⁹.

Un droit international axé sur la coexistence, mais confronté à l'interdépendance des nations — Le principe de souveraineté a jusqu'ici persisté tout en évitant aux États de faire l'objet d'interférence de la part des intervenants externes à l'égard de leur choix d'action⁸⁸⁰. Toutefois, depuis le 20^{ième} siècle, cette conception westphalienne de la souveraineté n'est plus envisageable dans un contexte où l'interdépendance politique et juridique entre les nations s'est installée avec « la multiplication des normes internationales – traités ou directives et règlements adoptés par les institutions mises en place par ces traités – qui, soit imposent des obligations au législateur national, soit créent des effets directs en droit interne et sont susceptibles de bénéficier, en cas de conflit avec la loi nationale, d'une primauté sur celle-ci. »⁸⁸¹. Cette dilution de la souveraineté empêche l'unilatéralisme qui n'est plus une voie de régulation envisageable pour des problèmes mondiaux. La coordination des activités de régulation devient inévitable afin de permettre l'exercice d'un pouvoir collectif flexible et efficace sur des enjeux universels⁸⁸². Ainsi, « [l]es normes de droit international couvrent désormais des domaines de plus en plus étendus, donnant naissance à de véritables branches de droit autonomes (droit international de l'environnement, droit international des télécommunications...); et ces normes

879. M. W. ZACHER, préc., note 877, à la page 62.

880. C. R. TAYLOR, préc., note 540, 764. Eyal Benvenisti soutient que la souveraineté Westphalienne des États aurait été soutenue par des générations de commerçants qui voulaient bénéficier d'un environnement légal axé sur un « laissez-faire » en matière de régulation notamment par l'entremise d'une concurrence entre États qui les oblige à adopter une attitude complaisante à leur endroit : E. BENVENISTI, préc., note 54, 177.

881. F. OST et M. van DE KERCHOVE, préc., note 717, p. 79. Voir aussi M. W. ZACHER, préc., note 877, à la page 60 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 41.

882. A.-J. ARNAUD, préc., note 540, 13 ; J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano, réflexion sur les évolutions récentes du droit administratif », (2001) *L'actualité juridique - droit administratif* 912, 913 ; Judith BELLO, « National Sovereignty and Transnational Problem Solving », (1996) 18 *Cardozo L. Rev.* 1027, 1027 ; L. KARL-HEINZ, préc., note 746, aux pages 9 et 13 ; Kal RAUSTIALA, « Sovereignty and Multilateralism », (2000) 1 *Chi. J. Int'l L.* 401, 417 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 285 ; Francesco FRANCONI, « International “Soft Law”: a Contemporary Assessment », in Vaughan LOWE et Malgosia FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 167, à la page 174.

s'ingèrent de plus en plus dans ce qui relevait du domaine d'action propre de l'État. »⁸⁸³ Inexorablement, les pays deviennent soumis à des directives et des contrôles extérieurs, et de fait, l'emprise étatique sur le territoire et leur population se réduit en raison d'interférences exogènes. Pour, l'ensemble des nations, la perte relative de la souveraineté est manifeste⁸⁸⁴. La sécurité maritime n'échappe pas à ce phénomène. En effet, si la souveraine du pavillon domine toujours sur le navire, celle-ci doit maintenant être partagée avec celle de l'État côtier et portuaire.

Par ailleurs, avec la globalisation, l'interdépendance entre les nations s'accroît aussi dans le secteur économique et menace nécessairement la souveraineté des pays puisqu'avec la dénationalisation des entreprises, les activités commerciales ne se limitent plus au cadre territorial des pays. D'ailleurs, la nouvelle pratique de complaisance maritime est un exemple tout aussi frappant que précurseur de ce phénomène. Conséquemment, le modèle territorial de la régulation axé sur la souveraineté est remis en cause et une régulation souple, efficace et d'une portée extra-territoriale devient nécessaire⁸⁸⁵.

Enfin, soulignons que les récents développements technologiques en matière de télécommunication mettent à mal d'autres piliers des principes westphalien, notamment par l'augmentation des flux d'information entre les États, la démocratisation de plusieurs régimes politiques ainsi qu'une plus grande homogénéité culturelle. À mesure que les flux transnationaux d'information ainsi que de biens et services prennent de l'importance, les États ont de la difficulté à maintenir leur emprise sur les activités que mènent les citoyens.

883. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 128.

884. Edward KWAKWA, « Regulating the International Economy : What Role for the State? », in M. BYERS (ed.), préc., note 537, p. 225, à la p. 240 ; C. R. TAYLOR, préc., note 540, 770 ; K. RAUSTIALA, préc., note 882, 417 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 284 ; P. DE SENARCLENS, préc., note 405, 106. ; M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 86 ; METCALFE, préc., note 731, p. 55, à la page 62.

885. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 433 et 435 ; Ladeur KARL-HEINZ, « Globalization and the conversion of Democracy to Polycentric Networks : Can Democracy Survive the End of the Nation State? », in L. KARL-HEINZ (ed.), préc., note 437, p. 89, aux pages 90-91 ; D. MOCKLE, préc., note 436, à la page 6. Voir aussi la notion de complaisance : *supra*, p. 151. Saskia Sassen souligne que la souveraineté est maintenant décentralisée et le territoire est dénationalisé : S. SASSEN, préc., note 419, p. 29-31 ; K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 75.

Du coup, les frontières nationales deviennent illusoires⁸⁸⁶. Comme le souligne Karim Benyekhlef, « [l]a souveraineté absolue est aujourd'hui une relique du passé »⁸⁸⁷.

Conjuguant l'effet des nouvelles technologies avec celle de la globalisation, Kal Raustiala souligne que la souveraineté des États n'est plus assurée et que les relations internationales seraient animées d'un retour à l'ordre juridique pré-westphalien⁸⁸⁸. D'ailleurs, certains parleront d'un courant néo-médiévaliste⁸⁸⁹. Chose certaine, en modifiant les limites entre les sphères nationales et internationales, la globalisation oblige à une redéfinition du concept de souveraineté, au point d'envisager la disparition du modèle westphalien axé sur le contrôle absolu du territoire et de sa population par l'État⁸⁹⁰.

Un droit international maintenant axé sur la coopération — Les conceptions monistes et dualistes du droit international sont contestées. L'ordre légal international serait maintenant polycentrique dont les fondements puisent davantage dans le pluralisme juridique⁸⁹¹. Cette approche ouvre la porte à la gouvernance globale et propose l'analyse des moyens de mise en œuvre de règles normatives associées au transgouvernementalisme. Les MoU en sont une très bonne illustration. L'histoire moderne de la régulation fait voir un va et vient entre les besoins d'extension et de rétraction de l'emprise des pouvoirs publics sur les activités du secteur privé. En effet, l'État a délaissé au bénéfice des forces du marché des activités qu'il avait auparavant investi. Or, en voulant contourner les prescription minimales, des acteurs principaux du marché ont créé des effets indésirables qui ont forcé les pays à affermir de nouveau leur prérogative de régulation prenant la forme cette fois-ci d'une coordination de leurs interventions⁸⁹². Il est intéressant de constater que cette coordination utilise davantage des instruments alternatifs à ceux plus traditionnels tels que les traités multilatéraux ou les organisations internationales.

886. C. R. TAYLOR, préc., note 540, 746 ; M. W. ZACHER, préc., note 877, à la page 63.

887. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 567.

888. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 18.

889. A. F. M. MANIRUZZAMAN, préc., note 790, 5 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 5 p. 197.

890. L. M. FRIEDMAN, préc., note 600, à la page 47 ; K. JAYASURIYA, préc. note 600, 425 et 430 ; A. F. M. MANIRUZZAMAN, préc., note 790, 6 ; Björn HETTNE, « The regional factor in the formation of a newworld order », in Yoshikazu SAKAMOTO (ed.), *Global Transformation Challenges to the State System*, United University Press, Tokyo, 1994, p. 134, à la page 135.

891. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 426 et 440 ; Adelle BLACKETT, « Globalization and its Ambiguities » (1998) 37 *Colum. J. Transnat'l L.* 64, 64.

892. A. F. M. MANIRUZZAMAN, préc., note 790, 5.

Section 2 L'usage des traités internationaux multilatéraux remis en cause

L'histoire de la complaisance maritime traduit déjà l'échec de l'unilatéralisme sécuritaire. Si, en droit domestique, l'application des législations nationales passe par l'intervention des autorités de l'État, en droit international, le rapport de domination des États à l'égard des régulés n'est pas comparable⁸⁹³, d'autant que, comme nous l'avons constaté, tous sont soumis à une dynamique concurrentielle⁸⁹⁴. Or, la régulation internationale ne domine pas les prérogatives de souveraineté : « La régulation se fait au-dessus de l'État, par des forces qui le dominent. [...] Elle se fait aussi en dehors de l'État, depuis l'extérieur, par des rapports internationaux. »⁸⁹⁵ Or, il est toujours vrai que la signature et la ratification de traités multilatéraux restent le moyen pour les États de se soumettre mutuellement à des obligations juridiquement contraignables et les organisations internationales qu'ils instaurent sont destinés à devenir des autorités supranationales d'encadrement. Toutefois, la conclusion de traités internationaux est une entreprise qui devient de plus en plus difficile, surtout lorsqu'il existe entre les pays une disparité quant aux ressources et un clivage quant aux intérêts.

Une différence d'intérêts et de ressources entre les pays riches et les pays pauvres quant aux négociations des conventions internationales — La conclusion de traités multilatéraux a l'avantage de préciser le droit international. Les États sont contraint de respecter les traités qu'ils ont signés et ratifiés au risque de se voir imposer des sanctions. Toutefois, la portée de ces sanctions n'est pas la même pour tous surtout lorsqu'il s'agit de faire respecter des prescription internationales relatives à des normes sécuritaires, environnementales, sociales ou relatives au travail. À l'égard, de la détermination des seuils minimaux, la disparité entre les États développés et ceux en voie de développement est évidente. Or, soulignons que l'usage de sanctions dissuasives à l'endroit de ces derniers pour les obliger d'appliquer des normes internationales se révèle être un exercice périlleux. En effet, les normes et les sanctions qui y sont associées peuvent menacer le

893. M CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, à la page 57.

894. *Supra*, p. 129.

895. M CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, à la page 58.

développement de ces pays en provoquant une augmentation des coûts de production des entreprises installées sur leur territoire⁸⁹⁶. Évidemment, dans ce contexte, les pays développés sont susceptibles d'être accusés de vouloir maintenir ou d'instaurer une emprise colonialiste ou impérialiste et par là d'être visés par des mouvements d'hostilité de la part des populations locales.

Qui plus est, les pays en voie de développement ne veulent pas renoncer à leur souveraineté – généralement chèrement acquise – au profit d'une hégémonie normative établie par des traités internationaux fréquemment initiés par et pour les seuls États développés⁸⁹⁷. En d'autres mots, la méfiance règne et les revendications internationales sont excessives, notamment pour servir des intérêts politiques internes. En l'espèce, les réticence des pavillons de complaisance – généralement des pays en voie de développement – à signer et ratifier des conventions internationales maritimes sécuritaires ainsi qu'à participer à un processus multilatérale de renforcement des prescriptions sécuritaires sont compréhensibles compte tenu de l'utilisation qu'ils font de leur souveraineté pour générer des revenus⁸⁹⁸.

De plus, l'avenue multilatérale est une solution d'autant moins probable auprès des pays défavorisés lorsque les ressources sont réduites. Entre ces pays et ceux plus développés, l'asymétrie des ressources disponibles à la mise œuvre d'engagements de contrôle, comme celui de la sécurité des navires est souvent disproportionnée. Le clivage est parfois tel que dans les pays les plus pauvres, il rend impossible la mise en œuvre ou engendre des incohérences d'application des prescriptions reconnues par traité⁸⁹⁹. La corruption quant aux contrôles exercés à cet égard en est un exemple patent⁹⁰⁰. En effet, les accords multilatéraux exigent des États les plus faibles d'engager des ressources qu'ils ne peuvent normalement se payer. Cela pourrait avoir pour effet d'étendre la corruption à l'exercice de ces nouvelles prérogatives et d'intensifier ce phénomène sur son territoire.

896. Patrick J. KELLY, « Foreword: Globalization and Global Governance », (2001) 7 *Widener L. Symp. J.* i, iii.

897. L. DAVIS, préc., note 776, 138.

898. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 27. Voir aussi *supra*, p. 168-171.

899. Gregory H. FOX, « Strengthening the State », (1999-2000) 7 *Ind. J. Global Legal Stud.* 35, 50-51 et 72 ; G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 91.

900. *Supra*, p. 171.

Or, cette dernière est une véritable entrave au développement puisqu'elle entraîne des coûts intolérable comme la déstabilisation politique, la réduction de l'efficacité des services de santé et sociaux, l'augmentation des prix et des budgets publics ainsi qu'une dissuasion à l'investissement étranger. En bref, cette corruption entraîne nécessairement un biais aux forces du marché en augmentant le coût des transactions et en créant du même coup des résultats économiques négatifs⁹⁰¹. Somme toute, pour les pays les plus pauvres, l'effort multilatérale de régulation mondiale entraînerait davantage de coûts qu'il ne procure de bénéfices.

Évidemment, la solution lié au manque de ressources matérielles pourrait sans doute passer par l'attribution d'aides financières par les pays les plus riches, Toutefois, cette aide est devenue de plus en plus improbable avec les restrictions budgétaires que connaissent plusieurs pays et elle est souvent conditionnelle à l'atteinte d'objectifs préétablis. D'ailleurs, cette politique conditionnelle imposerait non seulement des changements structurels dans leur administration, mais elle serait perçue comme un autre moyen pour l'Occident d'imposer ses valeurs et d'affaiblir la souveraineté et les intérêts politiques des pays bénéficiaires. D'une manière ou d'une autre, ce système multilatéral n'engendre que des modifications superficielles de la pratique administrative de ces États, lesquelles sont mal adaptées à leurs spécificités, au point de menacer leur développement⁹⁰². En réalité, la différence d'intérêts entraîne la baisse de l'efficacité des instruments internationaux traditionnel. Cela est particulièrement vrai en matière de sécurité maritime. D'ailleurs, les auteurs de ceux-ci, pour assurer leur mise en vigueur, doivent, considérer des objectifs limités qui sont plus petit dénominateur commun, à savoir le nivellement vers le bas des objectifs de régulation.

Les conventions internationales réduites au plus petit dénominateur commun —

Les prescriptions établies par les conventions internationales sont le résultat inévitable d'un phénomène où opère le plus petit dénominateur commun par lequel les objectifs des instruments sont réduits. En fait, lors des négociations visant leur rédaction, il s'agit

901. G. H. FOX, préc., note 899, 74 ; E. KWAKWA, préc., note 884, à la p. 242 ; A. D. UNZICKER, préc., note 412., 656 et 658 ; P. BOTTELIER, préc., note 546, p. 2. À propos de la dynamique de la corruption, voir supra, p. 157 et 172 ainsi que *infra*, p. 385.

902. Isabelle BIAGIOTTI et Peter UVIN, « Global Governance and the New Political Conditionality », (1996) 2 *Global Governance* 377, 395-397.

généralement de concessions pour chercher le plus grand nombre de pays signataires afin d'atteindre une masse critique suffisante et ainsi espérer la mise en vigueur des convention et leur mise en œuvre effective. Or, les pays ne souhaitent pas des mesures trop strictes qui entraverait leur capacité de générer des revenus. Ainsi, cette pratique du plus petit dénominateur commun est acceptée selon une perspectives d'adaptation des normes en regard des circonstances factuelles dans lesquelles évoluent certains États, peu importe leur niveau de développement. Ces circonstances sont autant géographiques, culturelles, sociales, économiques que politiques :

« Pour être efficace, une norme doit être appliquée, et son niveau d'efficacité globale est proportionnel à l'étendue géographique de sa mise en œuvre par le plus grand nombre. L'objectif consiste à rallier, dans les délais les plus courts, le plus grand nombre d'adhésions, représentant le plus fort pourcentage de la flotte mondiale. »⁹⁰³

En fait, la souplesse d'adaptation de la norme doit refléter un ratio positif entre les coûts et les bénéfices de chacun afin d'éviter une défection de l'un ou l'autre de ses signataires potentiels⁹⁰⁴. Dans le cas des pays en voie de développement, le rehaussement des normes sécuritaires, environnementales, sociales et du travail sont souvent perçus comme des mesures protectionnistes des États les plus développés. Ils sont nécessairement bénéficiaires d'un nivellement vers le bas de ce type de normes. D'autant plus qu'ils ne disposent pas des ressources pour garantir un réel contrôle du respect des standards peinant du coup à atteindre les objectifs fixés, et ce au risque de se le faire reproché par les partenaires.

Concernant les prescriptions sécuritaires dans le domaine maritime, Philippe Boisson souligne que « [I]es textes sont souvent retouchés, accommodés afin de réunir le plus grand nombre d'acceptations. Certaines dispositions sont tellement vagues qu'elles recouvrent une liberté quasi totale d'application »⁹⁰⁵. En l'espèce, plusieurs prescriptions sécuritaires émanent d'instruments juridiques provenant de l'OMI sinon des conférences internationales qu'elle pilote. Or, ses instruments doivent eux-mêmes faire l'objet d'un consensus parmi les membres de l'OMI pour s'imposer à la communauté maritime internationale. Cela rend les projets de convention particulièrement vulnérable à la

903. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 126.

904. S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 163 ; J. R. MACEY, préc., note 409, 1355 ; G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 84.

905. P. BOISSON, préc., note 3, n° 309, p. 167.

paralysie induite par la règle implicite du plus petit dénominateur commun; surtout si l'on compte l'antagonisme qui règne au sein de l'OMI entre les États du pavillon et les États côtiers ou encore entre les pays développés et ceux en voie de développement. En outre, la recherche d'un accord, notamment auprès des pays pratiquant la libre immatriculation devient incontournable pour mettre en œuvre de nouvelles conventions⁹⁰⁶. En effet, la présence de ces États est devenue nécessaire pour constater l'existence d'un consensus pour adopter et mettre en œuvre une convention internationale. L'échec de la CNUCIN signée en 1986, est un exemple frappant de cette nécessité. En effet, faute d'avoir obtenu la ratification d'un nombre suffisant d'États de libre immatriculation, cette convention n'est pas encore en vigueur⁹⁰⁷.

Précisons que l'exigence d'un consensus se comprend puisque si un instrument devait être appuyé par la règle de la simple majorité des États membres de l'OMI, à savoir 51 % de ses membres, elle se heurterait à la perspective d'une opposition formée de près de la moitié des nations maritimes. Dans ce cas, non seulement la nouvelle convention ne serait pas soutenue par des nations maritimes cruciales, mais elle risquerait en outre d'être confrontée à une réglementation concurrente adoptée par ces dernières⁹⁰⁸. Les conséquences en seraient non seulement l'ineffectivité des mesures, mais aussi une profonde division de la communauté internationale, l'interruption des discussions sur d'autres dossiers et un environnement sécuritaire difficile à reconstruire pour l'avenir. Au surplus, l'OMI est confrontée à d'autres organismes qui s'imposent encore davantage dans son champ d'intervention. Comme l'affirme Philippe Boisson, « l'OMI doit aujourd'hui se battre avec des organisations régionales pour imposer une norme universelle »⁹⁰⁹. L'accumulation de ces contraintes explique pourquoi l'OMI est accusée depuis une vingtaine d'années d'élaborer des normes peu exigeantes en se limitant au plus petit dénominateur commun⁹¹⁰. Au-delà de cette règle implicite, il faut aussi considérer la complexité du droit positif international.

906. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 19 ; Alen .E. BOYLE, « Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law », (1999) 48 *Int'l & Comp. L. Q.* 901, 906. Voir aussi : *supra*, p. 170.

907. *Supra*, p. 69.

908. « Agir sur la base d'un consensus », *Le Marin* 11 fév. 2000.5.

909. P. BOISSON, préc., note 3, n° 310, p. 167.

910. *Id.*, n° 116, p. 61.

La complexité du droit positif international — Le phénomène du plus petit dénominateur commun entraîne un effet pervers. En effet, elle complexifie à outrance les textes internationaux. En premier lieu, l'accélération du progrès technique, surtout dans le domaine maritime oblige le droit à s'amender de plus en plus vite souvent parce que la multiplication des problèmes juridiques exige des solutions urgentes qui risquent de s'accumuler sans cohérence interne⁹¹¹. Au niveau de la sécurité maritime, le droit positif conventionnel est à ce point complexe que sa compréhension et son application de manière uniforme sont malaisées. En effet, les règles dans ce domaine se composent à la fois de dispositions juridiques et de normes techniques qui suivent des procédures propres pour leur rédaction, leur réalisation ou leur amendement. À cet égard, une même convention peut autant contenir des règles impératives que de simples recommandations. À cela, il faut même accepter que les normes techniques n'ont pas toutes les mêmes valeurs et qu'en conséquence leur portée juridique sera différente⁹¹². C'est d'ailleurs cette ambiguïté avec toute la complexité qui l'accompagne lorsqu'il s'agit d'adjonction ou de concurrence de normes techniques maritimes prescrites dans le cadre d'une convention internationale, d'une résolution de l'OMI ou encore d'une directive européenne.

Faisant souvent l'objet de demi-mesure ou d'une complexité obscure, le droit positif international est mal adapté aux enjeux actuels du transport maritime. À cela il faut ajouter les coûts de négociation et de modification élevés que peut engendrer une transformation importante du droit international.

L'importance des coûts relatifs à la modification substantielle du droit international — l'ampleur des objectifs d'une convention internationale est non seulement déterminer par le plus petit dénominateur commun, mais aussi par les frais encourus qu'implique une modification substantielle du droit. En effet, dans un contexte où les enjeux sont élevés, cela implique nécessairement des coûts de négociation conséquents compte tenu des frais liés à la consultations auprès de juristes, à la modification des lois et règlements, à la révision des méthodes de travail, de gestion administrative ainsi que des du processus judiciaire. Par conséquent, il est difficile de mettre sur pied des conventions

911. *Id.*, n° 310, p. 167.

912. *Id.*, n° 309, p. 166.

internationales dont les dispositions engendrent des transformations juridiques, politiques et économiques radicales. C'est pour ces raisons que, prosaïquement, les instruments internationaux constatent simplement des règles internationales d'origine coutumières. L'innovation de la règles s'exprimant à travers les précisions de ses modalités d'application. C'est là une démarche évolutive et consensuel qui permet de réduire les enjeux juridiques, et ce, au risque de rendre le droit trop conformiste et mal adapté pour un contexte changeant :

« Les exigences de consensus que nécessite l'harmonisation internationale peuvent être si rigoureuses que personne ne voudra briser le moule une fois défini. Pire encore, le consensus peut prendre un temps tel que la situation aura complètement changé par rapport aux problèmes existants au début du processus d'élaboration du dit consensus. Et il se peut que personne n'ait l'énergie de changer, en envisageant l'avenir, la solution d'hier apportée aux problèmes d'aujourd'hui »⁹¹³

Au delà de tous les inconvénients liées à l'usage de conventions internationales pour régler les activités économiques mondiales de certains secteur, il faut souligner que les organisations internationales qui chapeautent la mise en œuvre de ces instruments font aussi régulièrement l'objet de critiques qui leur imputent le tort de ne pas avoir un cadre institutionnel approprié aux enjeux contemporains.

Section 3 Le rôle limité des organisations internationales

Les organisations internationales sont souvent accusées de ne pouvoir faire respecter le droit international, notamment en raison de la lourdeur administrative qui anime leurs structures organisationnelles ou encore par l'absence de mandats pour exercer des pouvoirs de police.

Les organisations internationales soumises à l'inertie bureaucratique — Depuis longtemps, la lourdeur administrative des organisations internationales et l'importante mobilisation de ressources qu'elles exigent pour fonctionner sont des phénomènes admis⁹¹⁴.

913. J. BRAITHWAITE, « Perspective d'un rapprochement international des réglementations sans perdants », préc., note 399, à la page 233 ; R. HOWSE, préc., note 681, 467.

914. Déjà en 1978, à une époque où l'approche multilatérale du droit international était encore en vogue, Raymond Hopkins mettait en doute la pertinence de conclure des traités compte tenu de l'évolution contextuelle :

Plusieurs organisations, notamment celles attachées à l'ONU, sont devenues de grandes institutions bureaucratiques soumises à divers traités multilatéraux. Leur fonctionnement est en proie à des dédoublements administratifs et décisionnel qui envoient des messages contradictoires et paralysent les initiatives.

En l'espèce, l'OMI est une organisation qui élabore et met de l'avant des normes techniques et juridiques prônant un niveau de sécurité maritime élevé⁹¹⁵. Toutefois, elle a rapidement acquis les caractéristiques d'une lourde organisation bureaucratique :

« Certains ont par ailleurs déploré que l'OMI soit devenu une énorme machine administrative où les politiques et les bureaucrates ont progressivement pris le pas sur les techniciens. À titre d'exemple, on a évalué que chaque Etat devait produire plus de 32000 pages de papier pour modifier une norme internationale. L'OMI a de son côté avoué qu'elle produisait environ 15 millions de pages de document par an. Un tel mode de fonctionnement ne facilite pas l'adoption de règles de sécurité applicables rapidement à l'ensemble de la flotte mondiale. »⁹¹⁶

Sur ce point, William O'Neil, ancien secrétaire de l'OMI, y trouve l'avantage d'entreprendre une réflexion complète sur les sujets mis de l'avant :

« Les processus de l'OMI sont sans doute plus lents [que ceux de l'Union européenne], ce qui n'est pas nécessairement négatif. Si la Communauté européenne estime qu'une décision s'impose alors que certaines parties du monde dans lesquelles les progrès technologiques ne sont pas aussi avancés ont une vision différente, si une donnée commerciale s'immisce dans ce raisonnement, les répercussions pourraient être catastrophiques pour l'ensemble des transports maritimes de marchandises. »⁹¹⁷

Même en admettant que la lourdeur bureaucratique d'une organisation puisse être invoquée comme un moyen de « ventiler » des interventions intempestives, il n'en reste pas moins que cette caractéristique contredit ses prétentions d'organisation régulatrice. Autrement dit, elle est incapable d'évoluer selon la fluctuation des marchés et des techniques du transport maritime. Cela est d'autant plus évident si son orientation politique traditionnelle l'incite de toute façon à ne pas investir le champ de la régulation.

« Nous ne disposons ni de l'énergie ni de l'optique nouvelles qu'exigerait l'établissement de véritables institutions structurées et officielles, et nous n'en disposerons pas dans les délais nous autorisant à attendre dans le calme. De plus, le temps et les efforts qu'il faudrait consacrer à bâtir en bonne et due forme ces institutions risquerait d'absorber des ressources directement utilisables pour s'attaquer à des problèmes mondiaux. » : R. HOPKINS préc., note 770, 35.

915. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 23. Sur la mission et la structure organisationnelle de l'OMI : P. BOISSON, préc., note 3, n° 66 et s., p. 39 et s.

916. P. BOISSON, préc., note 3, n° 117, p. 62.

917. Propos du secrétaire général de l'OMI, William O'Neil : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 19.

Les organisations internationales sont aux prises avec une orientation politique traditionnelle — Les organisations internationales, même attachées à l'ONU ou exerçant leurs activités dans un secteur d'activité connexe, ne sont pas gérées selon une orientation politique uniforme. À cet égard, une comparaison entre l'OMI et l'*Organisation de l'aviation civile internationale* (OACI) s'impose. En effet, cette dernière a, dès ses origines, centré ses efforts sur la notion sécurité comme condition de développement du transport aérien et a su s'imposer comme un instrument de contrôle et de régulation. Pour sa part, l'OMI s'est d'abord consacrée à la création de standards techniques internationaux en matière de sécurité maritime tout en s'attachant le maintien du principe de liberté de mers⁹¹⁸. L'absence de mandat comme organisation de contrôle l'empêche d'intervenir quant au respect des règles qu'elle met de l'avant, surtout depuis que les pays de libre immatriculation ont investi ses instances exécutives et déterminent ses priorités⁹¹⁹.

L'absence de pouvoir et de moyen interdit à l'OMI de jouer un rôle de police des mers — Les organisations internationales sont soumises à des mandats et des ressources qui lui interdisent d'exercer des prérogatives d'intervention qu'elle souhaiterait investir. En l'occurrence, l'OMI détient trop peu de pouvoirs de police pour lui permettre de contrôler le respect des prescriptions internationales. Comme le signale William O'Neil :

« Le processus est le suivant : nous mettons en place un régime à valeur internationale. Il appartient aux gouvernements qui acceptent ce régime de s'assurer qu'il est bien appliqué par les navires auxquels ils accordent une immatriculation. Ce système ne donne aucun pouvoir de contrôle à l'OMI. Celui-ci est délégué aux États du pavillon. »⁹²⁰

L'OMI met de l'avant une devise ambitieuse : *Safe, Secure, and Efficient Shipping on Clean Ocean*, traduit par *Une navigation plus sûre et des océans plus propres*⁹²¹. Pourtant, elle ne dispose pas des pouvoirs de police internationale lui permettant de

918. *Id.*, p. 20 ; Les propos du premier ministre français Lionel Jospin sont non équivoques à ce sujet : « Il est clair que l'OMI n'est pas dans une logique de réglementation telle qu'elle existe dans l'aviation civile » : Matthieu ECOIFFIER, « Jospin rame face aux cargos-poubelles. Il plaide pour un renforcement des règles internationales », *Libération*, Société, 16 fév. 2000, p. 15. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 3, n° 97, p. 53 ; G. DUPUY, préc., note 495.

919. *Supra*, p. 170. Beurrier souligne que « [l]a volonté d'innovation juridique va venir de la côte et non plus du pavillon puisque l'O.M.I. va échapper aux États maritimes traditionnels au profit des nouveaux États d'immatriculation qu'on a peine à qualifier de « maritime ». » : J.-P. BEURRIER, préc., note 220, à la page 95.

920. L. BAUMARD, préc., note 635. 4. Voir aussi P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 128.

921. Cette devise apparaît sur le site Internet de l'OMI, au site : « <http://www.imo.org> » (consulté le 28 mars 2009) ; voir aussi P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 118 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 66, p. 39.

contrôler et de faire appliquer les normes qu'elle édicte : « l'OMI ne dispose pas du pouvoir de contrôler l'application de ses propres conventions et encore moins d'un pouvoir de police »⁹²². En fait, elle dépend de la bonne volonté des États du pavillon, y compris ceux pratiquant la libre immatriculation⁹²³. Les moyens de contrainte dont dispose l'OMI envers ses États membres restent donc plutôt timide. En outre, elle ne peut même pas sanctionner ses membres pour les obliger à respecter les traités⁹²⁴. D'ailleurs, en constatant cette incapacité de l'OMI d'obliger ces États à faire respecter les normes sécuritaires, William O'Neil fonde ses espoirs sur la prérogative de contrôle des États portuaires sans même envisager celle de l'Organisation :

« Nous n'avons pas le droit de suspendre ou d'exclure un pays sous prétexte qu'il n'aurait pas tenu ses engagements. Mais il y a toujours moyen de le sanctionner. Les États du port peuvent arrêter ces navires. Ils peuvent s'assurer que ces navires obéissent aux conventions et c'est ce qui est en train de se passer maintenant. »⁹²⁵

Toujours selon O'Neil, l'OMI ne peut pas contrôler le niveau d'engagement des États du pavillon, des sociétés de classification ainsi que des armateurs au plan de la sécurité maritime :

« Personne ne nous a donné la responsabilité ou l'autorité de dire : « Celui-ci est le numéro 1 des pavillons, celle-ci est le numéro 1 des sociétés de classification et voici le numéro 1 des affréteurs. » Cette responsabilité là ne repose pas sur nos épaules. Cela ne nous a pas empêchés de travailler avec les sociétés de classification. »⁹²⁶

En fait, les traditions organisationnelles relatives au respect des principes de la souveraineté de l'État du pavillon et de la liberté des mers ainsi que le manque de ressources matérielles empêchent depuis longtemps l'OMI d'endosser un rôle quelconque de police maritime :

« l'OMI est toujours restée un organisme consultatif qui élabore et propose des solutions, mais qui ne disposent en aucune façon du pouvoir de les faire adopter ou appliquer. C'est surtout dans le contrôle de la mise en œuvre des réglementations que l'OMI a pêché. Ses membres continuent de garder toute liberté d'exécuter les obligations qu'ils ont acceptées au niveau international. Les laxismes et défaillances n'étant pas sanctionnés, les performances des États restent très inégales au regard de la sécurité [...] »⁹²⁷

922. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 20.

923. B. LATRECH, préc., note 18, n° 91-92, p. 43.

924. C. LAZENBY, préc., note 402, 77 ; E. GOLD, préc., note 60, 254 ; B. LATRECH, préc., note 18, n°196, p. 91.

925. L. BAUMARD, préc., note 635, 4.

926. *Id.* (BAUMARD).

927. P. BOISSON, préc., note 3, n° 117, p. 62.

Par contre, une nouvelle dynamique est possible, remettant en cause le rôle traditionnel de l'OMI. En effet, utilisant l'exemple de l'amendement de 1995 de la convention STCW, William O'Neil, espère que l'OMI puisse par un nouveau procédé occuper toute sa place dans la régulation sécuritaire :

« Nous souhaiterions que le sous-comité sur la mise en oeuvre de l'Etat du pavillon joue un rôle plus positif. Ce sera le cas au fil du temps. Nous n'y parviendrons pas du jour au lendemain, d'autant plus que la question de la souveraineté intervient toujours. Si nous nous mêlons de leurs affaires, les Etats nous répondent que nous portons atteinte à leur souveraineté, ce à quoi ils s'opposent. En fait, nous avons réussi à dépasser cet obstacle de la souveraineté avec la convention STCW. Pour la première fois, nous avons introduit dans une convention une disposition selon laquelle l'Etat du pavillon est tenu de me fournir à moi, secrétaire général de l'OMI, des informations relatives à sa formation des équipages, qu'il s'agisse des compétences et des qualités des instituts de formation ou des personnels chargés de dispenser cette formation.

Après examen des informations qui nous sont adressées, il nous appartient de dire si les certificats de compétence délivrés par les Etats parties à la convention sont acceptables ou non au niveau international. C'est la première fois que ces droits qui relèvent de la souveraineté nationale sont en fait délégués. [...]

Bien entendu, il n'est pas question pour nous de devenir les policiers du monde dans le domaine de l'industrie des transports maritimes. Nous ne disposons d'ailleurs pas des ressources nécessaires pour le devenir. Mais il s'agit de parvenir à un changement d'attitude par rapport au passé. Le domaine maritime est sans doute l'un des derniers bastions de la liberté. Certes, il est difficile de s'attaquer à certains de ces bastions, mais nous y sommes parvenus, me semble-t-il, dans le domaine précis que je viens d'évoquer. »⁹²⁸

Il est vrai que la règle I/7 du chapitre I de la convention STCW révisée le 7 juillet 1995 exige que les États parties communiquent « doit fournir au Secrétaire général, dans les délais prescrits et selon le modèle spécifié dans la section A-I/7 du Code STCW, les renseignements qui peuvent être exigés en vertu du Code au sujet des autres mesures qu'elle a prises pour donner pleinement et entièrement effet à la Conventions »⁹²⁹. L'OMI utilise par la suite ces informations pour publiciser par des listes dites « blanches » la désignation des États qui satisfont à leurs obligations sécuritaires en matières de

928. Propos du secrétaire général de l'OMI William O'Neil : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 22. W. O'Neil fait référence à l'amendement de 1995 de la Convention STCW qui confie à l'OMI le soin d'analyser le respect des prescriptions de cette conventions sur les navires et d'établir des listes noire à cet effet : W. O'NEIL, préc., note 383, à la page 292. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 3, n° 117, p. 62. Li et Wonham critiquent la capacité de l'OMI de renforcer la législation sécuritaire internationale l'accusant de réagir trop souvent en réaction ponctuelle à des grands événements tragiques plutôt que de fonder leurs initiatives sur des analyses précises, et ce dans la perspective de plaire aux populations sans se préoccuper des petits naufrages sur une longue période de temps : K.X. LI., J. WONHAM, préc., note 59, à la page 282.

929. STCW, Annexe 1, Règle I/7, chap. 1, intégrant les amendements adoptés le 7 juil. 1995 à Londres : en ligne : <http://untreaty.un.org/unts/120001_144071/6/9/00004949.pdf> (consulté le 15 août 2010).

certification de de brevet des équipages. Pour certains, cela constitue l'embryon d'une police supranationale⁹³⁰.

Sachant combien, l'adoption de conventions internationales sécuritaires, notamment sous l'égide de l'OMI, reste un processus lent, le renforcement par des conventions internationales est une alternative à laquelle les membres semblent à prime à bord favorables. Mais, lorsque vient le temps de ratifier ces instruments, ils deviennent inertes et refusent d'aller de l'avant⁹³¹. Cette réticence s'explique parce que les membres de l'OMI ne souhaitent pas vraiment accorder à cette dernière le transfert d'une portion de leur souveraineté pour lui donner les moyens de former une agence qui soit le «gendarme du monde maritime». D'ailleurs, faute de moyens financiers⁹³², il est difficile pour l'OMI de jouer le rôle de police. D'autant plus que ce type de mission nécessiterait des ressources humaines et matérielles considérables, ne serait-ce que pour mettre sur pied une flotte de patrouilleur et des équipes d'inspecteurs prêts à monter à bord de navires suspects croisant en haute mer. Politiquement, les États du pavillon résistent à l'idée de permettre à l'OMI d'exercer leur prérogative de contrôle et puisse mette des entraves à la libre circulation de leurs navires dans les eaux internationales, surtout si cela est pour mettre en place concrètement un système de sanction. Au surplus, cette force de police ferait même double emploi avec les mesures prises par à l'échelle nationale par les États du pavillon ainsi que par les États portuaires ou côtiers⁹³³.

Conclusion — L'unilatéralisme étatique fonde par le principe de souveraineté n'est plus un cadre autonome propice à la régulation, s'il ne l'a jamais été en raison même des tensions contradictoires entre l'unicité de l'État et la force centrifuge liée à la globalisation. De plus, le multilatéralisme conventionnel qui met en œuvre des normes internationales ne répond pas aux véritables enjeux internationaux. Malheureusement, la

930. P. BOISSON, préc., note 3, n° 116-117, p. 61, n° 623, p. 396, n° 835, p. 540 et n° 969, p. 627.

931. W. O'NEIL, préc., note 383, à la page 292.

932. De 1988 à 1991 l'OMI a été aux prises avec d'importants déficits lié à un manque de financement en raison du non paiement des cotisations du Liberia et du Panama qui étaient au prise avec des troubles politiques ainsi qu'une diminution des paiements de la part des États-Unis aux instances de l'ONU. Une Réduction considérable des activité de l'OMI s'en est suivi : P. BOISSON, préc., note 3, n° 123, p. 64.

933. *Id.*, n° 969, p. 627 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 91, p. 43 ; « Agir sur la base d'un consensus », préc., note 908.

portée des conventions internationales et l'inertie bureaucratique des organisations internationales résistent à toute perspective normative. Ce constat ouvre la voie à une autre option qui serait celle de la coordination des contrôles.

Conclusion du titre I — Le cadre du droit positif est dorénavant déstabilisé par le contexte international contemporain, lequel remet en question le principe de souveraineté des pays ainsi que l'unité de leur ordre juridique international : « L'observateur se retrouve devant la réalité des faits; il ne peut plus se laisser leurrer par cette feuille de vigne théorique que constitue le normativisme ou le positivisme. La complexité croissante des rapports humains fait perdre toute plausibilité aux fictions modernes fondatrices du droit. »⁹³⁴ La cohésion des systèmes juridiques nationaux et internationaux traditionnels est contestée. En fait, les organisations publiques se transforment en véritables îlots de souveraineté au sein même de l'administration étatique, et ce, tout en développant de véritables réseaux d'interdépendance avec leurs homologues nationaux et étrangers⁹³⁵. À l'égard de tout ce processus, Karim Benyekhlef parle de postinternationalisme, « où la souveraineté se fragmente, de nouveaux acteurs non étatiques émergent, la distinction entre l'interne et l'externe tend à s'estomper devenant de plus en plus imprécise. À ces phénomènes s'ajoute bien entendu l'essor d'ordres juridiques transnationaux en matière de commerce et de finance. »⁹³⁶ Jacques Chevalier y voit une nouvelle structure du droit international par laquelle « [l]a figure post-moderne du *réseau* tend dès lors à se substituer à celle de la *pyramide*. »⁹³⁷ En l'espèce, les MoU s'inscrivent dans un mouvement où les autorités maritimes des États portuaires prennent l'initiative de partager leur expertise à travers un réseau de coordination lequel est formalisé par des mémorandums d'entente. Aussi, pour mieux comprendre la dynamique associée au processus de régulation, de gouvernance globale et plus précisément de transgouvernementalisme, il est nécessaire de pénétrer dans les « entrailles » de ces réseaux en constatant les divers aspects du processus d'institutionnalisation des MoU.

934. K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 559.

935. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 439 ; L. METCALFE, préc., note 868, à la page 174 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 131.

936. K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 606.

937. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 84.

Titre II

L'institutionnalisation des mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État portuaire : l'analyse de la mise en œuvre du transgouvernementalisme

La coordination du contrôle sécuritaire des navires par les États portuaires d'une région sous forme de réseaux transgouvernementaux, en l'occurrence les MoU, constitue une nouvelle approche quant à la régulation de la sécurité maritime. Les règles internes de ces réseaux sont décrites dans le texte des mémorandums. Toutefois, les fondements normatifs restent obscurs. À cet égard, plusieurs théories offrent des dimensions d'analyse qui permettent de saisir les valeurs normatives auxquelles se soumettent les participants de ce type de gouvernance. Ainsi, les MoU peuvent être décortiqués, étudiés et expliqués sous différentes « lorgnettes théoriques ». Un peu à l'image de l'enfant qui s'entête à vouloir comprendre comment une boîte à musique parvient à produire sa mélodie, il faut démontrer méthodiquement les composantes normatives internes des réseaux transgouvernementaux. Ces composantes normatives fondamentales se trouvent d'abord dans les interactions initiales des MoU. Celles-ci impliquent, nous le verrons dans un premier temps, des aspects émotionnel et rationnel. Au-delà de ces aspects immatériels, la concrétisation des réseaux transgouvernementaux par l'entremise d'un processus d'institutionnalisation est une composante normative essentielle à leur cohésion interne.

Chapitre 1

Les facteurs émotionnels et rationnels fondant les réseaux transgouvernementaux.

En théorie, les fonctionnaires qui travaillent dans des organisations gouvernementales doivent agir avec détachement selon une parfaite neutralité afin que les

lois et les règlements puissent être appliqués de façon prévisible et logique. Ainsi, les émotions et les choix qu'ils induisent ne devraient normalement pas être pris en compte dans les processus juridiques et administratifs. Mais, on ne peut exiger des fonctionnaires qu'ils soient des automates dénuées d'émotions, d'intérêts et d'une capacité intellectuelle. Au contraire, la formulation d'opinions et la prise d'initiatives font souvent partie de leur mandat. Malgré tout, des dimensions émotionnelles et rationnelles touchant divers aspects de leur travail dictent inévitablement leurs comportements. Or, ces dimensions ne sont pas dénuées de valeurs normatives, bien au contraire. Ainsi, les MoU sont d'abord fondés sur un sentiment d'appartenance de certains fonctionnaires envers leur communauté épistémique. De plus, ces réseaux sont constitués par des choix économiques fondés sur le *public choice* exercé par les membres des autorités administratives. Enfin, le calcul économique établi en fonction de rationalisation des ressources fonde une véritable valeur normative intrinsèque à la formation des MoU.

Section 1 L'attachement à une communauté épistémique de fonctionnaires-cadres possédant une expertise transversale

À première vue, le domaine des émotions peut paraître antinomique à la logique. Malgré tout, elles peuvent être utiles à l'analyse des systèmes normatifs, et ce, même dans une perspective juridique⁹³⁸. D'ailleurs, les émotions ne sont-elles pas le fondement de la notion de valeur? Elles prennent une place importante dans le processus de régulation tant à l'endroit du contrôle du comportement des régulés qu'envers celui des régulateurs eux-mêmes. Ainsi, ces derniers sont non seulement formellement soumis au système de responsabilité hiérarchique, mais ils sont aussi animés de références professionnelles et/ou culturelles propres aux organisations et aux groupes auxquels ils appartiennent⁹³⁹. Or, le sentiment d'appartenance à un groupe constitue la valeur affective dominante qui motive les individus qui participent aux activités des MoU. En effet, les fonctionnaires à la tête d'autorités publiques spécialisées, comme ceux des autorités maritimes de chaque État,

938. B. LANGE, préc., note 683, 197, 199, 200 et 204.

939. *Id.*, 201 et 205.

forment ensemble des groupes sociaux très exclusifs. Malgré la forte disparité de leur origine nationale, les fonctionnaires qui peuvent établir des réseaux avec leurs homologues étrangers forgent une identité professionnelle par des référentiels communs. En effet, ils sont tous des haut-fonctionnaires. Ils possèdent une formation en gestion des affaires publiques, et ils ont acquis un champ d'expertise lié à un domaine d'activité très pointu⁹⁴⁰. Ces particularités professionnelles sont la base d'un certain esprit de corps, sinon de respect mutuel. Évidemment, une telle identité est en parfaite contradiction avec le mythe voulant que la fonction publique soit une institution monolithique et désintéressée des autorités politiques. Car il faut compter l'exigence d'une spécialisation toujours croissante des secteurs d'activités techniques et professionnelles qui entraîne inéluctablement la création de communautés épistémiques, à savoir des communautés d'identité, de communication, de croyance et d'expertise :

«An epistemic community is a network of professionals with recognized expertise and competence in a particular domain and an authoritative claim to policy-relevant knowledge within that domain or issue-area. Although an epistemic community may consist of professionals from a variety of disciplines and backgrounds, they have (1) a shared set of normative and principled beliefs, which provide a value-based rationale for the social action of community members ; (2) shared causal beliefs, which are derived from their analyses of practices leading or contributing to a central set of problems in their domain and which then serve as the basis for elucidating the multiple linkages between possible policy actions and desired outcomes; (3) shared notions of validity – that is, intersubjective, internally defined criteria for weighing and validating knowledge in the domain of their expertise, and (4) a common policy enterprise – that is, a set of common practices associated with a set of problems to which their professional competence is directed, presumably out of the conviction that human welfare will be enhanced as a consequence. »⁹⁴¹

Ainsi, les communautés épistémiques, souvent indépendantes les unes des autres, exercent leur emprise sur des politiques publiques⁹⁴². Compte tenu de l'importance de ce phénomène, il est important de définir les composantes du sentiment d'appartenance qui anime les membres du groupe, les mécanismes d'adhésion ainsi que l'impact du sentiment identitaire au sein du réseau.

940. I MAHER, préc., note 37, 117 ; M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 91. Les agences publiques peuvent être soumises à des différences culturelles, d'idéologie, d'attitude, de croyances ainsi que de structures organisationnelles domestiques qui impliquent parfois des comportements divergeant entre les nations. D'ailleurs, la culture nationale est un thème qui doit parfois faire l'objet d'une reconnaissance formelle. B. LANGE, préc., note 683, 216 et 220. Voir aussi E.-O. CZEMPIEL, préc., note 600, à la page 257 ; T. B. JØRGENSEN, préc., note 836, à la page 224.

941. Peter M. HAAS, « Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination », (1992) 46 *International Organization* 1, 3. Voir aussi H. KRAUSE HANSEN, D. SALS KOV-IVERSEN et S. BISLEV, préc., note 840, à la page 109 ; J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 45 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 599 et 748.

942. D. STONE, préc., note 715, aux pages 132 et 133.

Appartenance à une communauté épistémique selon le niveau hiérarchique des fonctionnaires — A. J. Hoekema soumet l'idée que les fonctionnaires sont l'objet d'un processus d'intégration à une structure sociale autonome qui s'exerce par l'entremise d'un processus de transmission et d'obéissance aux valeurs communes du groupe. En fait, ce processus ferait l'objet d'un véritable contrôle mutuel. D'abord, les fonctionnaires sont recrutés selon un processus de sélection qui valorise une formation particulière ainsi que certains traits de caractère. Ainsi, sur cette base les nouveaux fonctionnaires ont une propension à adhérer à l'ordre social distinct et autonome propre aux autorités administratives de l'État⁹⁴³. Par ailleurs, deux catégories de fonctionnaires sont à distinguer soit, d'une part, ceux qui se prêtent au style d'intervention légaliste se limitant à la stricte application des lois et, d'autre part, ceux qui optent pour un style plus politisé en intégrant plusieurs de leurs idées aux fins de l'application des dispositions légales⁹⁴⁴. Si le premier style s'applique particulièrement aux individus situés au bas de la hiérarchie bureaucratique, le second est essentiellement attribuable aux personnes faisant partie de groupes organisés et conscients de leur existence. Or, ces derniers sont généralement composés de cadres intermédiaires et supérieurs, à savoir les gestionnaires responsables de la hiérarchie organisationnelle. Ces fonctionnaires-cadres partagent une conception commune des bonnes pratiques de l'administration publique et de sa gestion⁹⁴⁵. Leur activisme politique au sein de la bureaucratie est d'autant plus évident lorsqu'on constate que leur position professionnelle est au carrefour des échanges d'information. Le schéma n° 3 intitulé *Les fonctionnaires-cadres-experts comme membres d'une communauté épistémique transversale située au carrefour des canaux de communication bureaucratiques*, présente comment les gestionnaires de l'administration publique sont en mesure de maîtriser l'information au niveau de la hiérarchie verticale – entre la sphère politique des ministères et le personnel qui est en contact avec les régulés – ainsi qu'au niveau des échanges horizontaux d'information avec des homologues étrangers⁹⁴⁶.

943. A. J. HOEKEMA, préc., note 823, 315 ; T. B. JØRGENSEN préc., note 836, à la page 226.

944. A. J. HOEKEMA, préc., note 823, 311, 314 et 317.

945. H. KRAUSE HANSEN, D. SALS KOV-IVERSEN et S. BISLEV préc., note 840, à la page 110.

946. G. MAJONE, préc., note 692, 154. Par ailleurs, Concernant la communauté de cadres de la fonction publique, celle-ci comprend des gestionnaires, des cadres techniques et du personnel bureaucratique varié : Kees VAN DER PIJL, « The cadre class and public multilateralism », in Y. SAKAMOTO (ed.), préc., note 890, p. 200, à la page 200.

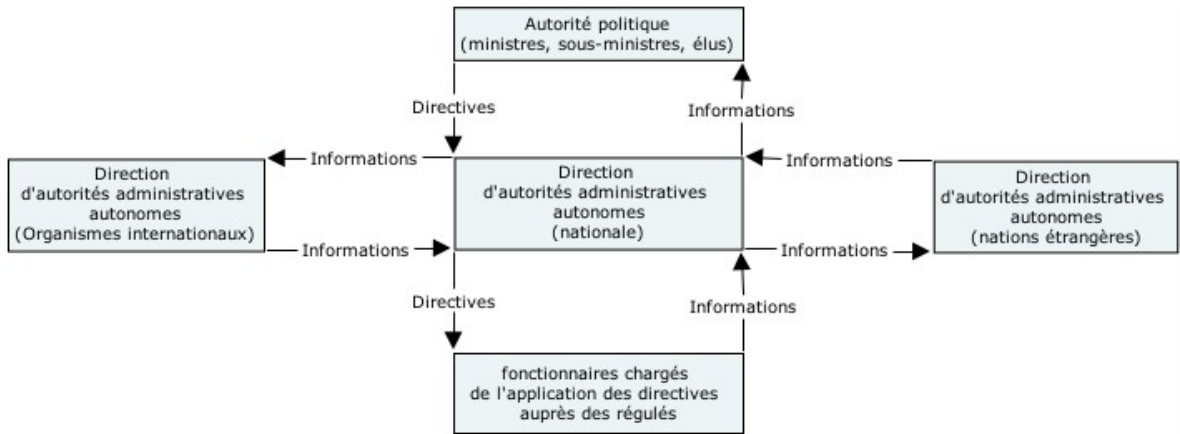


Schéma n° 3 : *Les fonctionnaires-cadres-experts comme membres d'une communauté épistémique transversale située au carrefour des canaux de communication bureaucratiques*

À la lecture de ce schéma, il est aisé de constater que les gestionnaires participent à des rencontres avec les ministres, les très hauts fonctionnaires, le personnel politique ainsi que les élus pour donner de l'information et recevoir des directives. Par ailleurs, ils organisent des réunions avec leur subordonnés afin de leur donner des directives et recueillir de l'information. Le personnel subalterne est en contact avec ceux visés par les mesures de régulation et est en mesure d'anticiper l'impact des politiques qui leur sont assignées. Enfin, les gestionnaires d'autorité publiques développent des liens avec leurs homologues étrangers ou des organisations internationales et régionales par l'entremise de rencontres ponctuelles et régulières organisées dans le cadre de conférences ou de comités internationaux et régionaux. C'est d'ailleurs ce dernier aspect qui fonde l'établissement d'une communauté épistémique transnationale de fonctionnaire selon leur niveau hiérarchique.

Affiliation à une communauté épistémique selon l'expertise des fonctionnaires —

Une identité liée à l'expertise professionnelle dans un secteur d'activité économique particulier peut aussi fonder l'appartenance des fonctionnaires à une communauté épistémique qui dépasse le cadre des frontières nationales⁹⁴⁷. Cela ouvre la voie à l'étude de la notion de *communauté épistémique transversale*. Il s'agit alors d'explorer plus précisément le plan horizontal de notre schéma précédemment présenté et intitulé *Les*

947. P.M. HAAS, préc., note 941, 3 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 42.

fonctionnaires-cadres-experts comme membres d'une communauté épistémique transversale située au carrefour des canaux de communication bureaucratiques. À cet égard, il s'agit d'identifier les raisons qui créent le développement et consolident des relations entre des fonctionnaires-cadres étrangers, et ce, malgré les différences culturelles. Il faut retenir que les postes de fonctionnaires-cadres n'ont pas pour seule caractéristique leur position hiérarchique, mais qu'ils relèvent aussi de l'appartenance des individus à des ordres ou des catégories professionnelles exigeant des connaissances techniques de secteurs d'activité particuliers. Ainsi, il n'est pas surprenant de voir des professionnels – par exemple des architectes, des ingénieurs des avocats, des médecins, des comptables, etc. – occuper ces postes dans les niveaux hiérarchiques intermédiaires et supérieurs de la bureaucratie gouvernementale. Par conséquent, ces fonctionnaires-cadres sont des membres de communautés épistémiques liées aux valeurs des ordres ou corporations professionnels auxquels ils appartiennent. En effet, ces valeurs sont transmises et partagées en fonction d'un cursus commun qui incitent à partager les méthodes logiques, les valeurs de jugement, les notions de validité, le vocabulaire ainsi que les connaissances faisant consensus dans le milieu professionnel en question⁹⁴⁸. Ces éléments font obstacles à l'incursion d'autres individus étrangers à ces valeurs internes⁹⁴⁹. Par contre, dans un monde globalisé où la formation professionnelle des différents pays tend à s'uniformiser davantage, le sentiment d'appartenance aux valeurs d'une catégorie professionnelles dépasse maintenant le cadre des frontières; il est aussi propice à une perception commune de la réalité et des problématiques propres à leur secteur d'activité. Ces valeurs communes sont favorables à la formation de réseaux professionnels transnationaux qui souhaitent intervenir dans l'élaboration de politiques liées à la gouvernance globale⁹⁵⁰. Le transport maritime, les architectes navals, les ingénieurs ou encore les capitaines long-cours sont des corps professionnels dans lesquels les membres ont la perception de partager des connaissances techniques et des intérêts, et ce, indépendamment de leur nationalité⁹⁵¹. Qui

948. Voir les exigences de formation pour exercer comme inspecteurs participants aux activités de contrôle du Paris MoU : *infra.*, p. 274 et 314

949. D. STONE, préc., note 715, à la page 133

950. *Id.*, à la page 130 ; H. KRAUSE HANSEN, D. SALS KOV-IVERSEN et S. BISLEV préc., note 840, à la page. 108.

951. M. HEWSON et T. SINCLAIR, préc., note 530, à la page 110.

plus est, depuis plus de 20 ans, des institutions académiques internationales participent à l'uniformisation de la formation spécialisée des professionnels du domaine maritime⁹⁵².

Le sentiment d'appartenance à une communauté épistémique atteindrait une dimension critique lorsque deux dimensions professionnelles se rencontrent : l'expertise du domaine et le niveau hiérarchique élevé au sein de la fonction publique. Les connaissances, les expériences et les valeurs sont à ce point similaires entre les membres qu'elles en éclipsent les différences entre les origines et les cultures nationales :

« Public sector professionals, traditionally expected to represent a specific national view on any issues treated in their international activities, no longer do only that. In fact, by foregrounding their professional identity, they transcend the power of the nation-state system to impose its categories of identity upon them. They also tend to assume a global or regional rather than national outlook on key issues related to public administration. »⁹⁵³.

Ce rapprochement des valeurs transfrontalières permet la mise en œuvre d'une coordination autonome : « 'Quasi-autonomous' action is not meant to suggest that these institutions do not represent their national interest, only that they represent a particular conception of national interest that is shaped by their particular institutional/professional interest, values and goals. »⁹⁵⁴. Cette autonomie de coordination est la source des réseaux

-
952. Fondée en 1983 à Malmö en Suède, l'Université Maritime mondiale offre principalement au personnel maritime notamment de pays en voie de développement une formation Maîtrise es science en administration maritime, administration de la sécurité maritime, enseignement maritime et gestion technique des compagnies de navigation. L'objectif de cette institution est permettre aux spécialistes maritimes internationaux - professeurs, conférencier et consultants - d'offrir un cadre de formation accessibles, notamment aux ressortissants des pays en voie de développement, et ce, pour promouvoir un système uniforme de formation d'experts. Pour sa part, l'Institut de droit maritime international, créée en 1989 à Malte, vise la formation de juristes et d'administrateur maritimes des pays en voie de développement afin de soutenir la traduction des instruments internationaux dans les législations nationales. De plus, l'Académie maritime internationale de l'OMI installé à Trieste en Italie offre des séminaires sur des questions maritimes. Enfin, un cours annuels de cinq semaines sur l'exploitation et la gestion des ports est offert gratuitement au Havre aux fonctionnaires de l'administration de pays en voie de développement. Des cours semblables sont d'ailleurs donnés par la Belgique et les Pays-Bas : P. BOISSON, préc., note 3, n° 112-114, p. 58-60.
953. H. KRAUSE HANSEN, D. SALS KOV-IVERSEN et S. BISLEV préc., note 840, à la page. 109. Voir aussi E. D. KINNEY, préc., note 795, 427 ; J. R. MACEY, préc., note 409, 1372 ; K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 749. Par contre, Martin et Painter soulignent que la loyauté des fonctionnaires envers l'État d'origine persiste, même à l'égard des réseaux transgouvernementaux, et ce, en raison des différences culturelles avec leur vis-à-vis étrangers et des nombreuses années à défendre exclusivement les intérêts de leur employeur : J. K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, à la page 119. De manière plus nuancée, Kyösti Pekonen souligne que les origines sociales du personnel administratif a moins d'influence sur les activités administratives que la position hiérarchique que ceux-ci peuvent détenir au sein de l'organisation. Néanmoins les intérêts de l'État surpasseraient ceux de la communauté épistémique : K. PEKONEN, préc., note 812., aux pages 206, 209 et 210.
954. Anne-Marie SLAUGHTER, « Breaking out : The Proliferation of Actors in the International System », in Yves. DEZALAY et Bryant. G. GARTH (dir.), *Global Prescriptions : The Production, Exportation, and*

transgouvernementaux : « Ces réseaux constituent des communautés épistémiques qui, rappelons-le, sont formées de réseaux de professionnels aux compétences et à l'expertise reconnues dans un champ particulier et dont on convient de l'autorité dans la connaissance et l'élaboration de normes et de politiques (policy) propres à ce champ. »⁹⁵⁵. Par ailleurs, les réseaux de coopération sont possibles grâce à la crédibilité de l'information que les fonctionnaires-cadres-experts transmettent grâce à leur position prédominante au sein de l'appareil bureaucratique. Au surplus, cette information est établie en fonction de normes professionnelles admises par la communauté épistémique à qui elle s'adresse⁹⁵⁶.

Il va sans dire que les réseaux internationaux s'inscrivent dans le processus de globalisation générale : « the proliferation of international knowledge networks is integral to the globalisation process »⁹⁵⁷. Malgré cela, la langue était restée, jusqu'à récemment, une entrave à la communication entre des administrations étrangères⁹⁵⁸. Toutefois, la communication internationale est de plus en plus facile notamment avec l'usage de la langue anglaise qui s'impose à mesure que les échanges internationaux s'intensifient. Sans compter les moyens de transport plus rapides et économiques qui offrent la possibilité aux fonctionnaires-cadres-spécialistes de différents pays de se rencontrer plus souvent et à faibles coûts. Leurs entretiens ont lieu directement sans l'aide d'interprètes et les canaux d'information en temps réel via Internet sont maintenant possible⁹⁵⁹. En fait, tout cela ne peut qu'accentuer l'autonomie des autorités administratives spécialisées au profit de liens d'interdépendances avec leurs vis-à-vis étrangères⁹⁶⁰. L'ensemble de ces éléments fait en sorte que les fonctionnaires-cadres-experts des autorités étatiques partagent une vision et

Importation of a New Legal Orthodoxy, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2002, p. 12, à la page 28.

955. K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 737.

956. K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 748 ; Robert O. KEOHANE et Joseph S. NYE, « Power and Interdependence in Information Age », (1998) vol. 77-5 *Foreign Affairs* 81, 91.

957. D. STONE, préc., note 715, à la page 125.

958. Jon BING, « La coopération en matière de réglementation à l'aide de solutions informatiques », dans OCDE, préc., note 399, p. 131, à la page 135.

959. Le transport maritime est certainement l'un des secteurs d'activité où l'usage de l'anglais est le plus avancé : R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 63 ; V. CARBONE, préc., note 417, à la page 78. À propos de l'usage de l'anglais dans les opérations maritimes, voir *supra*, p. 141.

960. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 22 ; L. M. FRIEDMAN, préc., note 600, à la page 34 ; K. KAISER, préc., note 600, 359.

une philosophie communes liées à des enjeux et des objectifs communs⁹⁶¹. Ces contacts transnationaux entre pairs créent une structure décisionnelle horizontale qui oriente les politiques de la bureaucratie aux dépens de l'influence de la structure hiérarchique verticale traditionnelle imposée par les institutions politiques conventionnelles.

Ainsi, les fonctionnaires-cadres-experts seraient devenus des « gestionnaires de réglementation » qui sont responsables des politiques étatiques lesquelles mettent l'accent sur la coopération internationale entre les autorités étatiques⁹⁶². Or, la mise en œuvre d'une coordination horizontale par des réseaux transgouvernementaux établis entre gestionnaires suppose des intérêts propres à une même communauté épistémique visant à produire des règles fondées sur différents mécanismes techniques et normatifs de gouvernance transnationale et globale⁹⁶³.

Ainsi, en mettant de l'avant des réseaux transgouvernementaux, comme ceux des MoU, qui réalisent une régulation mondiale, les membres du personnel des autorités publiques qui assurent la régulation des activités sur le territoire de l'État participent à la fragmentation de son autorité⁹⁶⁴. Avec la globalisation, les communautés épistémiques ne se limitent plus aux frontières étatiques, elles évoluent maintenant dans une dynamique transnationale⁹⁶⁵. La gestion publique est maintenant soumise à des changements structurels importants où les limites traditionnelles entre les sphères internationales et nationales deviennent de plus en plus floues⁹⁶⁶. C'est d'ailleurs ce qui autorise maintenant les membres étrangers d'une même communauté épistémique à se rencontrer au sein d'organisations internationales et régionales.

Les organisations internationales et régionales sont des lieux de forum entre des membres étrangers d'une même communauté épistémique — Les organisations internationales et régionales, comme l'OMI et l'UE, sont de véritables forums entre divers

961. J. R. MACEY, préc., note 409, 1373 ; Leon GORDENKER et Thomas G. WEISS, « Pluralizing Global Governance : Analytical Approaches and Dimensions », in Leon GORDENKER et Thomas G. WEISS (eds.) *NGOs, The UN, and Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner, 1996, p. 17, à la page 34.

962. J. BING, préc., note 958, aux pages 131 et 135.

963. L. GORDENKER et T. G. WEISS, préc., note 963, à la page 34 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 20.

964. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 446.

965. P. M. HAAS et E. B. HAAS, préc., note 531, 261

966. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 440.

types d'acteurs que ce soit des universitaires, des cercles de réflexion, des groupes de pression ou encore des politiciens. Les responsables d'autorités administratives étatiques n'échappent pas à cette dynamique puisqu'ils participent souvent à des conférences ou des comités internationaux qui sont chapeautés par ces organisations. Ces manifestations sont souvent le point de départ de relations transgouvernementales :

« The glue of any transgovernmental network is the exchange of information and ideas. Put a group of environmental regulators, central bankers, or utilities commissioners in a room and they will begin talking about different techniques of regulations, commiserating about common problems, and brainstorming new approaches [...] In this regards, meeting of national government officials are no different from professional conference in myriad other professions. As an hour in any big convention hotel will attest, participants go to panels on new developments and techniques in their profession, hold roundtable discussion sharing experiences and network furiously in the lobbies.

Link government officials across internet and their networks become more durable – by virtue of being virtual. They exchange data of different types, organization charts and policies, and lessons learned from specific experiences. Indeed, antitrust regulators are in such constant informal communication that one observer has concluded from interviews with these regulators that “[p]hone, email, and fax are the primary mode of contemporary international regulatory diplomacy.”⁹⁶⁷ »

Les contacts entre les responsables d'organisations internationales concernées et leurs homologues étrangers deviennent parfois permanents sans nécessairement être limités ou structurés. Par ailleurs, forts de leur autonomie découlant de leur expertise technique, ces fonctionnaires-cadres-experts tant issus d'États que d'organisations internationales sont, lors de ces événements internationaux, baignés dans une expatriation qui les rend moins dépendants des considérations nationales propres au gouvernement duquel il relève. Ainsi, ils s'autorisent à faire la promotion de programmes ambitieux parfois même intrusifs au niveau de la souveraineté des États⁹⁶⁸. D'où la nécessité à l'occasion de ces événements internationaux d'aménager, en marge des discussions officielles, des espaces et des moments propices aux contacts interpersonnels informels. Autrement dit, lors de réunions internationales, les questions d'intérêts communs au sein d'une même communauté épistémique sont discutés dans un contexte qui initie ou renforce les liens entre des interlocuteurs étrangers qui mettent momentanément de côté leur origine nationale afin de partager des valeurs communes pour ébaucher des principes directeurs. Les organisations internationales offrent un cadre de convergences spécialisées propice à l'élaboration d'une coopération internationale ou régionale. La participation des fonctionnaires aux

967. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 52-53.

968. P. M. HAAS et E. B. HAAS, préc., note 531, 263 et 265.

événements internationaux ou régionaux est une initiative d'autant plus valorisée que ces fonctionnaires reviennent chez eux en partageant et en diffusant les informations obtenues au sein de l'ensemble de la bureaucratie nationale⁹⁶⁹. En définitive, le rôle des organisations internationales et régionales ne doit pas être sous-estimé dans les négociations de normes internationales ou régionales, car elles aident à déterminer les enjeux, à préparer les projets préliminaires et offrent un cadre sur le plan de l'expertise⁹⁷⁰.

L'OMI illustre très bien cette réalité. Elle regroupe un nombre considérable d'États et offre, au sein de son siège social à Londres, un lieu propice aux rencontres, aux discussions ainsi qu'à l'échange d'information entre leurs représentants sur les questions maritimes⁹⁷¹. Son rôle de forum international est maintenant bien établi :

« Le statu de l'OMI en tant qu'organisme permanent et fixe, favorise les consultations entre Etats sur une base multilatérale. Cette situation privilégiée lui permet d'offrir la condition préalable à toute discussion entre plusieurs gouvernements. Elle présente également l'avantage de mettre en contact, en quelque sorte obligé, les experts de toutes les nations maritimes et de rapprocher par le fait même, leurs points de vue.

L'instauration de ce forum à l'échelle planétaire a provoqué au début, un certain scepticisme de la part des milieux maritimes traditionnels. Certains armateurs français se sont demandés si la nouvelle institution maritime internationale ne serait que *l'occasion de vaines parlottes* et si, en raison de son caractère uniquement consultatif, *elle ne constituerait pas un rouage inopérant de plus*. La Chambre Internationale de la Marine Marchande eut une réaction similaire : *l'OMCI serait, comme l'expérience le suggère, au mieux inefficace et au pire, un forum pour des débats politiques irresponsables*. La réalité a prouvé le contraire. »⁹⁷²

À cet égard, les activités de l'OMI ont facilité la mise en place des MoU. Ce fût par l'entremise de son Assemblée générale qui, a quelques reprises, a eu l'occasion de discuter et de voter des résolutions sur le contrôle des navires par l'État portuaire⁹⁷³. Ou encore, en organisant des séances d'études (*workshop*) biennales qui ont réuni les représentants des membres des MoU, les gestionnaires de leur secrétariat et de leur centre d'information respectifs ainsi que différents acteurs du milieu maritime. Grâce à ces rencontres périodiques, l'OMI joue un rôle actif par les activités qu'elle réalise. Plus particulièrement, elle met à disposition des locaux et du financement pour la tenue de ces événements. Ces

969. S. SASSEN, préc., note 531, à la page 58.

970. S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 153.

971. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 23.

972. P. BOISSON, préc., note 3, n° 104, p. 54.

973. L'Assemblée générale de l'OMI a voté les résolutions A.321(IX) préc., note 279 ; A.466(XII), préc., note 279 ; A.597(15), préc., note 279 ; A.787(19) préc., note 288 ; A-882(21), préc. note 288.

journées d'étude permettent l'échange directe d'informations entre les participants⁹⁷⁴. Il n'est pas anodin que Peter M. et Ernst B. Haas soulignent que tous ceux qui gravitent autour de l'OMI forment bien une communauté épistémique⁹⁷⁵.

Les institutions communautaires européennes sont aussi des lieux de convergence pour les représentants d'autorités maritimes chargées de vérifier le respect des prescriptions sécuritaires. Ce n'est pas un hasard si le phénomène des MoU sur le contrôle par l'État portuaire a été initié au sein des institutions européennes. En effet, rappelons-le, le Paris MoU est né de la formation d'un groupe de travail qui avait été formé de fonctionnaires de pays européens⁹⁷⁶. Par ailleurs, nous verrons plus loin que depuis cette époque, les institutions européennes ont institué des directives concernant le contrôle par l'État portuaire⁹⁷⁷, et ont mis sur pied l'Agence européenne pour la sécurité maritime, plus connue sous le nom d'*European Maritime Safety Agency* (EMSA) chargée de suivre les questions sécuritaires dans le domaine maritime⁹⁷⁸. Enfin, les organisations européennes sont aussi à l'origine du financement de séminaires de formation réunissant les membres du Paris MoU ainsi que des observateurs extérieurs⁹⁷⁹. Par ailleurs, des organisations internationales, comme l'OMI, et régionales, comme l'UE, fonctionnent souvent avec des comités d'experts délégués par les États membres. Ceux-ci se réunissent régulièrement formant ainsi une dynamique comitologique.

La comitologie comme moyen d'entretenir les contacts entre membres de communauté épistémique — Les responsables des autorités administratives nationales ont l'occasion de participer à des comités permanents internationaux ou régionaux. À l'instar des conférences internationales et régionales, ces comités permettent non seulement à des responsables de différents pays de se rencontrer, mais ils sont le motif d'entretenir des relations sur une base permanente par lequel les responsables doivent continuer de travailler

974. *Infra*, p. 335 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p. 12 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 11 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 14 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 14 ; Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 15.

975. P. M. HAAS et E. B. HAAS, préc., note 531, 275.

976. *Supra*, p. 91.

977. *Infra*, p. 481.

978. *Infra*, p. 296 et 485.

979. Paris MoU, *Annual Report*, 1997, p. 5 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 7 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 8.

de concert afin d'atteindre les objectifs du mandat du comité. Ainsi, la comitologie, cette technique de la gestion par l'usage de comités, permet de mieux comprendre le développement des réseaux transgouvernementaux. Ce phénomène est particulièrement visible au sein d'organisations européennes⁹⁸⁰. Ainsi, la coopération réglementaire intergouvernementale – une autre manière de désigner le transgouvernementalisme – exigerait aussi la mise sur pied de forums de discussions informelles qui se réunissent régulièrement, comme c'est le cas dans les comités :

« [D]es responsables élevés du secteur réglementaire des gouvernements participants mettent sur pied une sorte de forum permanent voué aux échanges, débats et décisions à prendre, ainsi qu'à leur suivi. Ce forum établirait aussi, mais de façon non officielle, un ordre du jour de coopération, identifierait les sujets à étudier et à analyser dans l'immédiat, débattrait des points de vue et des résultats, rechercherait un consensus en matière de politique réglementaire sur les questions étudiées et sur les solutions auxquelles les gouvernements devraient recourir pour les mettre en application. Finalement, ce forum serait aussi voué à l'analyse des progrès réalisés dans l'atteinte des objectifs définis, ou à l'analyse de l'absence de progrès, ainsi qu'à la détermination des mesures à prendre ultérieurement, le cas échéant. »⁹⁸¹

Ces réunions mettent en place une véritable dynamique tacite de coordination, ou du moins de coopération en réseau, si ce n'est que par le processus de socialisation qui se développe entre homologues étrangers. Avec l'entretien des contacts, les réseaux de communication entre les autorités administratives étrangères s'étaient, facilitant du coup la diffusion transfrontalière d'idées et de pratiques visant l'harmonisation des mesures de régulation⁹⁸². C'est d'ailleurs à travers les discussions en comité que la convergence de la régulation est possible. En effet, grâce aux informations échangées, les autorités administratives sont en mesure de définir leur rôle dans une perspective transnationale plutôt que nationale⁹⁸³. Enfin, les responsables des autorités administratives sont aussi influencées par le contexte dans lequel elles évoluent et la communication entre eux permet de mieux connaître l'environnement contextuel⁹⁸⁴.

980. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 138 ; K. JAYASURIYA, préc. note 600, 443. Renaud DEHOUSSE, « Regulation by Networks in the European Community : the Role of European Agencies », (1997) 4 *Journal of European Public Policy* 246, 254.

981. G. A. BERMAN, préc., note 692, à la page 92.

982. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 62 ; M. L. CHEEK, préc., note 763, 278 ; J. BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », préc., note 399, à la page 266.

983. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 51-52 et 55.

984. T. B. JØRGENSEN préc., note 836, à la p. 229.

Les pouvoirs d'influence des communautés épistémiques sur les orientations nationales — Les communautés épistémiques à la base des réseaux transgouvernementaux jouent un rôle important dans l'orientation des politiques de gouvernance, notamment en encourageant la conclusion d'accords impliquant des changements de politiques et de directions pour mieux répondre à l'intérêt général. L'influence de ces communautés est telle qu'elles sont plus efficaces à orienter des prises de décision que cela aurait pu l'être au sein d'organisations internationales⁹⁸⁵. À cet égard, Peter M. et Ernst B. Haas soutiennent que les communautés épistémiques de fonctionnaires-cadres-experts sont maintenant des regroupements de personnes politiquement très influentes au sein des organisations étatiques. En effet, ils sont en mesure de mobiliser des canaux de communication politiques et bureaucratiques pour mettre de l'avant leurs préférences tout en soulignant que celle-ci fait l'objet d'un entendement consensuel⁹⁸⁶.

La constitution de canaux de diffusion d'information à travers des communautés épistémiques transversales formées d'une coalition de fonctionnaires spécialisés en matière maritime semble, de prime abord, avoir été réalisée dans le cadre de l'initiative de formation des MoU. Mais au-delà cette constatation, la démonstration de l'existence de canaux de transmission et de diffusion entre les membres de communautés épistémiques transversales est un exercice malaisé. En effet, l'accès aux discussions tenues entre des fonctionnaires étrangers pour la formation des MoU, tant au sein des instances de la Communauté européenne que de celles de l'OMI, est quasi impossible et ce, en raison de leur caractère spontané et de l'absence transcription quant à leur contenu. De plus, si les procès-verbaux des rencontres ont pu être rédigés, il est probable qu'ils enregistrent seulement les décisions sans offrir suffisamment de détails sur le contexte des discussions. Toutefois, cela n'empêche pas de constater que la formation des MoU a pu suivre, en apparence, un parcours similaire au modèle normatif impliquant les communautés épistémiques.

Les communautés épistémiques au centre du processus de formation des MoU — Sans pouvoir confirmer que cette théorie des communautés épistémiques s'applique aux

985. E. D. KINNEY, préc., note 795, 427 ; voir aussi I MAHER, préc., note 37, 118

986. P. M. HAAS et E. B. HAAS, préc., note 531, 260-261.

autorités maritimes membres des différents MoU, plusieurs des éléments tout juste traités ci-haut se conjuguent bien avec des faits observables. À cet égard, la DAM et la SM emploient des inspecteurs maritimes qui ont une expertise particulière dans le domaine maritime. Ces autorités administratives sont souvent formées d'inspecteurs qui ont la particularité d'être des architectes, des ingénieurs navals ou encore des capitaines longs-cours. Il n'est d'ailleurs pas étonnant de constater que les MoU exigent de leurs membres qu'ils embauchent des inspecteurs dûment qualifiés dans le domaine de la sécurité maritime⁹⁸⁷, et ce, par l'entremise de concours de recrutement axés sur l'exigence d'être issu des corps professionnels recherchés⁹⁸⁸. Aujourd'hui en France, les concours

987. Paris MoU, art. 3.5 ; Tokyo MoU, art. 3.5 ; Accord de Viña del Mar, art. 3.6 ; Med MoU, art.3.5.1.

988. Les inspecteurs sont des spécialistes praticiens en matière de sécurité maritime : «Outre une bonne connaissance des normes internationales en vigueur, ils doivent maîtriser l'anglais, être titulaires d'un brevet de capitaine ou de chef mécanicien, avoir une expérience suffisante du service en mer ou être diplômés d'un établissement maritime, et avoir reçu une formation spécialisée pour ce type d'inspections.» : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 114. Dans l'affaire du *Lantau Peak*, la Cour d'appel fédérale du Canada retient l'ampleur de l'expertise «quasi-judiciaire» des inspecteurs qui effectue le contrôle sécuritaire des navires pour établir la norme de contrôle judiciaire en regard de leur pouvoir d'immobilisation. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, par. 91 (les soulignés sont du juge):

«[91] L'expérience et la formation de M. Warns englobaient aussi des études qui portaient sur l'architecture navale, la construction navale, le moment de flexion, les forces de cisaillement des structures, l'échouage et les effets de sentine. Ses compétences et ses connaissances spécialisées étaient également reconnues à l'échelle internationale. Les extraits suivants tirés de la transcription, volume 14, aux pages 2857 à 2864, attestent ses qualités :

[traduction]

Q : Et nous allons examiner certains de ces autres aspects, mais, pendant que j'y pense, nous venons d'entendre le témoignage de M. Hall à propos de son rôle dans le programme de contrôle par l'État du port. Avez-vous participé, en dehors du Canada, à des exercices de contrôle par l'État du port?

R : Oui.

Q : Peut-être pourriez-vous nous en dire quelques mots?

R : L'an dernier, j'ai présenté en Australie, dans le cadre du Mémorandum de Tokyo, un exposé sur la sécurité des vraquiers et il y avait 18 délégués qui venaient de 18 pays. Également l'an dernier, j'ai donné un séminaire sur le contrôle par l'État du port aux formateurs des pays membres du Mémorandum dans l'océan Indien. Avant cela, j'ai aussi organisé, avec M. Dave Hall, en Malaisie et au Vietnam, un séminaire sur le contrôle par l'État du port, et j'ai fait également un séminaire semblable en Corée.

[...]

Q : S'agissant de votre expérience de la navigation, pourriez-vous nous dire durant combien d'années vous avez navigué et sur quel genre de navire?

R : J'ai navigué environ 11 ans, le plus souvent sur des navires de charge, des vraquiers et des pétroliers.

Q : Et à quel titre étiez-vous sur le navire?

R : J'ai navigué aussi comme chef mécanicien durant environ cinq ans sur des navires de charge, comme mécanicien en second sur des vraquiers et des pétroliers, ainsi que comme chef mécanicien sur un pétrolier. En plus; j'ai été chef mécanicien sur un navire de la Garde côtière au Canada et j'ai occupé des postes plus subalternes, comme mécanicien de chaudière, sur divers navires de charge.

d'embauche visent aussi les jeunes universitaires qui ont réalisé un diplôme de second cycle, plus précisément d'avoir réussi des études de maîtrise. Même si dans le cadre de ce processus d'embauche deux types de professionnel coexistent, les cursus de formation rendent possible une mixité entre les dimensions universitaires et techniques qui se rejoignent à travers l'usage de valeurs communes, non seulement dans le cadre d'une formation initiale technique de 18 mois, de stages totalisant 29 mois de stages, du tutorat d'accompagnement pour les premiers mois d'emploi ainsi que de la formation continue⁹⁸⁹. Cette sélection au recrutement et l'uniformisation au stade de la formation sont conformes au modèle d'affermissement préalable et propices au sentiment d'appartenance à la communauté épistémique visée⁹⁹⁰.

Les fonctionnaires-cadres-experts des autorités maritimes d'États portuaires sont amenés à se rencontrer fréquemment notamment lors de travaux sous l'égide de l'OMI⁹⁹¹. Or, comme nous l'avons précédemment constaté, le domaine maritime à cela de particulier que la plupart des experts qui y œuvrent sont en mesure de communiquer en anglais⁹⁹². Ainsi, ces fonctionnaires sont prédisposés à communiquer directement et efficacement entre eux, à lire des publications touchant leurs activités et participer à des comités ou des conférences régionales et internationales. En conséquence, le processus de formation et de mise en œuvre et de fonctionnement des MoU n'est pas entravé par des barrières linguistiques.

Les MoU, comme réseaux transgouvernementaux, semblent donc se construire sur les liens qui se tissent entre les membres de communautés épistémiques. Ces liens établissent les relations très fortes sur lesquelles s'appuient les réseaux transgouvernementaux. Non seulement ceux-ci sont associés à un intérêt commun, mais ils expriment aussi la nécessité d'agir pour contrer le manque de capacité d'intervention en

Q : Et je suppose que vous avez exercé toutes ces responsabilités dans plusieurs compagnies maritimes?

R : C'est exact.»

989. Nicolas DE LA CASINIÈRE, « Formation d'inspecteurs de sécurité maritime », *Le Marin* 16 nov. 2001.11.

990. *Supra*, p. 263-268 et *infra*, p. 314.

991. *Infra*, p. 333-337.

992. *Supra*, p. 267.

élargissent, notamment, les ressources administratives et les sources d'information⁹⁹³. De fait, cette volonté des autorités nationales à se doter de tels moyens d'intervention exprime aussi la résistance à l'empiètement de leur prérogative par des organisations supranationales comme l'OMI.

Section 2 Un compromis pour conserver des prérogatives d'intervention : l'instinct de survie des fonctionnaires ou le *public choice*

Les fonctionnaires-cadres-experts étant au carrefour des canaux de transmission d'informations, ils profitent inévitablement de leur position stratégique pour améliorer leur situation professionnelle⁹⁹⁴. Or, ces gestionnaires de l'administration publique ont un rôle actif au sein du système bureaucratique puisqu'ils interprètent les règles en fonction des intérêts qui les animent⁹⁹⁵. En effet, l'information peut être traitée de manière à avantager leur organisme :

« Greater political independence from interest group influence does not mean that bureaucrats and judges necessarily pursue what they deem to be the "national interest" of their state. Their decisions may reflect certain biases. Thus, in addition to personal status and a comfortable income, bureaucrats are motivated but an interest in ensuring for themselves (and their institution) greater budgetary discretion, thereby gaining latitude to implement policies as they see fit. »⁹⁹⁶

Ainsi, même si les fonctionnaires agissent habituellement dans l'intérêt de l'État⁹⁹⁷, ils peuvent simultanément privilégier les solutions qui maximisent la légitimité et la valeur de leur organisation aux yeux des décideurs politiques ainsi que de la population. Du coup, cela permet d'accroître, leur budget, leur pouvoir, leur autorité et leur confort : « Public choice models of bureaucratic politics argue that the structure of political markets means that bureaucrats have no effective budget constraint and seek to maximize the size of their

993. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 303.

994. Voir le schéma intitulé *Les fonctionnaires-cadres-experts comme membres d'une communauté épistémique transversale située au carrefour des canaux de communication bureaucratiques* : supra, p. 264.

995. P. DURAN, préc., note 541, 15.

996. E. BENVENISTI, préc., note 54, 173.

997. K. PEKONEN, préc., note 812, à la p. 205 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 143.

budgets »⁹⁹⁸. De cette manière, les fonctionnaires-cadres des autorités administratives pourraient chercher le moyen de devenir incontournables en raison des orientations prises par l'appareil de l'État⁹⁹⁹. À cet égard, Anne-Marie Slaughter souligne que la régulation transnationale constitue une forme de gouvernance qui offre l'occasion aux fonctionnaires nationaux d'accroître leur légitimité quant à l'application des normes sécuritaires¹⁰⁰⁰. En effet, grâce à la coopération entre pairs, les autorités réussissent à renforcer la prévalence de la loi, et ce, malgré la course vers le fond sous liée à la globalisation¹⁰⁰¹.

La conservation des prérogatives des autorités administratives par la coordination à l'intérieur de réseaux transgouvernementaux — La théorie du *public choice* offre des pistes d'explication à l'intérêt des fonctionnaires à vouloir constituer des réseaux transgouvernementaux régionaux comme les MoU. Si ceux-ci souhaitent se rapprocher de leurs homologues étrangers par adhésion professionnelle et intellectuelle à une communauté épistémique, celle-ci n'est pas suffisante pour expliquer leur tendance constante à vouloir coordonner leurs contrôles. En effet, les autorités administratives nationales sont généralement jalouses de leurs prérogatives souveraine. Or, les réseaux transgouvernementaux, lorsqu'ils sont constitués par des mémorandums, mettent en place des règles de coordination auxquelles doivent adhérer tous les membres. Ce paradoxe fait croire en l'existence de perceptions et de tensions sous-jacentes au choix des fonctionnaires de se soumettre à de tels réseaux :

« Les bureaucrates obéissent à deux contraintes principales. On attend d'eux qu'ils se conforment à des normes assignées à leurs fonctions par d'autres bureaucrates de leur organisation. Cela est tout particulièrement vrai des échelons supérieurs. En second lieu, on attend d'eux qu'ils réussissent dans quelque mission ou quelque tâche inhérente à la raison d'être de l'organisation où ils travaillent. Or l'interaction, l'interdépendance et la complexité grandissantes des problèmes à l'échelle mondiale sont toutes trois des facteurs de changement dans les fonctions des bureaucrates : ceux-ci sont soumis à une pression dans

998. A. GAMBLE, préc., note 677, à la page 126.

999. Enrico COLOMBATTO et Jonathan R. MACEY, « A Public Choice Model of International Economic Cooperation and the Decline of the Nation State » (1996) *Cardozo L. Rev.* 925, 926 et 929; Jonathan R. MACEY « The 'Demande' for International Regulatory Cooperation : a Public-Choice Perspective », in G. A. BERMANN, M. HERDEGEN et P. L. LINDSETH (eds.), préc., note 738, p. 147, à la page 151 ; R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 54 ; Bruno JOBERT, « L'État en action. L'apport des politiques publiques », (1985) 35-4 *Rev.fr. sci polit* 654, 680 ; A. J. HOEKEMA, préc., note 823, 317.

1000. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 143.

1001. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 24.

cette direction qui résulte des difficultés par eux rencontrées dans l'accomplissement de leur mission. »¹⁰⁰²

La mise sur pied de système de coordination des prérogatives de contrôle d'une autorité avec leurs vis-à-vis étrangères permet d'éviter leur régression au profit des mécanismes d'autorégulation provoqué par le libéralisme des marchés ou inversement au profit des régulations par les organisations internationales. Sur ce dernier point, soulignons qu'en sacrifiant un peu de leur autonomie, les autorités maritimes s'assurent ainsi du maintien de leur capacité d'intervention, et ce, en évitant le risque que des organisations internationales, comme l'OMI ou l'OIT, décident de mesures de régulation à leurs dépens : « le réseau au contraire de l'organisation supranationale, ne suppose pas une cession de droits souverains puisqu'il est composé de fonctionnaires nationaux qui conservent tous leurs attributs et pouvoirs, voire les accroissent en y ajoutant cette dimension internationale »¹⁰⁰³. La constitution de réseaux transgouvernementaux constitue même une avenue autorisant les fonctionnaires à s'introduire davantage dans les travaux des organisations internationales et leur permet d'accroître l'influence politique de leur communauté épistémique à l'échelle internationale.

D'ailleurs, la coordination est d'autant plus encouragée que les autorités nationales sont de plus en plus soumises à des restrictions budgétaires¹⁰⁰⁴ et que la globalisation réduit de plus en plus l'intervention unilatérale des États. En effet, sur ce dernier point, nous l'avons précédemment décrit, les efforts étatiques de régulation sont en régression puisque « [...] les compétences de plusieurs administrations publiques (ministère, agence de régulation, etc.) sont rognées ou rendues désuètes par la globalisation économique et les interdépendances induites par la mondialisation des risques. La seule manière pour ces organisations de conserver leur pouvoir consiste à instaurer une des coopérations étroites avec leurs homologues étrangers. »¹⁰⁰⁵ Ainsi, la coordination des interventions enrayerait la complaisance et éviterait la course vers le fond¹⁰⁰⁶. En effet, elle accroît, sinon maintient, l'exercice de leur autorité souveraine : « les gouvernements sérieusement intéressés par la

1002. R. HOPKINS préc., note 770, 39.

1003. K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 748.

1004. *Infra*, p. 282 et 284.

1005. K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 749.

1006. J. R. MACEY, préc., note 409, 1354 ; K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 749.

coopération réglementaire internationale appuieront la création d'un système favorisant directement l'*élaboration* conjointe de politiques réglementaires, tout en refusant d'abandonner leur pouvoir de décision finale en la matière. »¹⁰⁰⁷ Les fonctionnaires ont par nécessité un sens aigu de l'instinct de survie et peuvent facilement être convaincus qu'à tout perdre il est préférable d'instaurer des réseaux transgouvernementaux flexibles et fonctionnels qui uniformisent mondialement les mesures de régulation et surtout leur application.

Mais cette uniformisation par la coordination en réseau n'est pas une chose évidente. Elle exige une véritable négociation entre plusieurs partenaires étrangers qui sont souvent animés d'intérêts divergents. Leur intérêt réside donc dans la préservation d'un maximum prérogatives administratives¹⁰⁰⁸. Ainsi, la souveraineté nationale est paradoxalement protégée du développement de nouvelles institutions internationales qui pourraient se révéler trop contraignantes pour les fonctionnaires nationaux¹⁰⁰⁹. Ainsi, le transgouvernementalisme exprime un compromis entre des autorités administratives qui restreignent leur capacité discrétionnaire quant à l'exercice de leurs prérogatives afin de mieux contrer les effets pervers de la globalisation et conserver encore quelques prérogatives¹⁰¹⁰. Évidemment, ce compromis est d'autant plus facile à trouver si le nombre des parties est réduit et que ces dernières sont culturellement proches, comme cela peut être le cas dans le cadre d'une négociation régionale.

La régionalisation permet aux membres d'un réseau de conserver le contrôle de leurs activités de coordination — La coopération instaurée dans le cadre des MoU comporte une dimension géographique puisqu'en constituant les réseaux à une échelle régionale, les autorités maritimes qui en sont parties ont voulu éviter de faire une organisation mondiale implicite dont la montée en puissance aurait éclipsé l'autonomie autorités membres. Par l'entremise d'une structure régionale, les membres s'assurent ainsi

1007. G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 87.

1008. J. R. MACEY, préc., note 409, 1354; K. PEKONEN, préc., note 812, à la p. 206 ; G. MAJONE, préc., note 663, 89.

1009. E. COLOMBATTO et J. R. MACEY, préc., note 999, 926 et 954-955 ; J. R. MACEY préc., note 999, p. 147, aux pages 148 et 168; J. R. MACEY, préc., note 409, 1358 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 51 ; M. L. CHEEK, préc., note 763, 278; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 347.

1010. J. R. MACEY, préc., note 409, 1354 et 1361 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 26 et 62.

du contrôle de leur entente particulière en fonction tant des intérêts spécifiques de leur région que d'un nombre restreint de participants surtout si ceux-ci bénéficient d'une proximité culturelle : « En matière réglementaire, il n'y a pas de nombre optimal de gouvernements avec lesquels on devrait coopérer. Un accroissement des partenaires augmente la portée de la coopération, mais peut aussi diminuer son efficacité »¹⁰¹¹.

Pour illustrer ce point de vue, soulignons que, contrairement à l'OMI qui est soumis à la ligne d'action politique des pavillons de libre immatriculation, les autorités maritimes des pays européens, du Canada et de la Russie qui forment ensemble le Paris MoU n'ont pas à se préoccuper du risque d'une prise de contrôle de leur accord par des autorités maritimes de pays faisant partie d'autres régions et qui sont animés d'autres préoccupations, notamment en matière de développement. De cette manière, la portée régionale des ententes permet de limiter la coopération aux préoccupations réciproques précises exprimées par des États qui forment une certaine homogénéité aux plans culturel, politique et économique et qui expriment le désir d'un renforcement de la régulation dans la région visée.

Les réseaux transgouvernementaux offrent aux autorités publiques une plus grande marge de manœuvre sur le plan politique — Précédemment, nous avons constaté que les réseaux transgouvernementaux assurent non seulement la survie des autorités administratives, mais ils assurent aussi la signature des ententes elles-mêmes. En effet, l'engagement auprès de partenaires étrangers est une contrainte politique qui s'exerce sur le signataire. Or, comme nous le verrons plus en détail plus loin, les représentants d'État qui signent des ententes qui institutionalisent leur réseau sont davantage encouragés à s'acquitter de leurs propres engagements¹⁰¹². Toutefois, l'appui des instances politiques nationales à de telles initiatives est essentiel. N'oublions pas que les autorités administratives sont en mesure d'infléchir le choix des instances politiques, notamment en obtenant l'appui d'autres autorités étrangères partenaires à l'entente¹⁰¹³; surtout s'il proviennent de pays voisins. Grâce à la concertation des autorités membres, il est possible

1011. G. A. BERMANN préc., note 692, aux pages 85-86.

1012. J. R. MACEY, préc., note 409, 1353 et 1363. La signature d'un mémorandum comporte un effet d'engagement de la part des autorités maritime lequel est associé à des mécanismes persuasifs liées à la *soft law* : *infra.*, p. 353 .

1013. J. R. MACEY, préc., note 409, 1376.

de « forcer » – dans une certaine mesure – l’orientation politique d’un pays pour le voir rallier au consensus établi entre les fonctionnaires membres de réseaux¹⁰¹⁴. Ces derniers peuvent donc devenir de puissants instruments dans le cadre des relations internationales. Au surplus, Kyösti Pekonen souligne que la dichotomie entre les instances politiques et bureaucratiques s’efface au profit d’une intervention étatique hybride. Par conséquent, les divergences d’intérêts qui peuvent exister entre l’autorité administrative et la direction politique d’un État tendrait, de toute manière, à s’estomper¹⁰¹⁵.

Il est difficile de démontrer l’hypothèse que les MoU sont des réseaux régis par des intérêts convergeant de la protection de leur prérogative conformément à la théorie du *public choice*¹⁰¹⁶. De toute manière, ce type de révélation est politiquement inavouable, ce motif est peu constructif à un bon climat de travail nécessaire au partenariat. Au mieux, l’illustration de réticences de la part des autorités maritimes à vouloir céder leurs prérogatives peut se déduire des résultats des négociations liées à la formation des MoU. En effet, quelques-uns d’entre eux ont fait l’objet de négociations laborieuses entre les autorités¹⁰¹⁷. Ainsi, il est raisonnable de croire que les textes des MoU décrivent précisément les règles de coordination selon ce qui est tout juste nécessaire, et ce, afin de réduire au minimum les contraintes s’exerçant à l’égard des prérogatives souveraines des partenaires¹⁰¹⁸. Dans les cas où les autorités souhaitent plutôt garder leurs pouvoirs discrétionnaires, l’engagement de celles-ci serait d’autant moins important si le risque d’une récupération des prérogatives par l’OMI est peu probable¹⁰¹⁹. Par ailleurs, si la théorie du *public choice* offre une perspective intéressante pour expliquer l’apparition des MoU, un fort doute subsiste quant à l’influence de cet élément dans la mise en place ce

1014. J. R. MACEY, préc., note 409, 1356

1015. K. PEKONEN, préc., note 812, aux pages 206 et 208.

1016. E. COLOMBATTO et J. R. MACEY, préc., note 999, 932 et 925; J. R. MACEY, préc., note 999, à la page 165. Voir aussi *supra*, p. 273.

1017. Ainsi, lors des négociations de l’Accord de Viña del Mar, faute de consensus, la convention OIT n° 147 sur les conditions de travail, a été éjectée des instruments faisant l’objet du contrôle. De plus, la situation de l’IO MoU est un autre cas de figure de la complexité des négociations puisque si les autorités maritimes du Bangladesh, de Djibouti, de l’Éthiopie, du Mozambique, du Myanmar et des îles Seychelles ont bien participé à la négociation et à la confection du texte de l’IO MoU, elles n’ont toujours pas signé le document en question.

1018. Soulignons que les MOU comportent des clauses de sauvegarde qui empêchent que l’exclusivité de la juridiction de l’État portuaire ne soit entamée : *infra*, p. 296 et 314 ; E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 194

1019. *Supra*, p. 255.

type de système de contrôle. En effet, les fonctionnaires-cadres-expert voyaient-ils l'OMI comme un trouble fête lorsqu'ils ont mis en places les MoU? Cela est possible, mais peu probable. Mais il est certain que la crainte de voir leur capacité d'intervention diminuée par la libéralisation du marché du transport maritime a pu motiver leur initiative. Au-delà de ces considérations psychologiques, la volonté des responsables d'autorité maritimes de coordonner leurs politiques trouve aussi sa source à travers l'objectif d'économie d'échelle quant à l'exercice de leur contrôle.

Section 3 Les MoU et la rationalité économique du droit

Le transgouvernementalisme ne serait pas seulement l'affaire d'une affinité entre des fonctionnaires-experts faisant partie d'une même communauté épistémique ou encore de leur volonté de préserver leur statut et des pouvoirs qui leur sont attribués. Ce sont là des fondements psychologiques qui restent éloignés des préoccupations entourant l'exercice concret de leurs fonctions. Il faut aussi chercher l'origine des réseaux transgouvernementaux dans la somme des contraintes immédiates des autorités publiques qui ont à pallier le manque de ressources matérielles et humaines¹⁰²⁰. En effet, elles sont confrontées à des impératifs budgétaires et à des exigences managériales où « l'administration est tenue, tout comme les entreprises privées, d'améliorer sans cesse ses performances et d'abaisser ses coûts; elle est tenue de remplir ses missions, dans les meilleures conditions possible, en veillant à la qualité de ses prestations et en utilisant au mieux les moyens à sa disposition. »¹⁰²¹ Or, la coordination d'activités avec des autorités étrangères offre la perspective d'une régulation qui évite les distorsions du marché et permet, en outre, une économie d'échelle grâce à la mise en commun des ressources disponibles¹⁰²².

Le transgouvernementalisme comme alternative aux mesures juridiques de régulation entraînant des distorsions au sein du marché — Les mesures de régulation par

1020. J.-B. AUBY, préc., note 868, 150 ; J.K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, à la page 116-117 ; L. METCALFE, préc., note 868, à la page 174.

1021. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 71. Voir aussi *supra*, p. 234.

1022. J. K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, à la page 116-117 ; E. KRAHMANN, préc., note 740, 330.

l'utilisation sans mesure d'une coercition juridique souveraine engendrent des interférences sur les marchés économiques qui peuvent parfois entraver la croissance économique d'un pays¹⁰²³. Ce type de mesures, surtout lorsqu'elles sont réalisées de manière unilatérale dans un secteur économique globalisé comme le transport, engendre des phénomènes d'évitement contre-productifs comme dans le cas de la complaisance maritime. Mais l'absence de régulation formelles remplacée par la prétendue autorégulation est loin d'être un système efficace qui permet de régler les effets pervers d'un marché entièrement libéralisé, surtout si l'information utile est incomplète, inaccessible ou erronée comme dans le cas du transport maritime. Les résultats mitigés du code de conduite TOCA mis en œuvre au sein de l'IACS et qui vise à enrayer le *class shopping* entre les membres illustre de façon criant les lacunes dont l'autorégulation est coutumière¹⁰²⁴.

Or, la régulation appliquée par des réseaux transgouvernementaux constitue un compromis acceptable entre la régulation unilatérale par les pays et l'autorégulation liée au libéralisme. En fait, la coordination de la régulation engage des externalités liées à la régulation qui sont limitées. Lorsque tous les États d'une région appliquent les mêmes normes, il est difficile pour ceux-ci de les contourner pour eux-mêmes. La coopération par la coordination des interventions étatiques est le moyen d'atténuer les effets indésirables de la dérèglementation des marchés en évitant les déséquilibres induits par la fuite des capitaux¹⁰²⁵. Par le fait même, les MoU créent des monopoles régionaux de régulation par les États portuaires puisque leur coordination de contrôle atténue des variations trop forte des coûts et des prix entre pays. Les marchés nationaux portuaires sont donc mutuellement protégés tant sur les exigences sécuritaires que sur un différentiel des coûts engendrés par ces exigences. Il reste toutefois que la mise en place de tels réseaux est aussi lié à un calcul économique des autorités publiques à l'égard de leur gestion interne.

La création des réseaux transgouvernementaux est liée à un calcul coût/bénéfice — Une entente d'harmonisation entre des partenaires étrangers doit à la base

1023. Orly Lobel souligne qu'une régulation unilatérale peut devenir une forme de taxation régressive qui est refilée aux consommateurs : O. LOBEL, préc, note 541, 444 - 445.

1024. L'histoire offre peu d'indices faisant croire que les armateurs puisse faire primer la sécurité sur le profit. D'ailleurs à l'époque du *Titanic*, le libéralisme économique règnait en maître sans qu'il n'assure des règles minimales de sécurité à bord des navires avec tout simplement un nombre suffisant de canots de sauvetage.

1025. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 62 ; R. A. W. RHODES, préc. note 723, 665.

rester une opération « profitable ». Ainsi, avant la formation d'un réseau transgouvernementale, les autorités administratives concernées doivent en premier lieu faire une analyse économique prenant en compte le ratio coût/bénéfice d'une structure collective. Ainsi, la compatibilité de fonctionnement des partenaires, la similarité des intérêts partagés, les risques et les coûts d'un échec doivent être considérés par les autorités. Si les coûts devaient se révéler plus importants que les gains éventuels, il est tout probable que le projet d'entente qui doit formaliser le fonctionnement d'un réseau serait forcément abandonné¹⁰²⁶. Toutefois, la mise sur pied d'un réseau est souvent une entreprise rentable compte tenu des nouvelles technologies de l'information qui permettent de réduire considérablement les coûts de communication et de gestion. Ainsi, la valeur et la qualité de l'information obtenue vaut davantage que les coûts de mise sur pied et de fonctionnement des réseaux eux-mêmes¹⁰²⁷.

Les MoU impliquent donc des coûts peu élevés. En effet, un fonctionnement et des intérêts unis par des liens étroits rendent compatible le fonctionnement entre le personnel des autorités maritimes parties au réseau. De plus, cela signifie que les MoU possèdent un atout important : Ils ne modifient pas les mandats et les modes de fonctionnement des autorités¹⁰²⁸. Enfin, les ressources matérielles mises à leur disposition sont essentiellement investies dans un centre d'information commun gérant des bases de données issues de leurs rapports inspections.

La coordination des activités de régulation permet l'économie d'échelle et la utilisation optimale des ressources utiles aux activités de régulation — La mise en commun des ressources matérielles apportée par tous les partenaires et leur utilisation optimale à travers un usage collectif est une approche qui se justifie au plan économique. L'analogie avec la station spatiale internationale en est l'illustration par excellence puisqu'elle réunit différents modules étrangers au sein d'un même ensemble afin d'en diviser les coûts de construction et d'entretien entre partenaires qui souhaitent exploiter au

1026. Oran R. YOUNG, « Regime Theory and the Quest for Global Governance », in Alice D. BA, Matthew J. HOFFMANN, *Contending Perspectives on Global Governance Coherence, Contestation and World Order*, Routledge, Oxon, New York, p. 88, à la page 99 ; J. R. MACEY, préc., note 409, 1355 ; G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 90 ; J. K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, aux pages 117-118 et 121-122.

1027. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 297.

1028. R. HOWSE, préc., note 681, 468.

mieux les ressources dont ils disposent dans ce domaine. Les réseaux transgouvernementaux se construisent sur le même principe. Dans le cas des MoU, les résultats d'inspections réalisées par chacune des autorités maritimes membres sont partagés entre les partenaires via des bases de données communes. C'est là un moyen de réaliser des économies par une coordination complémentaire d'activités¹⁰²⁹. Cette coordination par la collectivisation de l'information évite la redondance des moyens et des activités de contrôle permettant du même souffle à réduire les coûts d'activité de régulation par l'entremise d'une économie d'échelle¹⁰³⁰. L'attrait pour cette approche est d'autant plus important que les autorités publiques ont des ressources matérielles et humaines limitées qui ne sont pas en mesure de rivaliser avec le budget des entreprises multinationales qui bénéficient de fonds importants et d'une expertise permanente pour mettre de l'avant des moyens considérables afin de traiter l'information les concernant¹⁰³¹. En effet, cette collectivisation de l'information permet non seulement à chacune des autorités membres d'économiser sur les coûts des infrastructures consacrées à la recherche, à la collecte d'information, à l'archivage et au traitement des données, mais elle permet d'accroître la quantité, la qualité et la crédibilité des renseignements. Cette coopération offre l'occasion de recouper les sources afin d'éprouver la valeur des données¹⁰³². Or, une information de qualité, comme nous le verrons plus loin, est très recherchée au point de lui accorder une grande valeur économique¹⁰³³.

Du point de vue du management public, ce mode de régulation en réseau permet d'obtenir que des objectifs ou des décisions puissent être réalisées par les autres organisations participantes. Cela rencontre l'idée d'une saine gestion publique : « l'efficacité ne doit pas être entendue comme la maximisation du profit, mais comme un meilleur exercice par l'administration des missions d'intérêt collectif qui lui

1029. L. METCALFE, préc., note 868, à la page 179. Inversement à ce raisonnement, A.-J. Arnaud souligne qu'une coordination régulatrice est possible s'il existe une reconnaissance mutuelle des règles et des juridictions: A. -J. ARNAUD, préc., note 540, 24 et 26.

1030. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 416.

1031. *Supra*. p. 152 et 155.

1032. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 304 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 526. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 176 ; R. O. KEOHANE et J. S. NYE, préc., note 956, 87 ; R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 181.

1033. Nous verrons plus loin que l'information traitée et crédible fait l'objet d'une valeur de premium : *infra.*, p. 349.

incomber »¹⁰³⁴. Cette coordination permet donc la maximisation des ressources afin de rencontrer les objectifs :

« [...] le rapprochement réglementaire favorise non seulement la rationalisation de l'élaboration des règlements, mais aussi faciliter diverses formes de coopération technique lorsqu'il s'agit de mettre en vigueur les politiques réglementaires adoptées. À cela une raison : dans la mesure où leurs normes réglementaires sont les mêmes, ou sont similaires, les pays peuvent plus librement échanger entre eux divers services administratifs, par exemple en matière d'inspection, d'essais et d'homologation. Lorsque des produits et services faisant l'objet d'échanges commerciaux traversent les frontières, et particulièrement s'il s'agit de services transfrontaliers par nature, il peut s'avérer extrêmement avantageux de se servir du personnel administratif d'un autre pays, des résultats des essais que ce pays a effectués ou des attestations qu'il a établies. Sans normes réglementaires communes, ce serait impossible. »¹⁰³⁵

Par exemple, ces économies d'échelle sont effectuées en limitant le nombre d'inspecteurs nécessaires à la surveillance des navires faisant escale dans une région en évitant la répétition inutile des mêmes contrôles. Les MoU permettent donc une plus grande efficacité de leur gestion par le regroupement des ressources d'autant plus rares que les autorités maritimes qui en font parties sont généralement confrontées aux restrictions budgétaires et au manque de ressources humaines compétentes qui sont aujourd'hui monnaie courante¹⁰³⁶. Accessoirement la minimisation des coûts financiers et l'utilisation partagée de l'expertise par la coordination répond bien aux contraintes des pays en voie de développement disposant de moyens limités, mais qui souhaitent malgré tout se joindre à l'effort de contrôle sécuritaire des navires potentiellement dangereux¹⁰³⁷. Ainsi, les MoU représentent bien ce genre d'alliance entre autorités qui se trouvent confrontés à des budgets et qui doivent malgré tout appliquer des normes sécuritaires minimales.

L'effet d'entraînement lié aux réseaux transgouvernementaux —

Accessoirement, il ne faut pas sous-estimer la valeur économique liée à l'effet d'entraînement des réseaux transgouvernementaux. En effet, plus la participation au réseau est grande en nombre et en qualité meilleure est l'optimisation des ressources partagées. Ainsi, chaque administration qui apporte un volume d'informations utiles au groupe – en l'occurrence, les rapports d'inspection – collabore à une connaissance collective qui atteint une masse critique laquelle provoque un effet d'entraînement et une convergence

1034. J. CHEVALIER, préc., note 45, 131.

1035. G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 83.

1036. I. P. GARCIA, préc., note 17, 1415.

1037. E. DURUIGBO, préc., note 47, 128.

dynamique. Par ailleurs, une réserve s'impose sur ce point puisque l'engagement d'un trop grand nombre de participants à une structure internationale peut condamner cette dernière à l'immobilisme¹⁰³⁸.

Du reste, ces réseaux transgouvernementaux réduisent même davantage les coûts de transaction liés à l'établissement de nouveaux réseaux de coordination. En effet, ceux-ci bénéficient de conditions toujours plus favorables à la coordination multilatérale ainsi qu'à l'amélioration des canaux de communication et des conditions d'accès à l'information partagée¹⁰³⁹. Concrètement, cette mise en commun des renseignements améliore toujours davantage, la coopération entre administrations étrangères en permettant l'instauration et la multiplication des discussions directes entre ses membres lesquelles s'appuient dorénavant sur des données devenues communes. Cet atout majeur permet ainsi non seulement d'exposer et de résoudre les points litigieux, mais aussi d'assurer une compréhension et une interprétation standardisée qui affinent les objectifs collectifs¹⁰⁴⁰. Anne W. Branscomb utilise la notion de *transborder data flows* pour décrire un concept qui crée une valeur nouvelle à ces échanges de renseignements et aux partages des connaissances grâce à la convergence des technologies de l'information qui autorise la dissémination rapide à travers le monde de données utiles aux fins d'une exploitation immédiate¹⁰⁴¹. Cette multiplication des canaux d'information internationaux permet d'éprouver des méthodes ou des modèles qui autorisent l'élargissement de la coopération d'un secteur d'activité précis vers d'autres secteurs connexes. Là aussi, les MoU bénéficient de ce genre d'effet d'entraînement puisque, non seulement le Paris MoU et le Tokyo MoU ont servi de modèle pour d'autres régions, mais ces réseaux n'ont cessé d'élargir leur champ d'activité soit en acceptant davantage de membres; soit en rédigeant le mémorandum l'*European Quality Shipping Information System (EQUASIS)* comme instrument de normalisation connexe et

1038. *Supra*, p. 279, 291, 323 et 360.

1039. Anne-Marie SLAUGHTER, « Liberal International Relations Theory and International Economic Law », (1995) 10 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 717, 725 ; R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 63. voir aussi G. MAJONE, préc., note 851, à la p. 123.

1040. J. FREEMAN, préc., note 758 23 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 64 ; G. MAJONE, préc., note 399, à la page 189.

1041. Anne W. BRANSCOMB « Global Governance of Global Networks: A Survey of Transborder Data Flow in Transition » (1983) 36 *Vand. L. Rev.* 985, 990-991 ; J. CHEVALIER, préc. note 541, 685.

parallèle visant la formation d'une base de données élargie¹⁰⁴²; soit en établissant des relations de coopération et de routine avec d'autres MoU et même l'*U.S. Coast Guard*¹⁰⁴³.

Conclusion — La création des MoU est donc l'expression d'une rationalité complexe intrinsèque à un large groupe de fonctionnaires-cadres-experts représentant différents États. Les MoU incarnent, par leur existence même, un processus d'institutionnalisation des réseaux transgouvernementaux constitués par les membres de communautés épistémiques qui partagent des intérêts communs. Cette institutionnalisation des réseaux devient un moyen de renforcer leur légitimité et de confirmer leur utilité face à d'autres organisations internationales formellement plus importantes qui souhaitent occuper de nouveaux territoires de contrôle à l'échelle internationale. L'économie d'échelle qu'elle procure par ailleurs pour les pays d'une région donnée conforte le bien-fondé de cette approche. Mais, au-delà des intentions, la coordination au sein des réseaux transgouvernementaux se concrétise par la mise sur pied d'institutions bien réelles.

Chapitre 2

L'institutionnalisation des réseaux MoU

Au-delà des affinités et des calculs rationnels qui existent entre les membres d'autorités gouvernementales étrangères qui fondent une *volonté* d'établir des liens sous forme de réseaux transgouvernementaux, il reste que ces derniers n'existent véritablement que s'ils se concrétisent dans de véritables structures. Il est vrai que des réseaux pourraient exister exclusivement dans le cadre de relations interpersonnelles de fonctionnaires, mais ceux-ci resteraient virtuels et précaires compte tenu des mouvements de personnel qui existent au sein des autorités gouvernementales. En effet, celles-ci étant soumises à des styles de gestions bureaucratiques ou politiques, les fonctionnaires sont constamment soumis aux divers processus de promotion, de mutation, de démission, de congédiement, de

1042. *Infra*, p. 300 et 462.

1043. *Infra*, p. 333.

licenciement ou encore de mise à la retraite. Pour assurer le renforcement et la permanence de leurs activités de mise en œuvre de la régulation, les réseaux transgouvernementaux doivent s'institutionnaliser par la concrétisation de structures matérielles.

Pour comprendre les conditions d'émergence, de fonctionnement et de développement des réseaux transgouvernementaux incarnés par les MoU, l'analyse de la concrétisation de leurs structures institutionnelles devient incontournable. À cet égard, nous constaterons premièrement que leur mise sur pied passe d'abord par un processus de constitution spontanée. Deuxièmement, nous étudierons les infrastructures organisationnelles et matérielles qui sont mises en place. Troisièmement, nous traiterons des règles de coordination qu'ils mettent en œuvre. Quatrièmement, nous décrirons les principes assurant la communication interne des réseaux. Enfin, cinquièmement, nous présenterons les divers programmes d'échange de personnel qui permettent l'affermissement de la cohésion interne des réseaux.

Section 1 L'institutionnalisation spontanée des réseaux MoU

Les MoU sont des entités reconnues qui sont arrivées subitement sur la scène internationale de la sécurité maritime. Cette spontanéité quant à leur apparition et à leur reconnaissance intrigue. Toutefois, ce phénomène apparemment primesautier cache un continuum d'activités qui s'exercent intensément sur une courte période. Il faut donc expliquer ce phénomène évolutif particulier, notamment à travers le processus d'intensification et de densification des liens relationnels primitifs ainsi que du processus formel réflexif de la proclamation.

La gestation des réseaux par un processus d'intensification et de densification des liens primitifs existant entre les intervenants — Les réseaux prennent naissance à travers les diverses réunions tenues en marge des organisations formelles ou encore dans les forums *ad hoc* où les interactions sont menées sans contraintes¹⁰⁴⁴. Leur développement se

1044. H. KRAUSE HANSEN, D. SALS KOV-IVERSEN et S. BISLEV préc., note 840, à la page 112.

fait tout en douceur, entre autres grâce à la répétition et l'intensification des interactions entre les personnes responsables d'autorités gouvernementales¹⁰⁴⁵. Raymond Hopkins résume les balbutiements et le renforcement des liens transgouvernementaux :

« Un réseau commence à se constituer dès l'instant où des administrateurs éprouvent le besoin, dans l'exercice de leurs responsabilités, de renseignements ou de services en provenance d'autres pays. C'est ainsi que s'établissent avec leurs homologues d'autres pays des relations de travail. [...] Coups de téléphone, correspondance, réunions régulières, séances de préparation des ordres du jour, prennent de plus en plus du temps de travail des bureaucrates, notamment au sein des divisions internationales des administrations nationales. De ce type de contacts, et de la conviction ainsi acquise de l'importance des décisions prises dans d'autres pays, il est résulté la définition de nouveaux critères quant aux objectifs à atteindre et au rôle fondamental des fonctionnaires nationaux. Ces réseaux, tout d'abord structurés ad hoc, se transforment en véritables systèmes embryonnaires au fur et à mesure de leur institutionnalisation. De nouveaux schémas de comportement s'affirment hautement dans la conception que se font de leur rôle les membres du réseau : consultation préalable des collègues, accommodement réciproque de lignes de conduite visant des objectifs communs. La confiance dans la volonté de coopération des autres membres augmente, comme le font la prévisibilité des réactions et la sensibilité de chacun aux aspirations et aux besoins légitimes d'autres pays. Bref, mieux les réseaux parviennent à faire face aux problèmes de l'interdépendance, et plus ils auront de chances de s'animer de leur propre mouvement et de s'institutionnaliser. En effet, plus générale sera l'acceptation commune des normes compatibles définissant le rôle des grandes élites bureaucratiques à travers les frontières, plus on pourra parler d'une institutionnalisation des réseaux établis pour traiter des problèmes donnés. »¹⁰⁴⁶

Cela rejoint l'idée énoncée par Diane Stone, à savoir que les réseaux sont formés par la multiplication des échanges et des liens entre des homologues étrangers :

« Regularised communication, the formation of rules and resource division coordinate the network. Indeed, over time the network may become institutionalised with the creation of formal arrangement such as advisory committees, consultations procedures and recognition by state and international organisations of their legitimate role in policy. »¹⁰⁴⁷

Or, le processus d'institutionnalisation de ces relations débute dès le moment où les entretiens et les forums atteignent une telle intensité que des balises doivent être recherchées pour améliorer la communication rendue potentiellement chaotique. L'élaboration de ces balises se réalise, notamment, à travers un discours qui conceptualise les problèmes rencontrés et les différentes solutions. Cela permet de mettre de l'avant des normes et une routine d'interaction entre les intervenants d'un réseau. Cela est d'ailleurs

1045. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 355 ; J. BELLO, préc., note 882, 1027 ; M. L. CHEEK, préc., note 763, 277-278 ; J. FREEMAN, préc., note 758, 30.

1046. R. HOPKINS préc., note 770, 39-40. Ce phénomène est aussi désigné comme étant des «pratiques de communication» : H. KRAUSE HANSEN, D. SALS KOV-IVERSEN et S. BISLEV préc., note 840, à la page 109.

1047. D. STONE, préc., note 715, à la page 131.

propice à leur socialisation¹⁰⁴⁸. À partir de ce point, les structures du réseau sont renforcées par des initiatives de coopération, d'échange d'idées, d'assistance ou encore d'apprentissage permettant du coup l'intensification et la densification des liens, le tout selon le développement d'une vision commune utile à la cohésion des activités concertées du réseau. Ces initiatives informelles surviennent généralement en marge de conférences ou de réunions au sein de diverses organisations régionales et internationales¹⁰⁴⁹. En l'espèce, le Paris MoU est issu d'une activité d'un comité de travail formé de représentants d'États européens qui ont su travailler de concert pour finaliser leurs travaux en tout juste deux ans !¹⁰⁵⁰

L'homogénéité des interlocuteurs comme facteur d'intensification et de densification des liens relationnels — L'homogénéité des membres est un facteur additionnel d'émergence des réseaux. Déjà, à travers le phénomène des communautés épistémiques, nous avons expliqué les fondements émotifs qui y sont attachés. Toutefois, il est utile d'ajouter que l'homogénéité des participants aux réunions originelles des réseaux rend ces derniers susceptibles de se développer sur des liens primitifs s'établissant entre les responsables d'autorités de pays concernés, lesquels disposent de capacités similaires et suffisantes pour mettre de l'avant les initiatives qui en découlent¹⁰⁵¹. Ainsi, il n'est pas étonnant que les réseaux transgouvernementaux aient une propension à se déployer d'abord au sein de pays développés. En effet, ceux-ci possèdent des structures administratives et des ressources suffisantes à une véritable coordination¹⁰⁵². Cela explique comment les pays européens étaient en mesure de rapidement former en 1978 le MoU de La Haye ainsi que le Paris MoU qui l'a remplacé en 1982.

L'institutionnalisation des réseaux transgouvernementaux par l'entremise d'un processus « d'auto-proclamation » — Les réseaux transgouvernementaux s'inscrivent en marge du droit international traditionnel et sont l'occasion pour les autorités publiques qui les composent de bénéficier d'une autonomie accrue¹⁰⁵³. À cet égard, les membres des

1048. Oran R. YOUNG, préc., note 1026, à la page 100.

1049. I MAHER, préc., note 37, 117.

1050. *Supra*, p. 91.

1051. M. L. CHEEK, préc., note 763, 281.

1052. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 16.

1053. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 359.

réseaux proclament formellement leur existence par une cérémonie de signatures marquant du coup son caractère institutionnel :

« [Il y a] dans la sphère étatique l'apparition d'organes inédits et le développement d'une compétition institutionnelle dont l'enjeu réside dans la conquête de nouvelles positions de régulation. Il n'est point surprenant dès lors de constater que c'est souvent sur le mode de l'auto-proclamation que s'opère la désignation d'organes régulateurs ». ¹⁰⁵⁴

Cette procédure est l'étape qui permet aux réseaux transgouvernementaux de prétendre à leur autonomie administrative afin de mener par eux-mêmes leurs activités même si celles-ci sont coordonnées¹⁰⁵⁵. Évidemment, ce processus souffre d'un problème de légitimité *ab initio* au plan juridique puisque, comme dans le cas des MoU, aucun traité international n'est ratifié par les pays participants pour assurer leur engagement et ce type d'initiative tire rarement sa source des lois nationales. Cette formalisation de l'entente relèverait donc des pouvoirs discrétionnaires des autorités maritimes. Néanmoins, rappelons que le texte du Paris MoU a bénéficié, lors de sa proclamation en 1982, d'une séance de signature par les 14 ministres responsables de la sécurité maritime des États portuaires fondateurs offrant du coup une légitimité par l'assentiment des organes exécutifs des États membres¹⁰⁵⁶. Concernant les autres MoU, cette formalisation peut aussi se réaliser en s'appuyant sur la résolution A.682 (17) de l'OMI¹⁰⁵⁷. Autrement dit, si « l'autoproclamation » des MoU manque de légitimité juridique, elle n'est pas pour autant juridiquement illégitime ! Dans ce contexte d'ambiguïté relatif à leur statut, les réseaux doivent mettre en place des infrastructures organisationnelles et matérielles pour assurer dès lors leur fonctionnement et fournir les ressources recherchées par les autorités qui les composent.

1054 J.-L. AUTIN, préc., note 666, à la page 51.

1055 R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 61.

1056. Paris MoU, *Annual Report*, 1997, p. 5.

1057. *Supra*, p. 92.

Section 2 Les infrastructures organisationnelles et matérielles mises de l'avant aux fins de la concrétisation des réseaux transgouvernementaux

Au-delà d'une procédure d'officialisation qui marque le point de départ de l'autonomie de leur organisation, les réseaux transgouvernementaux qui souhaitent entreprendre des activités de régulation coordonnées et effectives doivent aussi mettre sur pied des infrastructures tant organisationnelles que matérielles qui sont fonctionnelles. C'est là une autre étape importante liée à la concrétisation des réseaux transgouvernementaux.

Sous-section 1 Les infrastructures organisationnelles régissant les réseaux MoU

Les autorités maritimes qui sont membres des MoU sont soumises à des structures de fonctionnement externes et internes. En effet, dans le premier cas les autorités parties à un réseau est soumise aux institutions étatiques et à la législation nationale dont elles tirent son autorité. Dans le second cas, il s'agit d'organes administratifs qui permettent une cohésion interne aux réseaux.

Structure externe aux réseaux — L'exercice des prérogatives de régulation par le contrôle sécuritaire relève des autorités maritimes et non des MoU. Ce sont elles qui, aux plans juridique et politique, sont désignées par la législation nationale pour exercer les sanctions nécessaires afin de faire respecter les normes sécuritaires nationales¹⁰⁵⁸. L'arrêt *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* rendu par la Cour d'appel fédérale canadienne confirme la prédominance des lois fédérales canadiennes sur les MoU :

« la Loi est le principal texte législatif de droit interne portant sur la navigation et la marine marchande. C'est par ce texte qu'il est donné effet à l'adhésion du Canada aux instruments internationaux. Dans le même esprit, c'est par les pouvoirs de réglementation prévus par la Loi que le Canada s'acquitte de ses engagements en vertu du Mémorandum en ce qui a trait aux inspections »¹⁰⁵⁹

1058. G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 92.

1059. Aff. du *Lantau Peak* préc., note 16, n° 26.

Plus particulièrement dans cette décision, le juge Létourneau, pour la Cour, annule la décision du juge Campbell rendue en première instance en invoquant l'erreur de droit lorsque ce dernier soutient que les pouvoirs des inspecteurs de l'État portuaire découlent des conventions internationales comme SOLAS ainsi que des mémorandums de Paris et de Tokyo. Le juge Létourneau étaye son raisonnement en invoquant la clause de réserve de SOLAS et le caractère non contraignant des MoU pour soutenir que les pouvoirs d'inspection et de détention des inspecteurs s'appuient sur les dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*¹⁰⁶⁰ :

« Le juge de première instance a également commis une erreur lorsqu'il a dit que le fondement juridique de la détention devait se trouver dans le Mémorandum. Au mieux, le Mémorandum peut conférer un pouvoir consensuel parmi les autorités maritimes qui sont parties à l'accord. Toutefois, le préambule du Mémorandum indique expressément que « le Mémorandum n'est pas un document juridiquement contraignant et n'a pas pour but d'imposer des obligations juridiques aux Autorités ». Par ailleurs, dans la section 3 intitulée « Procédures d'inspection, rectification et immobilisation », la sous-section 3.2.3 préserve l'étendue du pouvoir d'une autorité locale de prendre les mesures relevant de sa compétence. Après description d'une procédure proposée pour l'inspection et l'immobilisation d'un navire, la sous-section 3.2.3 renferme ce qui suit :

Aucun élément de ces procédures ne saurait être interprété comme une limitation des pouvoirs des autorités à prendre des mesures dans leur propre juridiction, pour tout sujet auquel les instruments pertinents se rapportent.

Le Décret et l'article 420 de la Loi rendent applicables aux navires non canadiens ces dispositions qui transposent la Convention SOLAS dans le droit interne. C'est donc la Loi, et non la Convention SOLAS, c'est-à-dire la convention internationale, qui constitue le fondement juridique de la détention décidée dans la présente affaire. »¹⁰⁶¹

Les pouvoirs des inspecteurs découlant directement de la loi fédérale, leurs interventions peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire par la Cour fédérale : « Il n'existe pas dans la loi de droit d'appel de la décision définitive du ministre, mais celle-ci peut être l'objet d'une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale en application de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. »¹⁰⁶²

Le principe de hiérarchie des normes qui soumet les autorités publiques aux cadre législatif nationale a pour effet de les inciter à s'intéresser aussi au processus constitutionnel et administratif de leurs partenaires de réseau, et ce, afin de mieux

1060. Depuis cet arrêt, la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. 1985, ch. S-9 a été abrogée pour être remplacée par la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, préc., note 271. Ainsi, les pouvoirs d'inspection et de détention définis par l'article 310 de la loi refondue de 1985 ont respectivement été remplacés par ceux décrits par les articles 211 et 222 de la loi de 2001.

1061. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, n° 41-42.

1062. *Id.*, n° 58.

comprendre leur cadre juridique. Cet intérêt pour les contraintes auxquels les partenaires sont soumis améliore, du coup, la confiance entre les membres d'un réseaux :

« Du fait que la prise de décision en matière réglementaire suit, selon les gouvernements, différentes procédures opérationnelles et différents échéanciers, les participants à un programme de coopération réglementaire doivent, et c'est important, bien connaître les formes et processus réglementaires des autres gouvernements, avec leurs composantes culturelles. [...]

De façon générale, une meilleure connaissance des organismes et processus réglementaires des autres gouvernements facilite l'apparition et la persistance de comportements positifs, fait d'assurance et de confiance, desquels dépend la réussite de toute coopération intergouvernementale, quelle que soit sa forme. Il est clair que les organismes nationaux ne seront pas tentés d'investir et de continuer à investir des ressources dans la coopération réglementaire si cette assurance et cette confiance font défaut. »¹⁰⁶³

Cela dit, la contrainte est que les autorités ne peuvent s'engager dans le réseau qu'en conformité avec leur législation nationale. Généralement, celle-ci leur accordant des pouvoirs discrétionnaires de contrôle des navires, elle bénéficie d'une certaine latitude de négociation avec leurs vis-à-vis étrangers pour élaborer des politiques de coopération qui conjuguent les intérêts nationaux, régionaux et internationaux¹⁰⁶⁴. À cet égard, le juge Létourneau souligne que la participation des autorités maritimes canadiennes au Paris MoU et au Tokyo MoU découle de l'aménagement de la législation fédérale qui les autorise à coordonner leurs efforts avec d'autres acteurs :

« [72] La partie V de la Loi, intitulée « Mesures de sécurité », décrit, entre autres, le régime d'inspection des navires à vapeur et constitue le fondement législatif interne de la participation du Canada au régime international de contrôle par l'État du port tel que le prévoit le Mémoire. Dans la partie V, la Loi s'emploie à garantir la sécurité des navires et donc celle des équipages, des passagers et du milieu marin.

[73] Les décisions prises en vertu de la partie V et se rapportant à l'inspection, à la détention et à la libération des navires sont de nature polycentrique. Elles s'appuient sur diverses considérations, notamment les objectifs énumérés dans l'article 5 de la Loi. Ces décisions ne sauraient donc être séparées de considérations de nature environnementale, commerciale et même diplomatique.

[74] Comme l'indiquent ses alinéas 5f) et g), la Loi s'inscrit dans un environnement qui vise à l'harmonisation des pratiques maritimes et qui requiert une coopération au niveau national comme au niveau international. L'adhésion du Canada au Mémoire, et la relation de cet instrument avec la Loi, illustrent cette tendance et donnent à penser que les décisions prises en vertu de la partie V procèdent nécessairement d'une connaissance de ces arrangements réciproques. »¹⁰⁶⁵

Ainsi, l'assise législative quant à la participation des autorités maritimes aux différents réseaux MoU, est extérieure à ces derniers. Cela peut d'ailleurs expliquer leur

1063. G. A. BERMAN préc., note 692, à la page 93.

1064. *Id.*, 95.

1065. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, n° 72-74.

disparité quant à leur portée, notamment quant à la désignation des différentes conventions internationales qu'ils mettent en œuvre¹⁰⁶⁶. De plus, pour assurer la cohésion entre le droit national de chacun des membres et les conventions internationales mises en œuvre par le groupe, les MoU prévoient une clause de réserve pour dégager leurs membres de l'obligation de contrôle à l'égard des conventions qu'ils n'ont pas ratifiées¹⁰⁶⁷. Enfin, dans le cas du Paris MoU, le cadre législatif européen ne doit pas être négligé, au contraire, puisque la directive 95/21/CE oblige les autorités maritimes des pays membres de l'UE à se conformer à ses exigences. Elles sont d'ailleurs, depuis 2003, soumises à la supervision de l'EMSA¹⁰⁶⁸.

Structure interne aux réseaux — Les MoU ont élaboré des infrastructures organisationnelles internes. D'abord, au centre de leur organisation se trouve le *Comité du contrôle par l'État du port*, plus communément appelé par son nom anglais *Port State Control Committee* (PSCC). Il constitue l'organe exécutif pour chacun des MoU formé de représentants des autorités membres – les représentants de l'OMI, de l'OIT, d'autres MoU et de l'*U.S. Coast Guard* peuvent être présents à titre d'observateurs –. Annuellement, ce comité se réunit dans l'un des pays membres pour prendre des décisions politiques sur tous les aspects de l'organisation. Ces décisions peuvent viser de simples mesures administratives ou encore l'adoption d'amendements importants au texte du mémorandum pouvant modifier le fonctionnement du réseau ou les techniques de contrôle des navires¹⁰⁶⁹.

Le Paris MoU a su innover en développant des infrastructures organisationnelles additionnelles qui initient et traitent un grand nombre d'enjeux touchant les activités de contrôle par l'État portuaire. En effet, différents comités de travail, appelé *Task Forces*,

1066. Notamment, l'Accord de Viña del Mar ne désigne pas la convention ILO no 147 qui, pourtant, est généralement reconnue comme une convention phare. Plusieurs membres du Carribean MoU, n'ont pas encore ratifié la convention ILO no 147.

1067. *Infra*, p. 314.

1068. Voir le mandat de supervision des activités du contrôle par l'État portuaire des États membres de l'Union européenne sur le site officiel de l'EMSA : <<http://www.emsa.europa.eu/end185d007d002d001.html>> (consulté le 14 juil. 2009).

1069. La composition et le rôle du PSCC sont généralement décrits dans les rapports annuels de chacun des MoU : Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p. 6. Il est à noter qu'un nouveau palier de contrôle et de décision a été constitué par la formation de l'EMSA. Par exemple, les membres PSCC du Paris MoU se sont mis d'accord en 2005 pour mettre fin au quota des 25 % d'inspection de navire en escale afin de mettre en place un système de ciblage plus précis. L'impact de cette mesure doit d'abord être analysé par l'EMSA avant qu'elle ne soit mise en œuvre : Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 6.

travaillent sur des questions précises et formulent des projets de politiques qui sont soumis au *Groupe technique de travail*, ou *Technical Evaluation Group* (TEG), à des fins d'évaluation avant qu'ils ne soient soumis au PSCC. Les sujets traités par ces structures organisationnelles touchent au développement de lignes directrices visant la gestion ou l'inspection, la formation des inspecteurs, l'amélioration du système informatique pour la gestion des bases de données ou encore l'évaluation des statistiques¹⁰⁷⁰. Toujours au sein du Paris MoU, il existe aussi le *Bureau de conseil du mémorandum*, ou *Memorandum Advisory Board* (MAB), qui se réunit plusieurs fois par année pour donner des avis au PSCC sur des matières de nature politique et stratégique. Elle a aussi un rôle d'autorité intérimaire entre les réunions du PSCC en orientant les travaux des *Task Forces* ainsi que du secrétariat du Paris MoU¹⁰⁷¹. D'ailleurs, ce secrétariat fournit les informations nécessaires aux travaux du PSCC. À l'instar du Paris MoU, les MoU peuvent développer des structures organisationnelles complexes qui assurent leur fonctionnement. Toutefois, toutes ces structures organisationnelles ne garantissent pas à elles seules la pérennité du réseau, les MoU devant établir un grand nombre d'infrastructures.

Sous-section 2 Les infrastructures matérielles des réseaux MoU

Les infrastructures matérielles concrétisent physiquement les MoU. Elles visent principalement la compilation, le traitement et la diffusion de l'information utile aux activités permanentes de coordination qui sont réalisées par les partenaires et éventuellement diffusées publiquement. Ce processus s'apparente à la matérialisation des organisations internationales :

« I define transnational institutions as treaty-based decisionmaking procedures for the coordination of policies with respect to a specific activity (such as trade, taxation, or antitrust) or a specific shared resource. Such institutions would include, at the very least, permanent bodies and permanent processes for the collection of relevant data, its assessment and dissemination to the public, and the formulation of publicly stated and reasoned policies (in the forms of opinions, recommendations, or decisions) on the basis of that data. »¹⁰⁷²

1070. Voir les rapports annuels du Paris MoU : Paris MoU, *Port State Control. Making Headway : Annual Report*, 2008, p. 8 et 9 ; Paris MoU, *Port State Control. On Course for Safer Shipping : Annual Report*, 2007, p.6 et 8 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 8 et 9.

1071. Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 8.

1072. E. BENVENISTI, préc., note 54, 202.

En l'espèce, la matérialisation d'infrastructures pour les MoU s'est réalisée par la mise sur pied d'un secrétariat, d'un centre informatique et d'un site Internet.

Le secrétariat — L'infrastructure administrative passe par un siège social, souvent désigné comme « secrétariat », qui offre une permanence pour les communications entre les autorités ou encore avec les organisations internationales, les régulés ainsi que le public :

« En règle générale, c'est le secrétariat chargé de gérer la convention qui reçoit et transmet les rapports nationaux. Ses fonctions peuvent être celles d'une boîte postale [...] mais dans certains cas, il peut demander des renseignements complémentaires aux gouvernements auteurs des rapports [...]. Il peut aussi être chargé de faire la synthèse des rapports reçus [...] et de la transmettre à la Conférence des Parties. »¹⁰⁷³

En l'espèce, les secrétariats des MoU occupent des bureaux administratifs dirigés par un secrétaire général, appelé communément *Chairman*. Ces bureaux sont installés de manière permanente à une adresse civique dans l'un des pays membres¹⁰⁷⁴. Les secrétariats publient les coordonnées téléphoniques et Internet par lesquels il est notamment possible de joindre directement les personnes responsables. Leur personnel administratif traite de l'information transmise par les membres aux fins d'archivage, de traitement et de diffusion. Plus précisément, le secrétariat de chacun des MoU reçoit les rapports nationaux et rédige les rapports annuels qui détaillent les activités de l'organisation tout en offrant des statistiques sur les inspections réalisées, les constats d'infraction ainsi que les détentions et les bannissements qui ont été réalisés ou exercés par ses membres. Ainsi, malgré le nombre réduit d'employés¹⁰⁷⁵, les secrétariats assurent en tout temps et sur tous les plans la dissémination de l'information.

L'établissement d'un secrétariat, notamment sous forme d'une agence, concrétise aussi la volonté des autorités membres à mettre de l'avant et maintenir une communication permanente de coordination et permet le développement à long terme d'autres programmes

1073. Jean-Pierre BEURIER et Alexandre-Charles KISS, *Droit international de l'environnement*, 2^e éd., coll. Études internationales, Paris, A. Pedone, 2000, n° 74, p. 55.

1074. Il faut souligner que l'installation et éventuellement le déplacement d'un secrétariat font l'objet de discussions internes aux réseaux. Des questions politiques ou logistiques peuvent déterminer le lieu d'un secrétariat. Par exemple, le secrétariat du C MoU qui était initialement installé à la Barbade a été déplacé à Kingston en Jamaïque en 2002 : C MoU, *Annual Report of the Caribbean Memorandum of Understanding on Port State control*, 2007, p. 6.

1075. Cinq employés permanents et deux assistants temporaires sont à l'emploi du secrétariat du Paris MoU : Paris Memorandum of Understanding on Port State Control, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report 2006*, p. 52. Pour sa part, le secrétariat du Tokyo MoU est composé de quatre employés : Tokyo MoU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2007, p. 48.

plus ambitieux encore¹⁰⁷⁶. En fait, c'est là un moyen pour les partenaires de vérifier l'engagement de chacun pour lequel ils n'ont, du reste, aucune obligation légale réciproque¹⁰⁷⁷.

Le centre d'information — Pour que les renseignements recueillis puissent être librement accessibles aux membres du réseau, il est important qu'ils puissent être compilés dans des bases de données qui exigent des infrastructures informatiques fonctionnelles et communes qui assurent une exploitation maximale des données utiles. La mise sur pied d'un centre responsable de la gestion des bases de données et de l'exploitation des systèmes informatiques qui les supportent devient un processus inéluctable à la matérialisation des MoU. Ces centres emploient des experts en informatique qui assurent le développement et la maintenance du système. Ils sont parfois installés dans une autre ville que celle qui abrite le secrétariat :

- Le *Système d'informations relatif aux navires contrôlés* (SIRENAC) du Paris MoU est situé à Saint-Malo en France;
- Le *Asia-Pacific Computerized Information System* (APCIS) du Tokyo MoU est installé à Moscou depuis 2007 alors qu'il était auparavant installé à Vladivostok, en Fédération de Russie;
- L'*Information Center of the Latin American Agreement* (CIALA) de l'Accord de Viña del mar est installée à Buenos Aires en Argentine
- Le *Black Sea Information System* (BSIS) du BS MoU est installé à Novorossiysk, en Fédération de Russie ;
- L'*Indian Ocean Computerized Information System* (IOCIS) de l'IO MoU est opéré par les autorités indiennes
- Le centre d'information du Med MoU est situé à Casablance au Maroc

1076. R. DEHOUSSE, préc., note 980, 254-255.

1077. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1039, 726 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 304 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 141 ; K. RAUSTIALA, préc., note 451, 392.

- Le *Caribbean Maritime Information Centre* (CMIC) du C MoU a été installé au Suriname¹⁰⁷⁸ ;
- Le *Computerised Information Center* de l'Abuja MoU.

Les MoU ont le souci d'assurer la performance de leurs systèmes informatiques pour améliorer, avec de nouvelles fonctionnalités, l'exploitation des données par leurs membres¹⁰⁷⁹.

En juin 1998, à la Conférence de Lisbonne sur la Qualité du transport maritime, à l'initiative de la France et sous les auspices de l'OMI, l'idée de créer une base de données partagée entre les différentes organisations de contrôle par l'État portuaire s'est imposée. En 2000, l'*European Quality Shipping Information System* (EQUASIS)¹⁰⁸⁰. Il s'agit d'une base de données interrégionale d'information sur la qualité des navires et de leurs exploitants. Gérées par le centre informatique de Saint-Malo, les données utiles sont accessibles par l'entremise du site Internet autonome et public d'EQUASIS. Cette base de données regroupe et partage les renseignements relatifs à la condition sécuritaire des navires. Ces renseignements sont fournis par le Paris MoU, le Tokyo MoU, l'*U.S. Coast*

1078. Le CMIC a été inauguré en 2005. Le ministère des Transports du Canada a fourni au C MoU l'assistance technique et les systèmes pour mettre en place le CMIC en copiant le Système de contrôle par l'État du port canadien (SCEPC) : Transport Canada, Port State Control, *Annual Report*, 2005 p.4 (en dossier); sur le site internet du C MoU en ligne : <<http://www.caribbeanmou.org/AboutUs.htm>> (consulté le 15 sept. 2010).

1079. Par exemple, dans le cas du Paris MoU, plusieurs modifications ont été apportées au système d'exploitation informatique. En effet, en 2003, le système SIRENAC 2000 qui utilise la technologie Internet et une architecture de base de données ORACLE a été mis en fonction pour que les inspecteurs puissent accéder au moteur de recherche à partir d'ordinateurs portables et de téléphones cellulaires tout en offrant une recherche plus pointue et des descriptions plus détaillées à travers de nouvelles données : Paris MoU, *Annual Report 2003*, p. 8. En 2004, en raison de l'élaboration d'un nouveau système de ciblage, le Paris MoU s'est préoccupé d'élaborer une nouvelle génération de système d'exploitation de la base de données. En 2005, un groupe de projet spécial en collaboration avec des spécialistes d'IBM a été formé. En 2006, ce groupe a étudié la possibilité d'un système hybride intégrant SIRENAC à la base de données européenne : Paris MoU, *Changing Course : Annual Report, 2004*, p. 11 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 15 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 15.

1080. Les initiateurs d'EQUASIS sont la Commission européenne, les autorités maritimes de la France, de Singapour, de l'Espagne, du Royaume-Uni, de l'*U.S. Coast Guard* et du Japon. Les participants actuels à l'EQUASIS sont les autorités maritimes de l'Australie, de la France, du Japon, de la Norvège, de l'Espagne, du Royaume-Uni et de l'EMSA comme représentant de l'Union européenne. Par ailleurs, l'OMI et l'*U.S. Coast Guard* ont un statut d'observateurs au sein d'Equasis. Les règles de coordination entre les participants d'EQUASIS sont constatées par un texte juridiquement non contraignant : le *Mémoire d'entente sur la mise en œuvre du système informatique EQUASIS*, préc. note 478. Voir aussi *infra*, p. 461 et *supra*, p. 287.

Guard, la *Lloyd's Register of Shipping*, de l'IACS, d'une grande majorité des clubs P. & I., de l'INTERTANKO dans le cadre de ses opérations de *vetting* compilées dans la base de données intitulée *Ship Inspection Report Exchange* (SIRE) ou encore de l'*International Transport Workers' Federation* (ITF):

« Ce site internet est géré par les administrations concernées dans le but de promouvoir la qualité de l'offre de transport. *Equasis* rassemble des données existantes, mais éparées : pedigree du navire, visites de contrôle de l'État du port, historique de trois ans des fiches de l'Association internationale des sociétés de classification, de celles du Groupe international des Clubs de Protection et d'Indemnité, des trois principaux systèmes dans les ports (mémoires de Paris et de Tokyo, Garde côtes américaine), des associations d'armateurs comme Intertanko et Intercargo, enfin de la Fédération internationale des ouvriers de transport. *Equasis* donne une information brute sans idée de classement, mais une information de qualité afin que l'utilisateur ne puisse pas invoquer sa méconnaissance de l'état d'un navire. »¹⁰⁸¹

Bien qu'EQUASIS ne soit pas une base de données propre aux MoU, il constitue la base de données globale dans laquelle le travail d'inspection peut être exploité à travers une coordination interrégionale.

Il faut souligner qu'en mettant sur pied une base de données globale comme EQUASIS qui privilégie le partage en réseau élargi de l'information sur la condition sécuritaire des navires plutôt que sa centralisation sous le chapeau d'une organisation internationale¹⁰⁸². Toutefois, un autre projet prend actuellement forme, celui de la mise sur pied d'une base de données centrale, le *Global Integrated Shipping Information System* (GISIS), gérée par l'OMI et auquel participe activement le Tokyo MoU :

« The Global Integrated Shipping Information System (GISIS) was launched by IMO in 2005. Now, the IMO Secretariat is pursuing further development of GISIS, including a module on PSC which will be finalized in near future. The establishment of GISIS PSC module will be based on data exchange between IMO and information centers of PSC regimes. For that purpose, IMO is inviting all the MOUs to conclude agreement with it for provision of PSC data to GISIS. Recognizing that, with establishment of the GISIS PSC module, IMO would be able to collect global port State inspection data/reports from PSC regimes efficiently and effectively and such would make IMO in a better position to assist and promote PSC activities world-wide, the Port State Control Committee of the Tokyo MOU expressed the general support for provision of PSC data to GISIS. »¹⁰⁸³

1081. J.-P. BEURIER, préc., note 221, 101. Soulignons qu'EQUASIS bénéficie aussi du versement de données venant des bases de données de la *Lloyd List Register*, de la *MRC Investigations*, de la *Lloyd Confidential Index*, du *Chemical Distribution Institute* (CDI) ainsi que de la SIRE lequel est tenu par l'*Oil Companies International Marine Forum* (OCIMF) et qui réunit depuis 1983 les rapports de *vettings* relatifs à la condition sécuritaire des pétroliers : Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 179-182 (pdf). voir Voir aussi B. LATRECH, préc., note 18, dans la note 29, p. 18.

1082. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 206.

1083. Tokyo MoU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2007, p. 8.

Ainsi, par l'entremise du GISIS, L'OMI souhaite offrir un support aux États portuaires et aux MoU les plus pauvres en leur offrant un accès à un système fiable permettant le suivi des navires afin d'exercer convenablement leur capacité de contrôle¹⁰⁸⁴. Mais toute ces base données doivent offrir une interface Internet pour permettre aux utilisateurs d'y avoir accès

Le site Internet — Le développement des réseaux sous forme d'organisations a longtemps été entravé par les coûts associés à la communication d'informations. Avec l'avènement de l'informatique et notamment Internet, l'échange et la diffusion de renseignements ne sont plus limités à des supports constitués de papier. De plus, l'interaction directe entre les membres d'un réseau n'est plus confinée aux conversations par téléphone ou en personne. Avec Internet, les renseignements peuvent facilement être archivés, copiés, transmis et diffusés d'un bout à l'autre de la planète. Le personnel des autorités étrangères est en mesure d'interagir régulièrement, rapidement et à faible coût. C'est la voie rapide à la dissémination transversale et horizontale des idées, et ce, à l'échelle internationale¹⁰⁸⁵. Sur le plan pratique, Internet permet d'intensifier la coordination entre des autorités éloignées sans pour autant multiplier et densifier les réunions de responsables d'autorités : « New communications technologies are helping to foster the kinds of interaction and relationships that were once unthinkable except through expensive air travel »¹⁰⁸⁶. Autrement dit, l'usage de sites Internet ou d'adresses courriel renforce l'aspect « transnational » des activités de régulation. Cela est d'autant plus vrai que les canaux de communication outre frontière sont, comme nous l'avons constaté, établis à l'échelle personnelle des fonctionnaires responsables et ne passent plus nécessairement par les services diplomatiques. Ainsi, l'agenda sur la nature des débats reste du ressort direct des fonctionnaires-cadres-experts sans qu'il soit détourné par les

1084. OMI, *Regional Co-operation on Port State Control. World Fleet database*, Sub-Committee on Flag state Implementation, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/5, 23 jan. 2005.

1085. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 21-22 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 304 ; R. DEHOUSSE, préc., note 980, 255 ; Henry H. Jr. PERRITT, « The Internet as a Threat to Sovereignty - Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance », (1997-1998) 5 *Ind. J. Global Legal Stud.* 423, 436 et 437.

1086. L. GORDENKER et T. G. WEISS, préc., note 963, 25.

enjeux de la politique étrangère¹⁰⁸⁷. Paradoxalement, même si les innovations technologiques favorisent la mondialisation et la vulnérabilité des États, elles sont aussi la source d'un renforcement d'une régulation globale et qui s'impose à l'échelle nationale¹⁰⁸⁸. Dans cette optique, Internet pose les assises — bien qu'intangibles — sur lesquelles s'appuient les réseaux transgouvernementaux¹⁰⁸⁹. Cela est d'autant plus vrai que les sites Internet sont un lieu propice à la diffusion d'informations spécialisées, mais diffuses, que l'on retrouve dans les documents internes des ministères ou des autorités publiques tels que les circulaires, les politiques, les directives ou encore les notes de service. C'est là un moyen de connaître les normes secondaires qui mettent en oeuvre les règles juridiques primaires qui régissent un secteur d'activité¹⁰⁹⁰. L'établissement d'un site Internet devient incontournable pour offrir l'infrastructure de communication informatique tant à l'interne qu'à l'externe.

En l'espèce, les MoU ont su développer et entretenir un site Internet pour leur organisation respective. Grâce à cette vitrine virtuelle, ces réseaux transgouvernementaux se concrétisent davantage¹⁰⁹¹. La visibilité de leur organisation s'accroît considérablement à l'échelle mondiale à l'instar de leur crédibilité liée à leur permanence¹⁰⁹². Depuis 1999, le site Internet du Paris MoU offre un lieu d'accès à l'information comme les dépêches sur les opérations de contrôle des autorités membres, des rapports annuels, l'accès au texte constitutif du MoU, les guides de bonnes conduites des inspecteurs, les divers formulaires ou guides de procédures, un calculateur quant au pointage des facteurs de ciblage visant la propension d'un navire à être contrôlé, les coordonnées des responsables des autorités membres et surtout un portail d'accès à l'interface de la base de données SIRENAC sur les navires détenus¹⁰⁹³. Le site offre aussi des hyperliens vers d'autres sites utiles en relation avec la sécurité maritime que ce soit les autorités maritimes des pays membres, les autres

1087. Henry H. Jr. PERRITT, préc., note 1085, 433 ; R. O. KEOHANE et J. S. NYE, préc., note 956, 83 ; I MAHER, préc., note 37, 117.

1088. L'Internet renforce la gouvernance nationale et globale plutôt que de la réduire. C'est un réseau de communication qui renforce à la coopération réglementaire internationale et permet aux États et aux organisations internationales de bâtir des actions multilatérales en offrant le moyen d'interopérabilité et la visibilité nécessaire : Henry H. Jr. PERRITT, préc., note 1085, 424, 435 et 440.

1089. *Id.*, 435 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 19.

1090. A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 119.

1091. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 137.

1092. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, aux pages 528 et 529.

1093. Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 4.

MoU ou encore les organisations partenaires comme l'*U.S. Coast Guard*, l'OMI ainsi que l'OIT. L'organisation Paris MoU a le souci d'améliorer les fonctionnalités de son site afin qu'il soit accessible aux différents types d'utilisateurs notamment ceux issus divers horizons du secteur maritime : les États du port et du pavillon, les agences gouvernementales, les affréteurs, les assureurs, les sociétés de class ou encore les armateurs¹⁰⁹⁴. La pertinence d'investir dans le développement d'un site Internet est démontrée lorsqu'on constate qu'au tournant des années 2000 le nombre d'accès au site du Paris MoU a littéralement explosé passant de 116 744 consultations en 1998 à 823 619 en 1999¹⁰⁹⁵. Ainsi, les sites Internet comme ceux des MoU acquièrent une fonction primordiale d'appareil de diffusion des normes de contrôle, même secondaires, adoptées par les autorités maritimes d'États portuaires. C'est d'ailleurs grâce à cette diffusion que ces normes peuvent s'imposer, en permettant à ceux à qui elle s'adressent d'en avoir connaissance, comme cela est exigé par l'article 211 (3) CNUDM et permettre de ce fait une certaine transparence du contrôle exercé par les États portuaires.

Dépassant le cadre matériel, les réseaux transgouvernementaux se concrétisent aussi grâce à des principes communs de coordination qui assurent des règles fonctionnelles de coordination.

Section 3 Les règles de coordination mises en œuvre par les réseaux MoU

La coordination entre diverses autorités publiques étrangères exige nécessairement la mise en place de principes de coordination sous-jacents. En effet, « [g]arant d'une « interlégalité horizontale » entre des législations qui ont chacune leur spécificité, mais aussi de « l'internormativité » entre les espaces juridiques, [les principes de coordination]

1094. Paris MoU, *Annual Report*, 1997, p. 10 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 7 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 4 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p. 8 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 7 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 8 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 8 ; Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 9 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 11 ; *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 12.

1095. Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 7 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 4.

permettent une harmonisation souple entre les différents lieux de production du droit. »¹⁰⁹⁶
 Autrement dit, ces principes autorisent et permettent la cohésion du système d'intervention de chacune des autorités qui ont pour objectif de créer grâce aux MoU, et au coût le plus faible, un monopole régional sur le contrôle de la sécurité des navires. D'ailleurs, le préambule de chacun des textes constitutifs des MoU reconnaît la nécessité d'établir un système de contrôle sécuritaire des navires par l'échange d'information afin d'éviter une concurrence entre les États portuaires de la région visée

« Reconnaissant toutefois qu'une action efficace des Etats du port est nécessaire pour prévenir l'exploitation de navires inférieurs aux normes;

Reconnaissant également qu'il faut éviter la distorsion de concurrence entre les ports;

Convaincues qu'à ces fins il est nécessaire d'établir un système de contrôle par l'Etat du port amélioré et harmonisé et de renforcer la coopération et l'échange d'informations. »¹⁰⁹⁷

Les MoU portant sur le contrôle par l'État portuaire mettent donc en œuvre une série de principes qui concrétisent formellement les moyens de coordination des contrôles exercés par les membres des réseaux transgouvernementaux lesquels permettent la cohérence du système.

Quota minimal d'inspection — La coordination des contrôles est d'abord fondée sur des quotas minimaux d'inspection. Ce dernier est généralement exprimé sous forme d'un pourcentage à l'égard de l'ensemble des navires faisant escale dans les ports d'un État membre¹⁰⁹⁸. C'est un moyen fondamental d'assurer une couverture minimale de contrôle de la sécurité sur les navires en escale de la part des États portuaires d'une région. Les autorités maritimes partenaires sont individuellement ou collectivement tenues d'atteindre ces objectifs quantitatifs d'inspection. Elles sont aussi incitées à mettre œuvre les activités

1096. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 136.

1097. Préambule du Mémoire d'entente de Paris sur le contrôle des navires par l'État du port. Cette indication se retrouve en anglais dans chacun des MoU. Voir aussi R. P. BARSTON, « Port State Control: Evolving Concept », in H. N. SCHEIBER (ed.) *The Law of the Sea*, Kluwer Law International, 2000, Netherland, p. 87, à la page 88.

1098. Les quotas d'inspection sont déterminés par chacun des MoU : 20 % pour le Accord de Viña del Mar : art. 1.3 ; 15 % pour le Abuja MoU : art. 1.3) ; 10% pour l'IO MoU : art. 1.3 ; 15 % pour le BS MoU : art. 1.3 ; 15 % pour le Med MoU : art. 1.3 ; 10 % pour le Riyadh MoU : art. 1.3. ; 15% pour le C MoU : O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 204. Un fait inusité, l'article 1.4 du Tokyo MoU prévoit un quota de 75 % (article 1.3.) pour l'ensemble de la région. Ce quota est collectif plutôt qu'individuel. Par ailleurs, jusqu'à récemment les membres du Paris MoU s'obligeait à un contrôle de 25 %. Cette mesure a été remplacée par un système de désignation par le SIRENAC appelé *New inspection regime* (NIR) : *infra*, p. 428.

subsidiaries de contrôle auxquelles elles se sont engagées¹⁰⁹⁹. Par ailleurs, le quota ne saurait être pleinement efficace sans que des règles mettent en oeuvre un système de ciblage permettant prioriser l'inspection de certains navires plutôt que d'autres.

Ciblage des navires prioritaires à l'inspection — Au-delà des simples quotas d'inspection, les autorités maritimes doivent aussi s'entendre sur une méthode pour identifier les navires à inspecter en priorité. Ce fut le cas des membres du Paris MoU et du Tokyo MoU qui ont mis en place, chacun de leur côté, un système informatique de ciblage¹¹⁰⁰. Chez d'autres MoU, des règles particulières évitent la multiplication des inspections inutiles. Notamment en décourageant toute inspection, sauf avis spécifique contraire, dans les six mois suivant une inspection faite auparavant par une autorité partenaire¹¹⁰¹.

Les MoU ont aussi permis d'établir des critères de sélection particulier des navires qui doivent être inspectés pour assurer qu'une couverture de régionale de contrôle s'exerce sur tous les navires en escale portuaire, plus particulièrement ceux ayant des facteurs de dangerosité particulièrement élevé. Ces facteurs visent principalement les navires qui n'ont subi aucun contrôle sur plus d'un an ; les navires qui ont été autorisés à quitter un port sous réserve de réparation d'anomalies dans un délai déterminé ; les navires ayant fait l'objet d'une dénonciation par un pilote ; les navires liés à des pavillons et/ou des sociétés de classification ayant une réputation douteuse sur le plan sécuritaire ; et enfin, les navires qui pu ont fait l'objet d'une déclassification dans les six derniers mois¹¹⁰². Des MoU ont pu

1099. Compte tenu que les activités de contrôle faisant l'objet d'un traitement statistique annuel, il est possible d'apprécier l'effectivité des règles élaborées dans le cadre des MoU au sein même de ces réseaux : *infra*, p. 418.

1100. Système de ciblage où les autorités s'assurent qu'une inspection [...] est effectuée sur les navires avec un coefficient de ciblage plus élevé que celui de 50 dans le système d'information SIRENAC et qui n'ont pas fait l'objet d'une inspection renforcée, à condition qu'une période d'un mois minimum se soit écoulée depuis la dernière inspection effectuée dans la région du Mémorandum : Article 3.2 du Paris MoU. Il existe un système de ciblage pour le Tokyo MoU : Art 3.3.2 du Tokyo MoU.

1101. Article 3.7 du Paris MoU. Le Paris MoU fait une exception à cette règle puisque si le navire fait l'objet d'un facteur de ciblage supérieur à 50 points, il peut être contrôlé mensuellement. Ce ciblage se réalise à travers le système de ciblage dont le facteur de ciblage est établi selon un questionnaire.

1102. *Directive 95/21/CE du Conseil, du 19 juin 1995, concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port)*, J.O., n° L 157, 7 juil.

mettre en place un véritable système de pointage qui offre un facteur objectif et rationnel, appelé facteur de ciblage, ou en anglais *target factor*¹¹⁰³. Ce système s'appuie sur les données offertes par les centres informatiques et depuis peu par le système unifié EQUASIS.

Dans les faits, ce système de ciblage réduit le pouvoir discrétionnaire des autorités maritimes quant à l'exercice de leurs prérogatives de contrôle local, assurant du coup l'uniformité du contrôle sécuritaire. Ceci laisse donc peu de place à la concurrence entre les États portuaires où même à la complaisance qui peut en découler. Autrement dit, le ciblage assure donc un arbitrage interne plus objectif au contrôle par l'État portuaire. Celui-ci, par ailleurs, répond mieux aux exigences de la règle de non-discrimination des contrôles à l'égard des pavillons d'origine.

Non-discrimination quant au pavillon d'origine — Les règles des MoU interdisent aux autorités membres de « profiler », aux fins d'inspection, les navires en escale en fonction de leur pavillon d'origine :

« 1.2. Chaque Autorité met en oeuvre un système efficace de contrôle par l'Etat du port en vue d'assurer, sans discrimination quant au pavillon, que les navires de commerce étrangers faisant escale dans un port de son Etat ou mouillant au large d'un tel port, sont conformes aux normes établies dans les instruments pertinents visés à la section 2. Chaque Autorité pourra également procéder à des contrôles sur les navires faisant escale à un de ses terminaux offshore. »¹¹⁰⁴.

Comme, nous l'avons déjà mentionné, ce type de pratique discriminatoire contrevient expressément au droit international¹¹⁰⁵. Par conséquent, si les États portuaires ne peuvent désigner les navires à contrôler en priorité uniquement sur la base de leur pavillon, l'inverse est tout aussi valable. En effet, afin d'éviter le risque d'un retour pervers à la

1995, p. 1, art. 5 (2), art. 13 et l'annexe I intitulée *Liste des navires à inspecter prioritairement*. Sur la dénonciation par les pilotes : M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 479.

1103. Le facteur de ciblage ne constitue pas un indice de qualité des navires, il est simplement un outil de coordination en orientant les inspecteurs vers les navires qui doivent être inspectés, et ce, indistinctement ceux sous-normes ou non. En effet, des points sont liés à des indicateurs sécuritaires (le type de navire, le pavillon et la certification) et d'autres sont établis en fonction des délais entre les contrôles : Yann BESSOULE, « "Target factor" : une aide pour les contrôles », *Le Marin* 3 nov. 2000.5.

1104. Paris MoU, art. 1.2. Voir au même effet : Abuja MoU, art. 1.2 ; Accord de Viña del Mar, art. 1.2 ; IO MoU, art. 1.2 ; BS MoU, art. 1.2 ; Med MoU, art. 1.2 ; Riyadh MoU, art. 1.2 ; Tokyo MoU, , art. 1.3.

1105. *Supra*, p. 84-87.

complaisance, aucun navire ne devrait, a contrario » bénéficier, de par sa seule nationalité, d'un traitement plus favorable au regard des normes internationalement reconnues.

L'inspection ne doit réserver « aucun traitement plus favorable » afin d'enrailer l'effet relatif des traités — Dans le cadre des MoU, les autorités maritimes s'engagent à suivre la règle d'« aucun traitement plus favorable » envers les navires dont l'État du pavillon n'a pas ratifié les conventions sécuritaires visées par ses contrôles. La section 2.4 du Paris MoU est explicite :

« 2.4 En appliquant les dispositions d'un instrument pertinent, les Autorités s'assurent qu'aucun traitement plus favorable n'est appliqué à un navire d'Etat non partie et aux navires non soumis à la convention du fait de leurs dimensions. [...] »¹¹⁰⁶

Plus explicite encore, la section 3.1. des *Directives pour les inspecteurs de l'État du port* qui ont été mise à l'annexe 1 du texte du Paris MoU décrit les moyens que doivent prendre les inspecteurs pour mettre en œuvre le principe d'« aucun traitement plus favorable »:

« 3.1 Navires des Etats non-parties

Les navires battant pavillon d'un Etat non partie à l'un des instruments et qui ne sont donc pas munis des certificats permettant de présumer de leur condition satisfaisante, ou dont les équipages ne sont pas munis de titres STCW en cours de validité doivent faire l'objet d'une inspection détaillée, ou si nécessaire d'une inspection renforcée. A l'occasion d'un tel contrôle, l'inspecteur doit suivre les mêmes procédures que celles prévues pour les navires soumis aux instruments pertinents.

Si le navire ou son équipage possèdent des certificats ou des brevets différents de ceux qui sont prescrits par une Convention, l'inspecteur chargé du contrôle par l'État du port (ci-après appelé l'«inspecteur ») tiendra compte de la forme et du contenu de ces documents lorsqu'il évaluera le navire. L'état de ce navire et de son armement, les conditions de vie et de travail à bord ainsi que les brevets de l'équipage et la norme de l'Etat du pavillon spécifiant les effectifs minimaux doivent être compatibles avec les objectifs des dispositions des Conventions; si ce n'est pas le cas, il faudra imposer au navire les restrictions nécessaires pour qu'il offre un degré comparable de sécurité et de protection du milieu marin. »¹¹⁰⁷

Cette règle d'« aucun traitement plus favorable » n'est pas récente. Elle a été prévue auparavant par diverses conventions sécuritaires maritimes¹¹⁰⁸ afin d'assurer l'uniformité des contrôles relatifs à leur mis en œuvre éliminant, du coup, les dispositions des traités selon lequel les pays ne peuvent, en vertu de leur souveraineté, être soumis aux

1106. Article 2.4 du Paris MoU. Voir aussi les article 2.4 de l'Abuja MoU, du BS MoU, de l'IO MoU, du Med MoU, du Rhiyadh MoU, l'article 2.3 de l'Accord de Viña del Mar ainsi que l'article 2.5 du Tokyo MoU.

1107. Paris MoU, art. 3.1 de l'annexe 1 :*Directives pour les inspecteurs de l'État du port*.

1108. MARPOL 73/78, art. 5(4) ; SOLAS 74/78, art. I (3) ; STCW 1978, art. X (5). Voir aussi H. YANG, préc., note 174, p. 98-99.

conventions auxquelles ils n'ont pas voulu adhérer¹¹⁰⁹. Étant donné que ces conventions sont généralement utilisées par les MoU comme sources des normes sécuritaires de contrôle, il est normal et élémentaire que cette règle fondamentale soit mise en oeuvre.

Incidentement, si la règle d'« aucun traitement plus favorable » permet d'accroître la portée des MoU, éliminant par le fait même l'effet relatif des traités et assurant par là l'application uniforme des normes, elle aurait dû normalement inciter les armateurs à ne plus recourir aux pavillons de complaisance. En effet, de toute manière, les normes internationalement reconnues sont exigibles dans les ports d'escale. Pour les mêmes raisons, cette règle contraint de plus en plus les États du pavillon de ratifier les instruments sécuritaires internationalement reconnus¹¹¹⁰. Mais, malgré cette influence, favorable au renforcement du droit, les MoU se gardent pourtant de réclamer la responsabilité du contrôle sécuritaire, laissant cette obligation particulière entre les mains de l'État du pavillon.

Contrôle supplétif à celui qui doit être mené par l'État du pavillon — L'un des principes directeurs des MoU est de respecter scrupuleusement les articles 10 CHM et 94 CNUDM qui désignent l'État pavillonnaire comme responsable du contrôle sécuritaire à bord des navires bénéficiant de sa nationalité : « Conscientes que la responsabilité principale pour l'application effective des normes figurant dans les instruments internationaux appartient aux autorités de l'État du pavillon que le navire est autorisé à battre »¹¹¹¹. Cette règle fondamentale constitue le moyen pour les États portuaires et leurs réseaux MoU d'éviter d'endosser une responsabilité à l'égard d'une quelconque forme d'obligation de contrôler et de faire respecter les normes sécuritaires à bord de navires étrangers et sur lesquels, il faut le reconnaître, leur capacité à susciter le réflexe sécuritaire chez l'armateur reste encore très limitée. Quoiqu'il en soit, l'État du pavillon, exerçant ses prérogatives souveraines à bord reste, et doit rester, l'autorité publique responsable du

1109. L'effet relatif des traités est lié à la règle coutumière de droit international de *Pacta Tertiis*, désormais codifié sous la formule « Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement » à l'article 34 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 38. Ce Principe est basée sur la règle de l'égalité souveraine des nations. Voir aussi *infra*, p. 313 et 399.

1110. P. CHAUMETTE, préc., note 62, 74. Voir aussi *infra*, p. 399.

1111. En Préambule du Paris MoU ; élément similaire dans les préambules des autres MoU. voir aussi *Supra*, p. 62 .

contrôle de la sécurité. Cette approche est confortée par l'idée qu'en contraignant l'État portuaire à faire double emploi avec l'État du pavillon, ne ferait qu'ajouter de la confusion à propos de la responsabilité sécuritaire. Ce dualisme déresponsabiliserait davantage les États du pavillon : « un développement exagéré du rôle de l'État du port risque de détourner les États du pavillon de leur responsabilité alors que la couverture géographique du contrôle de l'État du port reste limitée et lorsqu'elle existe n'est pas homogène. Ce contrôle doit rester l'« aiguillon » de la responsabilité de l'État du pavillon. »¹¹¹² Par ailleurs, le refus systématique d'endosser une quelconque responsabilité sécuritaire permet aux MoU de mettre de l'avant une méthode progressive dans l'exercice de leurs prérogatives de contrôle.

La gradation de l'exercice de la prérogative de contrôle — Le contrôle par l'État portuaire est constitué d'une inspection essentiellement documentaire et visuelle des navires. Concrètement, cela signifie que les inspecteurs des autorités maritimes montent à bord pour vérifier les certificats sécuritaires et les autres documents officiels tout en examinant les composantes et les appareillages essentiels et apparents du navire. En fait, cet examen visuel permet surtout de vérifier à bord s'il existe des indices ou des soupçons d'une mauvaise condition sécuritaire. À l'issue de cette inspection, si rien d'anormal n'est constaté, un rapport d'inspection constatant l'opération de visite est dressé et transmis au capitaine du bâtiment ainsi qu'au centre informatique du MoU afin d'ajouter celui-ci dans sa base de données. Par contre, si les certificats et les documents exigés par les inspecteurs sont absents, invalides ou incomplets ou encore si les inspecteurs ont des motifs évidents de croire que le navire, ses équipements ou les membres d'équipage ne répondent pas aux exigences des instruments de sécurité pertinents, ils peuvent exiger de pouvoir mener une inspection plus détaillée du navire, tel que prévu par la disposition 3.1 du Paris MoU :

« **3.1** En remplissant leurs engagements, les Autorités effectuent des inspections qui consistent en une visite à bord du navire en vue de vérifier les certificats et les documents appropriés aux fins du Mémoire. Par ailleurs, les Autorités devront s'assurer que l'équipage et l'état général du navire, et notamment de la salle des machines et du logement de l'équipage y compris les conditions d'hygiène, satisfont d'une manière générale aux règles et normes internationales. »

« En l'absence de certificats ou de documents en cours de validité, ou s'il existe des motifs évidents de croire que l'état du navire ou de ses équipements, ou son équipage ne répondent

1112. Laurent LUCCHINI et Michel VOELCKEL, *Droit de la mer. Délimitation, Navigation et pêche*, t. 2, vol. 2, Pédone, Paris, 1996, p. 347.

pas de manière substantielle aux prescriptions d'un instrument pertinent, il est procédé à une inspection détaillée telle que décrite en section 5 de l'Annexe 1. Des exemples de motifs évidents sont donnés en section 4 de l'Annexe 1.

Il est nécessaire que les Autorités incluent, dans leurs procédures d'inspection, un contrôle du respect à bord des normes d'exploitation. »¹¹¹³

Mieux encore, comme nous le décrivons plus en détail ultérieurement, et dans la mesure où un navire est considéré dangereux, les inspecteurs peuvent ordonner l'immobilisation du navire ou exiger carrément la cessation de son exploitation jusqu'à ce que la condition sécuritaire du navire soit amendée. Ultiment, les navires récidivistes sont bannis des ports de la région¹¹¹⁴. Cette gradation de l'intensité d'intervention exprime la nécessité pour l'État portuaire d'exercer ses prérogatives de contrôle avec retenue et toujours en fonction des cas d'espèce. Ainsi, l'opération d'inspection reste l'objet d'une appréciation discrétionnaire par le personnel de l'autorité¹¹¹⁵. Dans la même logique, les normes visées par le contrôle coordonné font elles-mêmes l'objet d'une retenue quant à leur évaluation.

L'utilisation de normes minimales élaborées dans le cadre de conventions internationales — Les textes constitutifs des MoU réfèrent précisément à des conventions sécuritaires généralement ratifiées par les partenaires. De cette manière, ces réseaux transgouvernementaux évitent de dépasser un cadre normatif minimal consensuel : « the Paris Memorandum does not extend the scope of port State control beyond international requirements. »¹¹¹⁶ De cette manière, la compétence d'intervention des partenaires au réseau transgouvernemental est déjà reconnue¹¹¹⁷ et les risques de dissensions graves y sont

1113. Paris MoU, section 3.1. Voir aussi les sections du Med MoU, de l'Accord de Viña del Mar, du BS MoU, de l'Abuja MoU, du Riyadh MoU ainsi que l'article 3.1 du Tokyo MoU. La *Directive 95/21/CE*, art. 6, est au même effet. Par ailleurs, en relation avec la section 3.1 du Paris MoU, la section 2 de l'Annexe 1 du Paris MoU intitulé *Directives pour les inspecteurs de l'État du port* présente l'inventaire des 46 certificats ou documents qui doivent être vérifiés par les inspecteurs. Voir aussi Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 114. J. HARE, préc., note 7, 575 et 580. La section 4 de l'annexe 1 du Paris MoU donne une douzaine de motifs évidents justifiant une inspection détaillée. L'annexe III de la *Directive 95/21/CE* est au même effet avec 11 motifs. D'ailleurs, les navires désignés par la section 8.2 des *Directives pour les inspecteurs de l'État du port* en annexe 1 du Paris MoU faisant l'objet d'un coefficient de ciblage plus élevé peuvent faire l'objet d'une inspection renforcée.

1114. *Infra*, p. 443 et s.

1115. D'ailleurs, capacité d'exercer des pouvoirs discrétionnaires permet la mise en place de processus spécifique de révision judiciaire des décisions de l'autorité maritime : *supra*, p. 294.

1116. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 123.

1117. G. MAJONE, préc., note 851, à la p. 124.

écartés¹¹¹⁸. Autrement dit, « ces accords [– les MoU –] ne donnent, en eux-mêmes, aucun pouvoir supplémentaire aux administrations portuaires. Ils reflètent simplement une volonté politique de mettre en œuvre et coordonner des prérogatives prévues par les conventions [...]. »¹¹¹⁹ Qui plus est, le recours à ces normes minimales évite d’être accusé d’entraver les activités commerciales internationales¹¹²⁰. Par exemple, le Paris MoU demande à ses membres qu’ils s’engagent à mettre en œuvre les dispositions des conventions sécuritaires désignées à la section 2. Ce système de références normatives est repris par l’ensemble des autres MoU¹¹²¹ et cette forme de désignation des prescriptions sécuritaires inspire le consensus. Cela est d’autant plus évident que ces mêmes instruments admettent, aux fins du respect de leurs dispositions, la prérogative des États à mener des contrôles sécuritaires mêmes sur les navires en escale dans leurs installations portuaires¹¹²².

Évidemment, il y a toujours l’exception qui confirme la règle puisque les autorités maritimes membres du Paris MoU se sont attribués des compétences supplémentaires de contrôle. En effet un tel contrôle n’a pas été prévu dans le cas de la convention CLC 1992. Or, le Paris MoU souligne que ses règles de coordination du contrôle par les États portuaires visent aussi cette convention : « [T]he text of the Paris MOU now makes reference to the 1992 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage as one of the relevant instruments, event though the Convention itself does not contain provisions on port State control or jurisdiction. »¹¹²³. Pour sa part, L’Accord de Viña del Mar réfère aussi à cette convention même s’il s’agit de son ancienne version, à savoir la CLC 1969, laquelle ne fait pas non plus référence au contrôle par les États portuaires. L’explication de cette situation réside dans les prérogatives élargies offertes aux États portuaires de contrôler l’application des normes internationalement acceptée comme cela

1118. J. BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », préc., note 399, à la page 267.

1119. M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 479.

1120. D’ailleurs, l’usage de normes sécuritaires supérieures à celles reconnues internationalement serait susceptible d’être perçue comme l’imposition de barrières commerciales : J.K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, à la page 122-123.

1121. Le Paris MoU fait référence, à sa section 2, à la plus large sélection de convention ainsi qu’à leur version ou protocole les plus modernes : LL 66, LL PROT 88, SOLAS 74, SOLAS PROT 78, SOLAS PROT 88, MARPOL 73/78, STCW, COLREG 72, TONNAGE 69, OIT 147, Protocole de 1996 de OIT n° 147, CLC 92, BUNKERS 2001.

1122. *supra*, p. 84.

1123. E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 203.

est prescrit par l'article 219 CNUDM. Par ailleurs, si les partenaires aux MoU organisent la coordination de leurs activités de régulation en fonction des conventions, celles-ci doit avoir été nécessairement ratifiée par l'État de l'autorité maritime qui l'applique afin d'éviter que cette dernière agissent hors du cadre législatif national régulier.

Respect de l'effet relatif des traités au sein même du réseau transgouvernemental — Si les MoU axent leurs interventions en fonction de normes sécuritaires faisant généralement consensus dans la région, un problème malgré tout subsiste si des États parties n'ont pas ratifié des conventions mises en œuvre par le MoU. En effet, ceux-ci risquent de se trouver devant une incohérence réglementaire quant à leurs activités de contrôle. Celles-ci, en effet, risquent d'être jugées *ultra vires* par leurs propres tribunaux car ces activités se fonderaient sur des normes sécuritaires n'ayant pas fait l'objet d'une intégration régulière et formelle en droit national. D'un point de vue interne au réseau, c'est l'application du principe de l'effet relatif des traités¹¹²⁴. Par ce procédé « chirurgical » les MoU permettent à chacune des autorités parties de sélectionner, aux fins des inspections qu'elles mènent, les seuls instruments conventionnels qui ont été ratifiés par leur État. À ce sujet, la section 2.3. du Paris MoU est bien explicite :

« 2.3 Chaque Autorité applique ceux des instruments pertinents qui sont en vigueur et auxquels son Etat est partie. En cas d'amendements à un instrument pertinent, chaque Autorité applique ceux des amendements qui sont en vigueur et que son Etat a acceptés. Un instrument ainsi amendé est considéré comme l'« instrument pertinent » pour cette Autorité. »¹¹²⁵

Mais cette méthode faisant usage de l'effet relatif des traités a des limites. En effet, dans le cadre du Paris MoU cette logique est seulement applicable aux parties fondatrices puisque conformément à la disposition 2 de l'Annexe 6 intitulée *Critères qualitatifs pour l'adhésion au mémorandum conformément à la section 8.2*, le Paris MoU exige des États dont l'autorité maritime est candidate à l'adhésion à son organisation qu'ils ratifient bel et bien tous les instruments qui y sont mis en œuvre : « une telle Autorité Maritime devra ratifier tous les instruments pertinents en vigueur, avant que l'adhésion ne soit acquise ». Cette démarche préalable et obligatoire est bien un moyen d'obliger la ratification des

1124. *Infra*. p. 399 ou *supra*, p. 308.

1125. Section 2.3 du Paris MoU. Voir aussi l'IO MoU, art. 2.3 ; BS MoU, art. 2.3 ; Med MoU, art. 2.3 ; Abuja MoU, art. 2.3 ; Riyadh MoU, art. 2.3 ; Accord de Viña del Mar, section 2.2 ; Tokyo MoU, art 2.4.

diverses conventions¹¹²⁶. Malgré tout, dans la mesure où le droit national est plus exigeant, des clauses de réserve inscrivent la prépondérance des normes nationales.

Existence d'une clause de réserve pour marquer la prépondérance de la loi nationale — Les textes constitutifs des MoU disposent, en effet, d'une clause de réserve qui autorise les autorités maritimes parties à appliquer, sur leur territoire et dans le cadre de leurs inspections, des normes nationales plus exigeantes que les normes internationales minimales. À cet effet, le Paris MoU énonce, à son article 3.5, une clause de réserve générale :

« 3.5 Aucun élément de ces procédures ne saurait être interprété comme une limitation des pouvoirs des Autorités à prendre des mesures dans leur propre juridiction, pour tout sujet auquel les instruments pertinents se rapportent. »¹¹²⁷

Ceci permet aux autorités maritimes membres d'agir conformément au cadre législatif auquel elles sont soumises. Néanmoins, les normes nationales sécuritaires supérieures à celles internationalement reconnues restent un phénomène limité et particulier en raison des pressions exercées par la concurrence qui subsiste entre les ports. Par ailleurs, les agissements des inspecteurs ne doivent pas être soumis aux apparences de conflits d'intérêts, d'où les inspections menées par les fonctionnaires.

Compétence et intégrité des inspecteurs — Les contrôles menés dans le cadre des MoU doivent être réalisés par des inspecteurs qualifiés dûment désignés par l'autorité maritime de l'État portuaire. Le premier paragraphe de la section 3.8 du Paris MoU lui-même est explicite sur les qualités que les inspecteurs doivent posséder : « Les inspections sont effectuées par des personnes dûment qualifiées, autorisées à cette fin par l'Autorité concernée et qui agissent sous sa responsabilité, eu égard en particulier à l'Annexe 7. »¹¹²⁸ Cette annexe intitulée *Critères minimaux pour les inspecteurs du contrôle par l'État du port*, exige des candidats au poste d'inspecteur qu'ils rencontrent les conditions minimales d'embauche, notamment en regard de l'expérience, et ce, selon deux types de formation :

1126. *Infra*, p. 325.

1127. Paris MoU, article 3.5. Voir au même effet les de l'IO MoU, art. 3.2.3 ; BS MoU, art. 3.2.3 ; Med MoU, art. 3.2.3 ; Abuja MoU, art. 3.2.3 ; Riyadh MoU, art. 3.4 ; Accord de Viña del Mar, art. 3.5.2 ; Tokyo MoU, art. 3.2.2.

1128. Paris MoU, 1^{er} para, section 3.8. Voir au même effet : *Directive 95/21/CE*, art. 12(1) ; résolution A. 787(19), art. 2.4.1.

- soit être une personne possédant à la fois un minimum d'une année d'expérience comme inspecteur pour l'État du pavillon et être titulaire d'un brevet de capitaine ou de chef mécanicien ou encore détenir un diplôme d'architecte naval ou d'ingénieur maritime. Dans tous les cas il est nécessaire d'avoir acquis une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine correspondant;
- soit être une personne titulaire d'un diplôme universitaire pertinent et avoir suivi une formation dans une école d'inspecteurs de la sécurité des navires en plus de détenir une expérience de deux ans comme inspecteur d'État du pavillon.

Dans tous les cas, les inspecteurs doivent avoir une connaissance orale et écrite suffisante de « la langue parlée le plus communément en mer », à savoir l'anglais, et une bonne connaissance des conventions internationales et des procédures de contrôle¹¹²⁹. À défaut d'avoir l'expertise particulière nécessaire, les inspecteurs peuvent se faire aider par une personne externe dans la mesure où celle-ci n'est pas susceptible d'être en conflit d'intérêts¹¹³⁰.

Le Paris MoU n'exige pas explicitement que les inspecteurs soient des fonctionnaires. Néanmoins, les prescriptions de l'article 3.8 quant aux restrictions de nomination – pour éviter les conflits d'intérêts – sont telles que les inspecteurs doivent être salariés ou rénuméré par l'État :

« Les inspecteurs et les personnes qui les assistent ne devront détenir aucun intérêt commercial, ni dans le port d'inspection ni sur les navires visités. Les inspecteurs ne doivent pas non plus être employés par des organisations non gouvernementales délivrant des certificats obligatoires ou des certificats de classification ou effectuant les visites préalables à la délivrance de ces certificats aux navires, ni travailler pour le compte de telles organisations. »¹¹³¹

Au Canada, conformément à l'article 11 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande*¹¹³², les inspecteurs sont nommés en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction*

1129. Les annexes 7 du Paris MoU et de la *Directive 95/21/CE*, sont à l'identique ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 114. . Voir aussi la résolution A.787(19), art. 2.4.1 et 2.5 qui sont un peu moins exigeants à cet égard ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 858, p. 554.

1130. Paris MoU, 2^e para. de la section 3.8. Voir au même effet la *Directive 95/21/CE*, art. 12 (2) et (3) ; résolution 787(19), art. 3.4.2 et 3.4.3.

1131. Paris MoU, 2^e para. section 3.8 du. Voir aussi *Directive 95/21/CE*, art. 12 (2) et (3) ; résolution 787(19), art. 3.4.2 et 3.4.3.

1132. *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, préc., note 271, art. 11.

*publique*¹¹³³ ; ils sont donc statutairement des fonctionnaires de ce pays. D'ailleurs, le juge Létourneau a décrit, dans l'arrêt *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada*, le processus d'embauche des inspecteurs canadiens, selon l'ancienne *Loi sur la marine marchande* :

«[68] Les inspecteurs de navires à vapeur sont nommés par le gouverneur en conseil conformément à l'article 301 de la Loi. Nul ne peut être nommé inspecteur de navires à vapeur sans avoir réussi un examen devant le Bureau d'inspection des navires à vapeur et sans avoir obtenu du président du Bureau un certificat qui l'atteste (article 302). Les inspecteurs de navires à vapeur ne peuvent avoir aucun intérêt financier dans la construction ou la vente de navires à vapeur, de leur équipement ou de leurs machines, et ils doivent prêter un serment professionnel (articles 302 et 303). »¹¹³⁴

Le souci d'assurer un contrôle réalisé par des inspecteurs compétents, sans conflits d'intérêts et entretenant des liens étroits avec l'État portuaire relève d'abord du principe d'intégrité du processus de contrôle. Permettre autrement aux États portuaires de pouvoir mandater des agents des sociétés de classification afin de réaliser des contrôles réduirait non seulement l'inspection à une simple opération redondante déjà effectuée pour le compte de l'État du pavillon, mais cela ne peut qu'augmenter les risques de conflits d'intérêts dont elles font l'objet¹¹³⁵. Par ailleurs, le niveau de compétence exigé pour leur embauche légitime formellement les pouvoirs discrétionnaires – quasi judiciaires – accordés à ce personnel et justifie toute l'autorité qui leur permet d'immobiliser un navire non sécuritaire. Cette compétence et ce crédit sont d'autant plus importants qu'il faut éviter de retarder inutilement les navires dans leurs opérations commerciales pour des lacunes ou des carences futiles ou secondaires ; pire encore, de permettre à un navire d'appareiller alors qu'il est dangereux¹¹³⁶.

Mais en plus de ces règles essentielles à l'égard de la gestion coordonnée du contrôle, la performance des MoU s'appuie aussi sur des principes de cohésion interne, existant entre les partenaires du réseau.

1133. *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, 2003, ch. 22.

1134. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, par. 68.

1135. *Supra*, p. 179 et 182.

1136. Richard C. WIGGER, « Preparing for and surviving Port State Control », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, préc., note 385, p. 3.

Section 4 Les principes assurant la communication au sein des MoU

Les MoU sont dotés de caractéristiques de cohérence interne qui leur assurent un régime optimal de régulation. Parmi ces caractéristiques, figure principalement la compilation des meilleures pratiques, l'usage d'un langage juridique formaliste commun, le développement de la confiance entre partenaires, l'affinement des liens par la régionalisation et surtout la souplesse d'adaptation aux problèmes régionaux et même au-delà.

L'usage d'un langage juridique formaliste pour clarifier les principes directeurs des MoU — Nous l'avons déjà constaté, les fonctionnaires experts oeuvrant dans le même domaine, mais dans des États différents, forment une même communauté épistémique transnationales partageant des connaissances communes laquelle fait référence à un langage commun¹¹³⁷. Cela ouvre la voie à une analyse normative axée sur le discours qui existe au sein même du groupe. Or, si les mémorandums d'entente ne sont pas des traités contraignants, ils en prennent la forme¹¹³⁸. L'usage de textes normatifs, quasi juridiques, permet un cadre neutre et positif qui assure une interprétation commune qui renvoie à des occurrences uniformément admises par les partenaires de l'entente¹¹³⁹. Ces occurrences facilitent un adhésion partagée et réfléchies aux règles et aux principes directeurs qui organisent et animent le réseau de coordination. Toutes les parties acceptent et adhèrent au caractère positif du texte qui les réunit et lui accordent nécessairement une valeur normative, malgré l'absence de tout caractère légal. Cette entente incarne alors l'expression d'un pouvoir où les rapports de force complexes entre les participant dépassent la simple hiérarchie des normes¹¹⁴⁰. Jacques Chevalier fait souvent allusion à la notion d'« inter-normativité » pour désigner ce phénomène. En effet, les procédés formels de

1137. *Supra*. p. 261 et s.

1138. P. G. TEIXEIRA, préc., note 799, aux pages 322 et 326.

1139. À cet égard, Christoph Schreuer souligne qu'un minimum de formalisme permet la planification efficace d'une coopération évitant la duplication des mécanismes, la perte de ressources, la lourdeur bureaucratique ainsi qu'une compétition inutile entre institutions. Il ajoute qu'une coopération bien planifiée dans une forme d'accord légale ou non permet d'ajouter des précisions dans les attributs de fonction de chacun, clarifie les modes de communication qui doivent être utilisés, précise les structures d'autorité et facilite les modifications ainsi que les actions décisives lorsqu'elles deviennent nécessaires : Christoph SCHREUER, « Regionalism v. Universalism », (1995) 6 *Eur. J. Int'l L.* 477, 483.

1140. J. BLACK, préc. note 670, 174-190 ; voir aussi I MAHER, préc., note 37, 118.

coordination, et le langage juridique utilisé par les MoU, deviennent une technique qui assure par là même une cohérence des communications et des échanges entre des espaces et des ordres juridiques distincts. À travers ce formalisme, les partenaires tiennent un rôle d'« agents actifs d'harmonisation formant de véritables « communautés épistémiques », dont l'intervention contribue à résorber les contradictions, à réduire les dissonances, par la construction d'un *référentiel commun* »¹¹⁴¹. Ce référentiel est évidemment lié à ces principes directeurs qui acquèrent forcément une valeur commune. Cet environnement systématique et intellectuel donne, par le fait même, une signification plus profonde et plus contraignante aux règles internationales dont les partenaires au réseau sont chargés de mettre en oeuvre. Ces principes sont des passerelles cognitives entre différents domaines normatifs traditionnellement forts distants entre eux. Ainsi, par ce jeu d'harmonisation formel, mais qui reste malgré tout souple et diffus et où est exclu le droit positif, ces principes abolissent, sinon réduisent, les forces centrifuges souvent à l'origine de l'éclatement des dispositifs de régulation nationaux et internationaux¹¹⁴².

Les MoU apparaissent comme un phénomène exemplaire d'un formalisme culturel inspirant des valeurs partagées entre des autorités maritimes étrangères. Le principe directeur fondamental qui découle de ces valeurs est certainement la permanence et la régularité de l'esprit constant de coopération et d'échange entre partenaires, cherchant à harmoniser le contrôle par l'État portuaire : « Chaque Autorité consulte, coopère et échange les informations avec les autres Autorités en vue de poursuivre les objectifs du Mémorandum. »¹¹⁴³ Ces MoU illustrent au travers de leur texte constitutif et leurs annexes tous ces détails nécessaires à cette coopération. Peut-être faut-il admettre que ces référentiels communs ont pu autoriser le développement d'une relation spéciale de confiance entre les partenaires au réseau.

L'élaboration et l'entretien de relations de confiance entre partenaires — La coopération et l'échange aux fins de l'harmonisation des activités de contrôles sont essentiels au fonctionnement des MoU. Notamment, les interactions régulières entre les

1141. J. CHEVALIER, préc., note 678, 843.

1142. J. CHEVALIER, préc., note 678, 843.

1143. Paris MOU, art. 1.4 ; Abuja MoU, art. 1.4 ; BS MoU, art. 1.4 ; IO MoU, art. 1.4 ; Med MoU, art. 1.4 ; Riyadh MoU, art. 1.4 ; Acuerdo de Viña del Mar, art. 1.4 ; Tokyo MoU, art. 1.5. Voir aussi I. P. GARCIA, préc., note 17, 1414.

responsables et/ou les inspecteurs d'autorités étrangères permettent à ces derniers d'établir des contacts personnels inspirant une relation de complicité dans la réalisation d'objectifs communs plutôt que de compromettre la confiance des partenaires par des actions ou des choix unilatéraux¹¹⁴⁴. Ainsi, en matière de coopération, l'élaboration et l'entretien d'une confiance mutuelle entre les fonctionnaires constituent-elles une règle essentielle au fonctionnement du réseau : « [...] la confiance mutuelle constitue l'une des variables décisives de la réussite ou de l'échec de la coopération dans le domaine réglementaire »¹¹⁴⁵. Dans un contexte où l'interdépendance entre les pays est complexe, des autorités administratives étrangères se risquent à se faire mutuellement confiance¹¹⁴⁶. Selon Les Metcalfe, cette confiance, se définit comme un préjugé favorable envers des partenaires, reconnus pour leur compétence, qui possèdent les ressources techniques et organisationnelles nécessaires à leurs tâches et qui possèdent la volonté et la bonne foi requises pour atteindre des objectifs communs¹¹⁴⁷. En raison des forces centrifuges qui conduisent à la défection, cette confiance réciproque exige d'être entretenu et même d'être renforcer :

« Quoique difficile à réaliser, la création et le maintien d'un climat de confiance mutuelle constitue le préalable indispensable à une concertation efficace entre les différentes organisations. Au départ, les relations interorganisationnelles se développent dans un climat de défiance sinon de suspicion. Les organisations accordent une grande importance à la loyauté de leur personnel entretenue par le biais de récompenses ou de sanctions. Les personnes, qui interviennent en tant que représentants dans les négociations ou dans les relations de travail avec les autres organisations, sont censées privilégier les intérêts de leur organisation. Le sentiment de loyauté nationale renforce puissamment ce comportement partial qui se transforme facilement en suspicion voire même en hostilité envers les membres des autres organisations. Ce phénomène exerce un effet non négligeable sur la dynamique du système. Si des tensions apparaissent, les relations de travail s'en ressentent, chacun se retranche et se retire de ces engagements extérieurs. Les forces centrifuges ne devraient jamais être sous-estimées au sein des réseaux interorganisationnels. En cas de forte interdépendance, de telles ruptures ont un impact négatif sur l'action de tout le système. Le

1144. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 354; D. K. TARULLO, préc., note 752, 105, 108. Voir aussi *infra*, p. 356-359.

1145. J. BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », préc., note 399, à la page 260.

1146. *Id.*, à la page 261.

1147. Selon ces deux dimensions respectives, les partenaires d'une coopération de régulation doivent se poser deux questions : « [o]nt-elles les compétences requises pour le travail? » et « sommes-nous correctement traités et pouvons-nous avoir confiance en eux pour respecter leurs engagements du marché même s'ils ne sont pas satisfaits des résultats? » Dans la mesure où l'une de ces questions recevrait une réponse négative, le lien de confiance pourrait être mis en doute : L. METCALFE, préc., note 731,5, à la page 65.

maintien de la confiance mutuelle constitue une protection contre ces processus désintégrateurs. »¹¹⁴⁸

Il faut admettre que les inspecteurs sont soumis comme nous le constaterons plus en détail plus loin, à des sollicitations négatives constantes dans les rapports humains, il importe donc de savoir cultiver et entretenir des rapports de confiance permanents dans ce type de coopération que sont les MoU. Cette préservation de la confiance est d'autant plus importante qu'elle n'est pas une « ressource renouvelable » : elle disparaît très vite lorsqu'elle n'est pas entretenue¹¹⁴⁹. C'est encore plus vrai dans un contexte international où la confiance devrait idéalement reposer sur une communication honnête et ouverte à tous les niveaux du réseau, et ce, même à l'extérieur du strict cadre organisationnel¹¹⁵⁰. Cette confiance peut s'entretenir en cultivant collectivement des valeurs sous-jacentes : « La confiance, à son tour, exige la transparence (il faut pouvoir la vérifier), la connaissance (afin de savoir quoi observer et comment interpréter) et la responsabilité (pour que l'impossibilité de vérifier la confiance puisse être prise en compte). »¹¹⁵¹ Ces valeurs améliorent la qualité de l'information nécessaire à la rationalité économique des participants, car elles participent à la coordination des activités de régulation, donc à l'effectivité des réseaux¹¹⁵². Les Metcalfe souligne que la qualité des relations passées construisent généralement la confiance qui existe au sein des réseaux :

« La confiance ne relève pas, en l'espèce, de la bonne foi d'individus mais se mesurant à l'une des relations passées entre diverses organisations qui comprennent et admettent leur interdépendance, la gestion réglementaire doit être à même de concevoir des réseaux qui garantissent la mise en œuvre de capacités appropriées et qui favorisent l'action de l'organisation conformément aux objectifs réglementaires assignés »¹¹⁵³

Metcalfe ajoute même qu'il existe un lien très fort entre l'importance accordée à la relation de confiance et la densité structurelle du réseau :

« [D]ans le contexte de la réglementation internationale où les différences culturelles sont sensibles et le sentiment d'appartenance nationale puissant, il s'avère indispensable de se consacrer à la conception et au développement de réseaux suffisamment denses pour favoriser la confiance mutuelle et la foi dans les pratiques réglementaires des pays participants. Les réseaux réglementaires trop lâches seront prédisposés à commettre des

1148. *Id.*, à la page 64.

1149. J. BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », préc., note 399, à la page 261. Concernant les sollicitation négatives auxquelles sont soumis les inspecteurs : voir *infra* p. 316 et 433 et s.

1150. *Id.*, à la page 261.

1151. *Id.*

1152. *Infra*, p. 358

1153. L. METCALFE, préc., note 731, à la page 65.

erreurs, manqueront des capacités requises pour les détecter et seront livrés à eux-mêmes pour déclencher ces actions correctrices. »¹¹⁵⁴

Le Paris MoU et le Tokyo MoU, lesquels bénéficient d'infrastructures organisationnelles développées – quasi institutionnelles! –, d'activités formatives nombreuses ainsi que de fréquentes campagnes d'inspections concentrées, apparaissent comme des réseaux transgouvernementaux denses où les liens de confiance sont susceptibles d'être entretenus régulièrement et même renforcés. Cette atmosphère rassurante ouvre évidemment la voie à une très forte dynamique de transparence, de connaissance et de responsabilité entre les partenaires.

Par contre, d'autres MoU plus récents ou moins bien pourvus, n'ont pas encore acquis la structure organisationnelle et le niveau de ressources nécessaires pour prétendre construire ces liens internes de confiance renforcés qui leur assureraient une pleine performance. Toutefois, les liens de confiance peuvent être malgré tout indirectement constitués ou renforcés grâce à une participation à des réseaux interrégionaux. Cette participation est organisée par l'entremise des séminaires ou des formations offerts par d'autres MoU encore au moyen des *workshops* de l'OMI. Les membres de tous les MoU ont, par ces occasions, les moyens de bâtir des liens avec des partenaires internes et externes¹¹⁵⁵. Ainsi, ces échanges inter-régionaux deviennent un instrument stimulant pour compenser l'absence de « massivité » interne d'un réseau particulier, mais qui est toujours nécessaire au maintien de la confiance entre partenaires. Ces contacts réguliers ne constituent pas seulement un préalable au développement de relations à long terme, mais ils sont aussi surtout propices à l'assistance technique et professionnelle entre membres des réseaux régionaux et inter-régionaux, dans le monde entier. Ces relations inter-régionales permettent en plus de bâtir les conditions de régulation au sein des États les plus dépourvus de ressources et éventuellement d'uniformiser encore mieux l'application des normes minimales internationales¹¹⁵⁶. Cette uniformisation passe évidemment par l'identification et l'utilisation des meilleures pratiques de contrôle.

1154. *Id.*, à la page 66.

1155. *infra*, p. 333.

1156. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 290 et 303 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 81 ; voir aussi P. G. TEIXEIRA, préc., note 799, à la page 309.

L'identification et l'intégration des meilleures pratiques de contrôle — Les réseaux transgouvernementaux sont d'abord des *talking shops* dont les structures de fonctionnement sont propices à la diffusion et à l'évaluation des idées, des règles ainsi que des pratiques de régulation entre des administrations gouvernementales¹¹⁵⁷. La configuration organisationnelle des MoU ainsi que les activités de réflexion et de formation qui l'accompagnent confirment cet aspect comme le véritable principe directeur de cette entreprise régionale¹¹⁵⁸. Ainsi, l'échange est à la base de la gouvernance globale qui vise à une meilleure performance de la régulation, notamment par une démarche et une méthode empirique. En effet, l'expérience de chacune des autorités membres ou des autres MoU peut être aisément partagée et transposée au contexte de chacun. Ainsi, l'expérience portuaire de très nombreux pays est synthétisée dans ce laboratoire d'où l'on peut tirer des conclusions sur les meilleures méthodes d'intervention possibles. Chacune d'entre elles est identifiée, étudiée et codifiée dans le cadre d'un processus de mimétisme systémique¹¹⁵⁹. L'expérimentation traditionnelle par erreur/succès est d'ailleurs adoptée par les nouvelles méthodes de gestion publique axées sur l'adaptation empirique dans une conjoncture dynamique¹¹⁶⁰. Dans un contexte où l'échange d'information est valorisé, l'identification des meilleures pratiques par les réseaux transgouvernementaux est une motivation supplémentaire vers la convergence des mesures de régulation entre États. Ces dernières deviennent éventuellement des règles de recommandation et des repères d'intervention reconnus et valables auprès de multiples autorités politiques, économiques et juridiques¹¹⁶¹. Ainsi, les réseaux transgouvernementaux sont sources de création et d'utilisation, au plan

1157. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 51. Voir aussi K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 745-746.

1158. *Infra.*, p. 331-333.

1159. P. M. HAAS et E. B. HAAS, préc., note 531, 256-259 ; J. BING, préc., note 958, à la page 134 ; C. A. WILLIAMS, préc., note 450, 463. Concernant le mimétisme Giandominico Majone parle de « policy imitation » où des États copient des mesures de régulation selon un choix rationnel lié aux coûts ainsi qu'à l'incertitude que suscite une nouvelle règle : G. MAJONE, préc., note 851, à la p. 121 ; J. FREEMAN, préc., note 758, 29. Jacques Chevalier affirme qu'il s'agit d'un processus d'expérimentation d'une norme en quatre étapes selon l'élaboration, la décision, l'exécution et l'évaluation : J. CHEVALIER, préc. note 541, 680. Sur la dynamique succès/échec de l'empirisme voir, Kenneth ABBOTT et Duncan SNIDAL, « Hard and Soft Law in International Governance », (2000) 54 *Int'l Org.* 421, 442.

1160. P. M. HAAS et E. B. HAAS, préc., note 531, 260 ; L. METCALFE, préc., note 868, à la page 178.

1161. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 137 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 364 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, aux pages 526 et 531 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 180. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 52 ; K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 745.

normatif, de codes compilant les meilleures pratiques¹¹⁶². Cette approche pragmatique contraste avec celle plus traditionnelle du positivisme-normativisme qui implique des intentions et une planification préalable à la formation de la norme¹¹⁶³. Ces codes des meilleures pratiques doublés de l'assistance interne entre partenaires de réseau deviennent un moyen pour les États les plus développés – premiers émetteurs de paradigmes – de proposer, sinon d'imposer, des valeurs de régulation à des États plus faibles et en voie de développement. Ce processus plus ou moins contraint conduit forcément à une régulation simplement transposée¹¹⁶⁴, et ce, au risque d'avoir une forte reminiscence néocoloniale.

Dans cette démarche, le Paris MoU a toujours joué le rôle de modèle sinon de prototype pour le développement de nouveaux principes directeurs des autres MoU. En effet, si les paramètres fondamentaux se ressemblent d'un MoU à l'autre au niveau de l'exploitation générale, les MoU ont pu adapter ce modèle en fonction des circonstances régionales vécues par chacun des États de la région. Ainsi, l'ajustement de la régulation par les réseaux régionaux donne un cadre uniforme, mais qui, par ailleurs, ne soit pas trop contraignant.

La régionalisation pour affiner la cohésion des réseaux — La coopération internationale des États s'exerce aussi au travers des liens de concertations qui animent les grandes régions du monde auxquels les États appartiennent¹¹⁶⁵. Contrairement au bipolarisme réducteur d'avant 1990, les MoU se sont plutôt inscrits – de manière précoce – dans un cadre associé à une multipolarité liée à l'intensification des relations moins convenues et travers lesquelles les bureaucraties d'États sont interdépendantes¹¹⁶⁶. De nos jours cela est davantage admis puisque le régionalisme est un facteur de rapprochement qui anime les communautés épistémiques et les réseaux transgouvernementaux qu'ils forment. Au niveau régionale, la proximité géographique et culturelle des autorités administratives

1162. C. A. WILLIAMS, préc., note 450, 463 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, 137 et 145 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 53, 178.

1163. Cette approche pragmatique fait l'objet d'une critique de Thomas Vesting celui-ci dénonce un processus décisionnel trop informel et opaque où les membres des réseaux évoluent dans des contextes très différents les uns des autres entraînant du coup un manque de direction et d'harmonisation à long terme des mesures de régulation : Thomas VESTING, « The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (Beyond the State) », in L. KARL-HEINZ (ed.), préc., note 437, p. 248, à la page 252.

1164. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 171. Voir aussi E. KWAKWA, préc., note 884, à la page 243.

1165. A. -J. ARNAUD, préc., note 540, 14.

1166. J. N. ROSENAU, préc., note 665, 28 ; K. KAISER, préc., note 600, aux pages 359-360.

nationalement différente favorise bien mieux les liens qui unissent les participants d'un réseau. Il faut dire que ces derniers peuvent déterminer des objectifs précis et ambitieux établis en fonction de caractéristiques régionales particulières. De cette manière, les entraves à la coordination d'autorités étrangères sont moins importantes. En effet, des structures organisationnelles régionales comme celles rencontrées dans le cadre de l'UE, l'ASEAN, l'ALENA le CARICOM ou le MERCOSUR offrent un cadre de rencontre nettement plus proche entre des pairs qui souhaitent résoudre des difficultés transnationales tout en considérant les contraintes propre à la région la région qu'ils partagent. Ce processus «endo-régional» est évidemment possible lorsqu'il existe entre les États une proximité géographique, une interdépendance économique, une communication préexistante, une homogénéité culturelle, une cohérence de leurs politiques, une capacité d'action similaire ainsi que des moyens de résolution de conflit qui leur sont spécifiques¹¹⁶⁷.

Il n'est donc pas étonnant que le phénomène des MoU ait eu son origine historique au sein d'une concertation d'autorités maritimes d'États européens. Non seulement celles-ci possèdent une culture, des politiques et des capacités d'intervention équivalente, mais elles possèdent depuis longtemps des infrastructures communautaires. Ces conditions ont permis plutôt qu'ailleurs l'émergence d'un véritable processus d'intégration dont la comitologie est la culture¹¹⁶⁸. Aujourd'hui, les MoU d'Europe et d'ailleurs incarnent la volonté de ses participants de traiter des problèmes de la sécurité maritime sur une échelle régionale. Contre toute attente, la multiplication du modèle MoU permet aujourd'hui d'étendre la réalisation effective du contrôle par les États portuaires sur neuf régions du monde, et ce, en fonction des besoins et des moyens des groupes d'États composant chacune d'entre elles. Pour une meilleure appréciation du phénomène des MoU au plan de l'intégration régionale, Il est intéressant de constater que ces réseaux dépasse un cadre géographique. Les MoU occupent le second degré dans la nomenclature de Björn Hettne sur les processus de la régionalisation¹¹⁶⁹. Ainsi, ces réseau forment des systèmes

1167. E. KRAHMANN, préc., note 740, 330 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 28.

1168. *Supra*, p. 271.

1169. Björn Hettne présente une nomenclature des divers degrés d'intégration régionale, B. HETTNE, préc., note 890, aux p. 136-137 :

1) Un espace délimité par des contraintes géographiques et écologiques qui forment des barrières naturelles;

organisationnels sans pour autant former des institutions lourde qui visent des domaines diversifiés et élargis.

Il reste que les MoU ne sont pas tous à l'identique. À l'image du niveau de développement des différentes régions du monde, ces réseaux sont arrivés à des stades différents de pratiques de coordination d'inspections sécuritaires des navires¹¹⁷⁰. Ce simple constat démontre bien qu'au plan de la mise œuvre du droit, la formule des instruments positifs conventionnels internationaux adoptés sous l'égide de l'OMI est devenu inefficace.

D'ailleurs, nous reviendrons plus tard sur le fait que la régionalisation de la coordination, génère avec plus d'efficacité qu'au niveau des structures mondiales le processus d'interdépendance entre les autorités étatiques et elle accroît, par effet de proximité, l'effectivité du droit dont elles assurent la mise en œuvre¹¹⁷¹. En parlant d'une seule voix le regroupement régional peut donc négocier plus facilement avec des États tiers – comme ce fût le cas de Chypre et de Malte qui ont dû abandonner très vite leur pratique de pavillon de complaisance pour adhérer au Paris MoU –. Quoiqu'il en soit, si les États sont plus ou moins vulnérables aux tensions économiques mondiales, la régionalisation offre un havre de stabilité auprès des États impliqués¹¹⁷².

On a pu remarquer que le phénomène de régionalisation permet de concentrer des pouvoir au sein d'entités qui uniformisent les mesures¹¹⁷³. Elle module les valeurs et les mesures de régulation et par cette souplesse elle encourage un processus d'imitation comme cela a été précédemment mentionné. La régionalisation par ailleurs adapte bien mieux

-
- 2) L'existence de systèmes sociaux communs impliquant des relations de nature sociale, politique, culturelle formant un complexe régional. Ainsi, les États peuvent constituer un complexe sécuritaire dans lequel ils forment des unités qui dépendent chacune les unes des autres pour protéger la stabilité d'un système régional aussi loin que leur propre sécurité est concernée;
 - 3) La création d'une organisation régionale pour permettre des activités multilatérales d'une coopération organisée au niveau culturel économique, politique et militaire;
 - 4) Une régionalisation civile avec un cadre organisationnel faisant la promotion d'une communication sociale et une convergence de valeurs à travers la région;
 - 5) Institution historique régionale détenant une identité distincte et une capacité d'intervention légitime.

1170. J. N. ROSENAU, préc., note 665, 28.

1171. *Supra*, p.360.

1172. Kim SANGMOON et Shin EUI-HANG, « A Longitudinal Analysis of Globalization and Regionalization in International Trade: A Social Network Approach », (2002-2003) 81 *Soc. F.* 445, 450.

1173. *Supra*, p. 126.

l'application des paradigmes aux ressources disponibles. Ainsi, les États émetteurs d'un paradigme régional peuvent développer et mettre en œuvre intégralement les mesures de régulation qu'ils avancent alors que les États récepteurs de paradigme d'une autre région peuvent convenir d'appliquer les mêmes types de mesures, mais à un rythme moins soutenu ou dans un cadre plus modeste avec les adaptations nécessaires. Non seulement la régionalisation facilite l'intégration des pays en voie de développement à l'économie et la régulation mondiale, mais elle encourage aussi l'utilisation maximale de toutes les ressources disponibles au sein même des régions. Il faut reconnaître que le regroupement régional est le moyen de résoudre par étape des enjeux difficiles, sinon impossibles, à traiter dans un contexte multilatéral élargi et uniforme à l'échelle internationale¹¹⁷⁴.

Les conclusions s'appliquent aux cas de l'accord de Viña del Mar, du C MoU, de l'IO MoU, du BS MoU, du Med MoU, de l'Abuja MoU, ou encore du Ryadh MoU. En effet, non seulement ceux-ci ont repris textuellement plusieurs dispositions du Paris MoU et/ou du Tokyo MoU, dans une version plus atténuée de ces textes, mais ils ont aussi prévu une portée moins ambitieuse sur les quotas d'inspections¹¹⁷⁵ et préféré réduire le nombre de conventions sécuritaires internationales à mettre en œuvre¹¹⁷⁶. Cela illustre bien que ce système a appris à être souple pour mieux s'adapter aux ressources dont disposent les États d'une même région. Voilà la démonstration du pragmatisme qui régit ce type de réseau.

Le pragmatisme des réseaux transgouvernementaux par un quasi-formalisme —

La globalisation, nous l'avons constaté, est un univers économique complexe et variable sur lequel les droits national et international ont peu d'emprise compte tenu des possibilités d'évitement. À cet égard, le caractère quasi formel des réseaux transgouvernementaux offre cette souplesse de fonctionnement qui autorise une adaptation suffisante pour mieux contrer les tentatives de contournement, notamment en palliant rapidement les carences des normes et des procédures de mise en œuvre. Cette souplesse de fonctionnement devient vite un principe essentiel à l'efficacité des réseaux surtout lorsqu'on fait la comparaison avec les difficultés d'adaptation que connaissent les organisations nationales et

1174. E. KWAKWA, préc., note 884, à la page 243.

1175. *Supra*, p. 305.

1176. *Supra*, p. 26 et s.

internationales, dont les politiques bureaucratiques. plus lourdes, sont fondées sur des assises normativiste-positiviste :

« Government networks have many advantages. They are fast, flexible, cheap, and potentially more effective, accountable, and inclusive than existing international institutions. They can spring up virtually overnight, address a host of issues, and form 'mega-networks' that link existing networks. As international actors from non-governmental organizations (NGOs) to corporations have already recognized, globalization and the information technology revolution make networking the organizational form of choice for a rapidly changing and varied environment. In comparison, formal international organizations increasingly resemble slow-moving dinosaurs. Government networks also offer more scope for experimentation. »¹¹⁷⁷

Les réseaux transgouvernementaux deviennent un système de régulation tant alternatif que complémentaire aux institutions juridiques traditionnelles. Elles fondent leurs activités essentiellement sur une coopération directe et interactive qui autorise l'adaptation rapide des règles de fonctionnement aux nouveaux enjeux mondiaux qui se présentent. Ainsi, le renforcement de la régulation et de la gouvernance d'un secteur d'activité passe par la flexibilité et la fluidité des mécanismes d'intervention des autorités¹¹⁷⁸. À cet égard, Raymond Hopkins décrit plus concrètement comment les réseaux ont l'avantage de ne pas être soumis à des structures trop formelles qui leur permettent d'avoir une approche pragmatique :

« Les réseaux se passent fort bien de structure formelle, puisqu'ils opèrent sans formalités que leurs membres agissent en vertu de l'autorité qui leur est déjà impartie, selon les critères communs qui ne sont pas et le plus souvent ne peuvent être codifiés. Ces méthodes sont moins susceptibles de faire craindre la création d'un précédent ou quelque atteinte à la souveraineté nationale ou encore quelque conflit d'intérêts avec des groupes nationaux en place. Ils sont en mesure de réagir promptement devant des problèmes mineurs. Bref, tout en étant des coalitions d'organisations aux intérêts souvent divergents, ils aboutissent à une interpénétration de ces organisations dans les différents États, à l'expansion de leur domaine d'activité sans pour cela mettre en cause de façon explicite les limites formelles des institutions existantes. »¹¹⁷⁹

Todd D. Rakof rejoint cette idée lorsqu'il indique que les processus de régulation qui régissent des secteurs économiques globalisés doivent préférablement être à la fois formels et informels plutôt que totalement l'un ou l'autre. Ainsi, une entente implicite bénéficiant d'un caractère semi-formel offrirait l'équilibre nécessaire pour répondre

1177. Anne-Marie SLAUGHTER, « Governing the Global Economy through Government Networks », in M. BYERS (ed.), préc., note 537, p. 177, à la page 179. voir aussi supra, p. 253.

1178. M. L. CHEEK, préc., note 763, 278; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 347 ; J. K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, aux pages 120 et 123 ; J. CHEVALIER, préc. note 541, 679 ; P. DURAN, préc., note 541, 2 ; O. LOBEL, préc. note 541, 388 ; J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 191 ; J. KOOIMAN, préc., note 744, à la page 46 ; K. BENYEKHELF, préc., note 405, p. 747.

1179. R. HOPKINS préc., note 770, 38.

rapidement aux changements soudains sans qu'il soit nécessaire pour les autorités qui appliquent les normes de régulation d'attendre la finalisation d'un long et coûteux processus législatif¹¹⁸⁰. Les réseaux transgouvernementaux se contentent d'un cadre semi-formel pour mettre de l'avant des mesures de gouvernance publiques sans pour autant être construits sur des instruments légaux conventionnels¹¹⁸¹. Cela renvoie à toute la dynamique entourant l'usage d'instruments relevant de la *soft law*¹¹⁸². Dans le même ordre d'idée, Anthony Aust soutient que les ententes quasi formelles des règles qui régissent les réseaux sont toutes désignées sous différents noms. à savoir, *gentlemen's agreements*, *non-binding agreements*, *de facto agreements*, *non-legal agreements*¹¹⁸³. Dans la mesure où le droit en vigueur est toujours respecté, ce type d'instrument est accepté auprès de la communauté internationale afin de permettre l'expression d'une intention mutuelle d'engagement. Toutefois, on aura compris qu'ils ne peuvent être qualifiés de traités au sens du droit international¹¹⁸⁴. Comme nous le verrons plus loin, les méthodes de renforcement de ces conventions ne font pas appel à l'impératif juridique, mais plutôt à la persuasion¹¹⁸⁵.

Les MoU suppléent aux instruments juridiques existants¹¹⁸⁶. Ils formalisent la coordination du contrôle des navires par l'État portuaire, sans avoir les contraintes juridiques d'une convention internationale ou d'une organisation internationale. De ce fait, l'usage de ce type d'instruments non contraignants exprime le choix des parties de privilégier des moyens d'intervention rapides et souples aux dépens du caractère juridique¹¹⁸⁷. Le mémorandum d'entente est un format idéal pour permettre à des réseaux transgouvernementaux d'évoluer rapidement :

« International coordination by networks of technical experts has been characterised by its ad hoc nature together with its speed flexibility and informality. This is reflected by the networks' preference that their arrangements take the form of non-legally binding documents

1180. T. D. RAKOFF, préc., note 854, 171 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 10, 15 et 16.

1181. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 447 Sol PICCIOTO, « The Regulatory Criss-Cross : Interaction Between Jurisdictions and the Construction of Global Regulatory Networks », in William BRATTON et al. (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination : Perspective on Economic Regulation in Europe and the United States*, 1996, p. 89, à la page 112.

1182. *Infra*, p. 341.

1183. Anthony AUST, « The Theory and Practice of Informal International Instrument », (1986) 35 *Int'l & Comp. L. Q.* 787, 787.

1184. Edith BROWN WEISS, « Introduction », in Edith BROWN WEISS (ed.), *International Compliance with Nonbinding Accords*, ASIL, 1997, p. 1, à la page 4.

1185. *Infra*, p. 348.

1186. A. AUST, préc., note 1183, 788.

1187. *Id.*, 807.

such as Memorandum of Understanding (MOU) rather than a formal international agreement ». ¹¹⁸⁸

D'ailleurs, même son quasi-formalisme minimal permet d'éviter une trop grande souplesse d'intervention qui pourrait entraîner le réseau dans une situation chaotique et l'entraver dans l'atteinte de ses objectifs de régulation. Autrement dit, les réseaux se doivent d'éviter la fébrilité volontariste et un peu de formalisme leur permet d'assurer la coordination de leurs activités ¹¹⁸⁹.

Situés au centre de la dualité formalisme/pragmatisme, les MoU ont les moyens de paramétrer leurs règles ¹¹⁹⁰. Mieux encore, ils proposent des systèmes valorisant l'acceptation consensuelle. Si on s'en tient au seul texte du mémorandum, le processus d'amendement exige l'approbation de la mesure par le deux tiers des membres qui participent à la réunion du PSCC et au terme d'un délai de six mois, ou d'un autre délai décidé à l'unanimité, l'amendement est présumé accepté à moins d'une objection formelle écrite de la part d'une autorité auprès du secrétariat. Cette technique de la majorité renforcée et de la dissidence active fait bien ressortir le caractère consensuel de la procédure d'amendement au texte constitutif. Quant aux annexes du mémorandum, le processus d'amendement s'appuie sur un système d'acceptation présumé implicite. En effet, puisque l'amendement d'une annexe est réputé avoir été accepté trois mois après sa transmission comme proposition par le secrétariat aux autorités membres; sous réserve qu'aucune d'entre elles ne demande par écrit qu'il soit examiné par le PSCC. Dans ce cas exceptionnel, la procédure d'amendement doit alors suivre la procédure normale d'amendement du texte constitutif du mémorandum. Il va sans dire que cette formule de présomption d'acceptation de l'amendement des annexes permet de mieux adapter dans des délais et dans délais plus courts le cadre des procédures et des techniques d'inspection aux nouvelles réalités technologiques ou commerciales ¹¹⁹¹. Un tel système n'est possible que parce que les rapports au sein des MoU sont peu conflictuels et traduisent une dynamique

1188. L. DAVIS, préc., note 776, 147.

1189. *Supra*, p. 317.

1190. P. DURAN, préc., note 541, 37.

1191. Section 7 du Paris MoU. Voir aussi section 7 du Tokyo MoU, de l'Accord de Viña Del Mar, du Med MoU ou encore à l'article 9 du BS MoU, de l'IO MoU et de l'abuja MoU et du Ryad MoU qui prévoient des délais de protestation et en exigeant ultimement un vote au 2/3 des membres.

d'échange et de consensus permanent entre les parties¹¹⁹². Somme toute, ce régime d'amendement permet l'adaptation rapide des réseaux MoU aux préoccupations de l'heure. La meilleure illustration en est que le 21 mai 2009, le Paris MoU procédait à l'adoption de son 31^e amendement depuis sa création en 1982. Il s'agit, en moyenne, de plus d'un amendement par année. Cela est tout à fait exceptionnel pour un organisme international.

On comprendra qu'il est légitime d'affirmer que les règles sont d'autant plus susceptibles d'atteindre leurs objectifs qu'elles peuvent régulièrement être adaptées au contexte particulier qu'elles visent, notamment à l'égard des avancées de la science, de la technologie, des connaissances ainsi que des fluctuations d'intérêts et d'opinions¹¹⁹³. Dans un cadre aussi empirique, l'évaluation rétroactive – *feedback* en anglais – des normes mises en œuvre, sinon testées, doit être faite systématiquement afin de légitimer aux yeux de tous les membres leur utilisation, leur modification ou leur remplacement. Bref, l'amélioration du système doit être perpétuellement réalisée. En définitive, ce pragmatisme ouvre la voie à une révision permanente des habitudes ou des atavismes bureaucratiques implicitement encouragé par l'ancienne pratique positiviste-normativiste, au profit d'un système normatif d'intervention allégé.

Tous ces principes de fonctionnement impliquent directement ou indirectement la concertation que nous avons décrite précédemment. Et celle-ci garantit la cohésion interne du réseau. Mais, il faut aussi admettre que cette dernière est assurée par ailleurs des programmes d'échange qui consolident davantage les liens personnels et uniformisent mieux les pratiques et les procédures.

Section 5 La consolidation des MoU par des programmes d'échanges

Les MoU encourage fortement des politiques d'échange entre les inspecteurs. Ces échanges se réalisent au niveau interne par des programmes de formation ou des réunions

1192. A. E. BOYLE, préc., note 906, 903.

1193. J. FREEMAN, préc., note 758, 28.

de coordination. À l'externe, les pratiques d'échanges se réalisent surtout à travers des tactiques d'approches interrégionales.

La consolidation interne des MoU par des programmes d'échanges et de formations entre partenaires — Afin d'uniformiser au mieux les techniques de contrôle, les MoU ont mis en place des programmes de formation et de rencontre qui privilégient une communication directe et étroite entre les personnels et entre les cadres des autorités maritimes participantes. La pratique régulière de plénières permet de prendre connaissance et de discuter des récents développements sécuritaires. Elle permet même d'élaborer de futures Campagnes d'inspections concentrées (CIC). Généralement, ce type de rencontre est largement ouvert aux personnels d'organisations et d'États coopérants et observateurs du MoU. Le soutien financier et technique de la Commission européenne a permis au Paris MoU d'être un animateur particulièrement actif dans l'organisation de séminaires pour ses membres et ses partenaires¹¹⁹⁴. En effet, depuis ses tous débuts, le Paris MoU tient, régulièrement chez ses États membres, des séminaires semestriels auxquels participent même des représentants du Tokyo MoU de l'OMI et de l'OIT.¹¹⁹⁵

Mieux encore, les MoU ont mis sur pied divers programmes de formation d'inspecteurs qui sont axés sur l'échange avec leurs homologues. Ainsi, à partir de 2001, les membres du Paris MoU ont investi à l'échelle régionale des ressources importantes pour la formation des inspecteurs sur le terrain¹¹⁹⁶. Dans le même esprit, le Tokyo MoU offre maintenant une formation de base aux inspecteurs des autorités parties¹¹⁹⁷. De plus, il

1194. Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 4.

1195. Chacun des rapports annuels du Paris MoU fait systématiquement référence aux deux séminaires annuels.

1196. Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 8 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 10.

1197. En 2007, le cours pour la formation de base des inspecteurs du Tokyo MoU, en collaboration avec l'OMI, s'est tenu tout en permettant aux autres MoU d'assister à son contenu :

« The seventeenth basic training course for PSC officers was held in Yokohama, Japan, from 2 to 20 July 2007. This was the third joint training course organized by IMO and the Tokyo MOU. Eleven PSC officers from each of the Authorities of Chile, China, Indonesia, Republic of Korea, Macao (China), Malaysia, Papua New Guinea, the Philippines, the Russian Federation, Thailand and Viet Nam and six participants invited by IMO from Abuja MOU, the Viña del Mar Agreement, Caribbean MOU, Indian Ocean MOU, Mediterranean MOU and Riyadh MOU attended this training course. The Shipbuilding Research Center of Japan (SRC) assisted in implementation of the training course. » : Tokyo MOU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2007, p. 5.

Il faut lier cette initiative à la disparité des ressources qui existent entre les États membres du Tokyo MoU. En effet, les techniques de base doivent être partagées avec les autres partenaires

propose pour les inspecteurs de niveau intermédiaire un programme de stage de formation pratique dans les administrations d'autres autorités maritimes membres du Tokyo MoU :

« Fellowship training was developed to provide practical training for middle level PSC officers. Now fellowship trainings are conducted in various locations in the region. One PSC officer from Fiji received training in Brisbane, Australia, from 19 to 30 March 2007. Two PSC officers, one each from Indonesia and Viet Nam attended the fellowship training from 17 to 27 April 2007 in Pusan, Republic of Korea. Four PSC officers, one each from the Philippines, the Russian Federation, Thailand and Viet Nam participated in the fellowship training conducted in China during the period of 18 – 28 September 2007 in Dalian and Shanghai respectively. The fellowship training in Japan was held from 2 to 16 November 2007. Nine PSC officers from the Authorities of Chile, China, Republic of Korea, Malaysia, the Philippines, the Russian Federation, Thailand and Vanuatu participated in the fellowship training in Japan. During the fellowship training in Japan, participants were given onboard training at five regional PSC offices with the guidance by the experienced PSC officers from the host Authority. »¹¹⁹⁸

Par ailleurs, un autre programme d'échange du Tokyo MoU permet aux inspecteurs de certaines autorités maritimes partie, peu importe leur niveau hiérarchique, de travailler au sein d'une autre autorité membre du réseau :

« The PSC officers exchange programme is for the promotion of harmonization of PSC procedures. Under the PSC officers exchange scheme, an Authority can send its PSC officer to and receive PSC officer from another Authority. Currently, the PSC officers exchange programme is implemented among Authorities of Australia, Canada, China, Hong Kong (China), Japan, Republic of Korea, New Zealand and Singapore. In 2007, three PSC officer exchanges were completed, i.e. one PSC officer from Republic of Korea to Hong Kong (China), one from Canada to Republic of Korea and another one from Republic of Korea to Australia. »¹¹⁹⁹

Ces échanges de stages et d'expérience en « immersion » entre autorités permet non seulement aux inspecteurs de connaître les méthodes de travail des autorités partenaires, mais elle permet aussi de tisser des liens personnels concrets qui seront utiles pour la pérennité des diverses activités du MoU.

Si on revient aux pratiques de formation continue du Paris MoU, celui a mis en place plusieurs programmes adaptés. Celui d'*Expert Training* sont des formations avancées semestrielles qui réunissent des inspecteurs expérimentés tous salariés de chacune des autorités. Elles s'intéresse surtout aux procédures complexes de contrôle touchant les conditions de vie et de travail à bord des navires et/ou aux risques environnementaux. Ces formations utilisent l'expérience de chacun des participants et ces derniers sont en retour

disposant de moyens plus limités pour permettre un contrôle régional plus efficace et non-concurrentiel.

1198. *Id.*, p. 7.

1199. *Id.*

appelés à travailler en groupe à l'harmonisation et l'amélioration des pratiques d'inspection. Le Paris MoU a aussi mis de l'avant une formation annuelle spécialisée, appelée *Specialized training*. Cette formation vise des créneaux spécialisation très particulier, comme l'inspections de paquebots ou de pétroliers. Au terme de ces formations et après évaluation, les inspecteurs peuvent obtenir une certification officielle. Enfin, le Paris MoU a lancé en 2006 une dernière initiative d'uniformisation des pratiques d'inspection avec un programme de formation à distance des inspecteurs grâce à l'aide de programmes informatiques¹²⁰⁰.

Il va sans dire que ces activités d'échanges et de formation non seulement renforcent toujours davantage les liens d'une communauté épistémique transfrontalière, mais il uniformise et améliore les pratiques de contrôle. Si la dynamique de consolidation interne aux MoU se joue à l'échelle des individus, une consolidation externe des MoU existe aussi et elle est réalisée par des liens interrégionaux.

La consolidation externe des MoU réalisée par l'entremise de liens interrégionaux — Sans être des organisations internationales, les MoU ont établi des liens entre eux d'abord en s'accordant mutuellement un statut d'observateur ainsi qu'un soutien technique et administratif. Ces liens se sont encore raffermis lorsqu'il a été question de mener conjointement des CIC. Les MoU confortent leur position régionale grâce à leur relations interrégionales. Se méfiant de l'intrusion des intérêts politiques des pavillons de complaisance au sein de certains MoU, le PSCC du Paris MoU s'interroge toujours s'il faut reconnaître, en son sein, le statut d'observateur à tous les MoU régionaux. Néanmoins, il reste ouvert à ce que ces organisations puissent postuler au moins au statut d'observateur afin de leur proposer un soutien technique :

« Nine regional MoUs have been established. the committee has expressed concern that some of these MoUs are dominated by Members who have not made efforts to exercise effective control over their own fleet. several flag states belonging to regional MoUs appear on the "black list" of the Paris MoU. in order to provide technical co-operation to these new MoUs, they may apply for associate observer status. »¹²⁰¹

1200. Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 11. Voir aussi Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 9 et 10 ; Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 7 et 8 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 7 et 8.

1201. Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 20. Ce passage se répète dans plusieurs rapports annuels : Paris MoU, *Changing Course : Annual Report 2004*, p. 15 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 14.

À cet égard, en 2005, le PSCC du Paris MoU a offert au BS MoU, au Med MoU et à l'Abuja MoU d'être des organisations reconnus comme des observateurs associés au sein de son organisation. Grâce à ce nouveau statut, même s'ils n'ont pas accès aux réunions du PSCC, ces MoU peuvent dorénavant bénéficier de l'assistance technique et administrative du Paris MoU et avoir accès à ses séminaires et ses réunions techniques¹²⁰². De la même manière, le Tokyo MoU a pu établir pu plusieurs liens interrégionaux avec d'autres MoU :

« As inter-regional collaboration on port State control, Tokyo MOU holds observer status of the Paris MOU, the Caribbean MOU and the Indian Ocean MOU. On the other hand, Tokyo MOU has granted observer status to the Paris MOU, the Indian Ocean MOU, the Viña del Mar Agreement and the Black Sea MOU. »¹²⁰³

Par ailleurs, d'autres types de liens interrégionaux s'établissent entre les différents MoU au fur et à mesure que ceux-ci intègrent de nouveaux membres en bonne et du forme. L'élargissement rapide de l'UE ces dernières années a forcé le Paris MoU à admettre dans son organisation les autorités maritimes des États baltes, de Chypre, de Malte, de la Bulgarie et de la Roumanie. Or, plusieurs de ces pays ont leurs autorités maritimes engagées au sein d'autres MoU. Cela a pour effet de constituer une sorte d'interconnexion de plusieurs régions d'une toile inter-régionale de contrôle par l'État portuaire :

« Until recently, the Paris MoU had only 2 members with dual membership: Canada and Russian Federation with the Tokyo MoU, while the Russian Federation is also a member of the Black Sea MoU. New members Malta and Cyprus also bring dual membership, since they are also member of the Mediterranean MoU. With Bulgaria and Romania becoming members, there will be further ties with the Black Sea MoU. For all these members the Paris MoU standards will prevail. »¹²⁰⁴

Conséquemment, même en l'absence formel d'observateur, les MoU peuvent s'informer dans ces cas-ci du contenu des réunions des autres MoU seulement par l'intermédiaire d'États membres ayant une dualité d'adhésion. En fait, ces derniers deviennent des sortes de passerelles permanentes entre les MoU. Déjà, en 1998 et en 2004, le Canada avait joué ce rôle d'entremetteur, en initiant et en organisant sur son territoire des réunions interministérielles visant la coordination des activités du Paris MoU et du

1202. Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 5 et 20 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 20.

1203. Tokyo MOU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2007, p. 8.

1204. Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 19. Ce passage se répète dans plusieurs rapports annuels : Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 19 ; Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 14. À cet égard, cette dualité d'appartenance existe aussi avec les autorités maritimes de l'Australie – membre du Tokyo MoU et l'IO MoU – ainsi que du Chili – membre du Tokyo MoU et de l'Accord de Viña del Mar –.

Tokyo MoU puisque ce pays avait doublement adhéré à ces deux organisations¹²⁰⁵. Ces rencontres ont permis, en premier lieu, de consolider les activités de ces deux réseaux en mettant en place un programme annuel commun de CIC sur des thèmes sécuritaires spécifiques¹²⁰⁶. En second lieu, elles ont été l'occasion d'inaugurer cette pratique d'élargissement des contacts interrégionaux, en admettant en admettant pour la première fois la présence d'observateurs à ces réunions d'autres MoU¹²⁰⁷.

Les liens interrégionaux entre MoU s'établissent aussi grâce à la formation et à l'aide technique offertes par les MoU les plus expérimentés en en faveur des plus récents : « The Paris MOU will consider ways in which to give assistance to other new regional agreements on port State control. Assistance could include technical exchange of expertise and support on an administrative level. »¹²⁰⁸ Par exemple, le Paris MoU s'est engagé à conseiller les organisations du C MoU et de l'Accord de Viña del Mar¹²⁰⁹. Là encore il s'agit d'un moyen d'encourager la concertation des activités de contrôle en s'assurant de leur compatibilité et de leur performance.

Les liens interrégionaux se construisent également par l'entremise de l'OMI qui a pris l'initiative en 2000, 2002, et en 2004 de réunir, dans le cadre de *workshops*, les

1205. À l'initiative de ministres canadiens des transports, deux conférences ministérielles réunissant les ministres responsables de la sécurité maritime des États membres du Paris MoU et du Tokyo MoU ont eu lieu à Vancouver. La première de ces réunions, intitulée *Tightening the net*, s'est tenue les 24 et 25 mars 1998. Elle a permis d'adopter la *Declaration on inter-régionale Action to Eliminate Sub-standard Shipping* : Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 8. Voir aussi D. ANDERSON, préc., note 268, 567. La seconde conférence tenue les 2 et 3 novembre 2004, visait à souligner la détermination politique à renforcer le « cercle de responsabilité » auquel toutes les parties de l'industrie maritime doivent être interpellés pour assurer un transport maritime plus sécuritaire : Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 10 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2004, p. 4-5. ; OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/4, 23 déc. 2004, n° 1.2., p. 1 et n° 3.1, p. 3.

1206. Tokyo MoU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2007, p. 2 et 8 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 9.

1207. À la Conférence interrégionale ministérielle intitulée *Tightening the net* du Paris MoU et Tokyo MoU tenu les 24 et 25 mars 1998, les représentants des États-Unis, de l'OIT, de l'OMI, de l'Accord de Viña del Mar, du C MoU et de l'IACS étaient présents à titre d'observateurs : Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 8.

1208. Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 11.

1209. Paris MoU, *Annual Report*, 1997, p. 17-18 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 13 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 7. D'ailleurs, les réseaux gouvernementaux permettent de bâtir des capacités de régulation au sein des États les plus faibles grâce notamment à de l'assistance technique, des processus de partage d'information, de coordination des politiques de coordination et d'un support moral : A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 303. Voir aussi R. P. BARSTON, préc., note 1097, à la pages 17-18.

représentants de tous les MoU. À ces occasions, ceux-ci ont pu échanger, tant à l'échelle régionale qu'interrégionale, leurs opinions et leurs expériences sur les pratiques et les problèmes liés aux inspections. Ils ont pu faire des recommandations pour améliorer l'harmonisation des contrôles, et pour augmenter la qualité de l'assistance technique nécessaire. Dans le cadre du *workshop* de 2004, le secrétaire général de l'OMI avait émis l'opinion qu'à l'exemple de la seconde conférence ministérielle conjointe du Paris MoU et du Tokyo MoU, les initiatives visant à accroître l'harmonisation globale devraient s'étendre à toutes les régions visées par les MoU. Il est évident que ces réunions sous l'égide de l'OMI sont toujours appréciées par les participants : « the opinion of the majority of delegations who spoke and of the Secretariat that the Workshops provided a very useful forum for the exchange of views and experiences leading towards the global harmonization and co-ordination of port State control (PSC) activities. »¹²¹⁰. En prenant l'initiative de former ces forums et d'en financer les activités¹²¹¹, l'OMI manifeste le souhait d'une consolidation des MoU et encourage par la même sa stratégie de mise en place de réseaux non officiels d'échanges interrégionaux¹²¹². Cette initiative de l'OMI est conforme à sa philosophie d'uniformisation des dispositifs sécuritaires, notamment pour éviter les processus unilatéraux qui refoule inévitablement les navires sous normes vers les pays moins riches :

1210. OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, préc., note 1206, n° 1.2., p. 1 et n° 3.1, p. 3. voir aussi OMI, Sub-Committee on Flag state Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Outcome of the third Workshop for port State control MoU/Agreement Secretaries and Directors of Information Centres*, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/1, 3 déc. 2004, pages 1 et 2.

1211. L'OMI n'a cessé d'augmenter les fonds pour assurer la tenue des *workshops* :

« All three have been delivered through the ITCP, with financing from IMO's Technical Co-operation Fund (TC Fund), at a cost of US\$29,208 (2000 Workshop, comprising 27 participants and observers), US\$41,995 (2002 Workshop, comprising 35 participants and observers) and US\$48,068 (2004 Workshop, comprising 32 participants and observers) with some residual funding from these activities supporting also the IMO Secretariat's active participation in the meetings of the Committees of the emerging PSC regimes. » : OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, préc., note 1206, n° 3.3, p. 4.

Voir aussi *Report of the Third Workshop for Port State Control MoU/Agreement secretaries and Directors of Information Centres*, IMO Headquarters, London, 9-11 Juin 2004, n° 1.1., p. 1, en annexe du document IMO, Sub-Committee on Flag state Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Outcome of the third Workshop for port State control MoU/Agreement Secretaries and Directors of Information Centres*, préc., note 1210.

1212. OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, préc., note 1206, n° 3.5, p. 4 ; H. YANG, préc., note 174, p. 108.

« Je ne trouve pas cela très sage, pour quelque pays ou région que ce soit, de mettre en place unilatéralement ses propres exigences. Ce que je pense, c'est qu'il ne devrait y avoir qu'un seul système international parce que les navires sont internationaux et se rendent d'un pays à l'autre. Si quiconque essaie d'introduire ses propres vues en matière de réglementation, cela va entraîner une certaine confusion. L'objet de l'OMI, c'est justement de répondre aux problèmes avec les meilleures solutions. Ça n'a pas de sens de vouloir rejeter les navires sous normes seulement d'Europe ou seulement des Etats-Unis. Il faut en débarrasser la mer et pour y parvenir, adopter une pratique internationale [...] »¹²¹³

Les efforts de résautage fournis par les MoU les mieux organisés et par l'OMI illustre à quel point le rôle joué par les contacts interrégionaux de doivent pas être sous-estimé. Ceux-ci sont souvent nécessaires à renforcer les liens de confiance tant à l'interne qu'à l'externe des réseaux les plus jeunes. En fait, le succès de ces derniers dépend donc forcément de l'entretien et du renforcement de ces liens¹²¹⁴.

Enfin, soulignons que la stratégie fondamentale du MoU a permis d'élargir davantage le dialogue sécuritaire faisant mieux intégrer celui-ci par le secteur privé. En effet en octobre 2004, le Paris MoU a pris l'initiative de tenir le premier *High Level Forum* avec des représentants de l'industrie maritime comprenant des sociétés de classification, des armateurs, des institutions financières, des assureurs et des Clubs P & I. À cette occasion historique il s'agissait de permettre un premier échange d'opinion collectif sur le contrôle par l'État portuaire¹²¹⁵. Cette manifestation a permis d'élargir les contacts extérieurs et d'accroître la légitimité et l'autorité du Paris MoU au sein même du secteur industriel visé.

Conclusion du chapitre — La création et l'institutionnalisation des MoU a permis de matérialiser et d'articuler le maillage d'un ultime système de contrôle de la sécurité à bord des navires qui soit beaucoup plus cohérent et systémique¹²¹⁶. Cette présence des réseaux transgouvernementaux assure une véritable rationalité entre ces éléments constitutifs, à savoir, les autorités maritimes des États portuaires. En l'absence de leurs infrastructures matérielles et organisationnelles, de leurs règles de fonctionnement ou encore de leur

1213. Propos de William O'Neil, secrétaire général de l'OMI : L. BAUMARD, préc., note 635, 4.

1214. Ces initiatives de l'OMI sont conformes au rôle de forum international qu'elle s'est attribué : Supra., p. 268. De plus, ce processus est complémentaire à celui du renforcement des liens de confiance : infra, p. 318.

1215. Paris MoU, *Changing Course : Annual Report 2004*, p. 8.

1216. M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 479.

processus de consolidation interne et externe, les réseaux auraient été réduits à une fonction symbolique. Ainsi, les MoU seraient devenus des instruments incontournables en matière de sécurité maritime.

Conclusion du titre II — Les MoU sont une belle illustration de ces réseaux transgouvernementaux construits sur une ambition collective fondée sur des choix à la fois psychologiques et rationnels et qui concrétisent une volonté de coordination de leurs activités de contrôle. Ces réseaux érigent un véritable système normatif alternatif de renforcement du droit, tout en se situant à l'extérieur du cadre normativiste-positiviste du droit international traditionnel. Car dans leur cas, la conception de ces normes ne relève plus de la légalité issue d'un processus de détermination par des instances législatives. Elle passe plutôt par d'autres moyens normatifs et une autre logique de pouvoir. En outre, l'espace normatif occupé par ces réseaux s'inscrit dans un processus complémentaire visant à combler les vides laissés par les carences du paradigme positiviste. Cet aménagement de type nouveau débouche en fait sur une forme de « quasi-droit » dont la nature juridique est encore mal définie par la philosophie du droit. Ainsi, l'analyse *post hoc* du transgouvernementalisme, à savoir l'identification des éléments normatifs qui en découlent, est devenu incontournable pour mieux apprécier sa portée juridique.

Titre III

La portée normative des Mémoires d'entente sur le contrôle par l'État portuaire : L'analyse *post hoc* du transgouvernementalisme

Les MoU sur le contrôle par l'État portuaire s'inscrivent en porte-à-faux du droit sécuritaire positif international. En effet, ces ententes administratives de coordination existent en elles-mêmes sans que la ratification par les États participants soit nécessaire. Toutefois, puisqu'il ne s'agit pas de traités contraignants au sens du droit international, comment expliquer la cohérence normative de ce système juridique volontariste?¹²¹⁷ Autrement dit, quelles sont les forces internes aux MoU qui refrèment les tensions centrifuges? La réponse à ces questions ne peut être envisagée que sous l'angle des mécanismes de renforcement des règles relatives à la cohésion interne des réseaux transgouvernementaux. Une telle étude exige une position de recherche qualifiée de *post hoc*. En effet, l'optique d'analyse de la mise en œuvre de la norme qui est élaborée par un réseau transgouvernemental correspond au stade ultérieur de son institutionnalisation. En outre, les fondements normatifs s'expliquent par la théorie de la *soft law*. Toutefois, il ne faut pas négliger de confronter cette normativité des réseaux transgouvernementaux aux principes juridiques et démocratiques et d'identifier les modifications idéologiques du droit international qui découlent de ce nouveau phénomène.

Chapitre 1

Analyse des MoU selon l'optique de la théorie de la *soft law*

La complaisance maritime illustre les limites du droit international, surtout à l'égard du manque de volonté à mettre celui-ci en œuvre. L'existence des MoU est un exemple de l'intérêt des autorités publiques à mettre de l'avant des normes et des institutions alternatives et complémentaires au droit pour assurer le respect des normes sécuritaires

1217. P. CHAUMETTE, préc., note 3, aux pages 273-274 ; P. CHAUMETTE, préc., note 121, 63

internationales¹²¹⁸. Au-delà de cette volonté d'adhésion à des réseaux transgouvernementaux, la survie de ces derniers dépend de la mise en oeuvre de mécanismes de renforcement interne qui assurent l'effectivité de leurs règles tout en dépassant le cadre de la contrainte juridique. En effet, si les textes des MoU revêtent l'apparence formelle des traités internationaux¹²¹⁹, il reste qu'ils n'y sont pas assimilables. En effet, ces ententes entretiennent peu d'ambiguïté sur leur caractère purement administratif notamment par l'usage de sa désignation comme « Mémoire d'entente » ou « *memorandum of understanding* »¹²²⁰. D'ailleurs, le Tokyo MoU est non équivoque à l'égard de son caractère non contraignant de son entente en soulignant en préambule que « [n]oting also that the Memorandum is not a legally binding document and is not intended to impose any legal obligation on any of the Authorities »¹²²¹. En définitive, la normativité des MoU dépasse le cadre d'une structure hiérarchique et juridique :

« [T]he key to the effectiveness of an authority structure does not lie in its formal documents. It is to be found, rather, in the readiness of those toward whom authority is directed to comply with the rules and policies promulgated by the authorities. Formal authority is vacuous if it does not evoke compliance, whereas informal authority not backed by formal documentation can be stable and effective if its exercise produces compliance. This is especially so for rule systems in the multi-centric world where hierarchy is less important than non linear feedback processes as the basis for coherence among those who make and implement decisions. Where hierarchy is minimal, as is the case for numerous collectivities in globalized space, compliance derives more from shared aspirations and co-operative

1218. Obiora Chinedu OKAFOR, « The Global Process of Legitimation and the Legitimacy of Global Governance », (1997) 14 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 117, 127.

1219. Certains accordent un caractère conventionnel au mémorandum d'entente, et ce, plus particulièrement depuis une décision de la Cour internationale de justice dans laquelle les juges ont décidé qu'un simple procès-verbal d'une rencontre de négociation entre les ministres des Affaires étrangères des deux États et signé par eux constitue un accord international : *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, [1994] C.I.J. 112, 121et s. Voir aussi Malgosia FITZMAURICE et Olufemi ELIAS, *Contemporary Issues in the Law of Treaty*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005, p. 26. *A fortiori*, un mémorandum d'entente pourrait-il constituer un traité? Cette optique rejoint la thèse de Peter Payoyo qui élargi la notion de « traité » contenue dans l'article 2.1 (a) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, et qui conclut que le Paris MoU constitue pratiquement un traité : P. B. PAYOYO, préc., note 20, p. 77. De plus, Tatjana Keselj souligne que les mécanismes mis en place par les mémorandums s'apparentent à ceux utilisés par les traités internationaux : T. KESELI, préc., note 31, 142.

1220. A. AUST, préc., note 1183, 800 ; Edgar GOLD, Aldo CHIRCOP et Hugh KINDRED, *Maritime Law*, Toronto, Irwin Law Inc., 2003, p. 230 ; O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 116 ; George C. KASOULIDES, « The Port State Enforcement Regime Through International Organizations », in Alfred H. A. SOONS (ed.), *Implementation of the Law of the Sea, Convention Through International Institutions*, Honolulu, The Law of the Sea Institute, University of Hawaii, 1989, p. 422, à la page 447 ; P. BOISSON, préc., note 3, n° 880, p. 565 ; Y. VAN DER MENSBRUGGHE, préc., note 18, à la page 471 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 376, p. 167. Soulignons que cette situation se distingue du *gentlemen's agreement* qui pourrait se révéler des instruments contraignants par le jeu de *l'opinio juris* ou encore de l'estoppel : A. AUST, préc., note 1183, 810-811.

1221. Tokyo MoU, préambule.

practices than from felt obligations or coercive threats that foster an unthinking acceptance of directives. »¹²²²

Ainsi, la normativité des règles au sein des MoU se présente selon un ordre d'autorité horizontal plutôt que vertical. Les MoU relèvent d'une situation normative mitoyenne, partagée entre les créneaux binaires droit/non-droit qu'impose le paradigme positivisme-normativisme¹²²³. Ce régime juridique se présente comme un moyen d'exercer une régulation internationale en intégrant les contraintes de la globalisation : là où le droit international traditionnel répond de manière inadéquate, les instruments de la *soft law* sont là pour combler le vacuum¹²²⁴. L'étude des mécanismes normatifs associés au courant de pensée lié à la *soft law* est incontournable, notamment en regard du renforcement d'instruments légalement non contraignants comme les MoU. Il s'agit d'abord de cerner ce concept qu'est la *soft law*. Dans un deuxième temps, la persuasion et la dissuasion seront étudiées comme forces normatives qui assurent la mobilisation des partenaires au système. Enfin, les dimensions pragmatiques de la *soft law* doivent être présentées.

Section 1 Le concept de la *soft law*

La « *soft law* » est indirectement identifiée en 1930 par Lord McNair qui reconnaît l'existence d'instruments qui par leur abstraction normatives s'opposent aux règles traditionnelles prescrites par les traités et la coutume internationale, lesquels seront qualifiés

1222. J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 189.

1223. Isabelle Duplessis souligne comment la *soft law* a pris récemment de l'ampleur :

« [L]e phénomène de la *soft law* s'intensifie au contraire depuis une trentaine d'années. Dorénavant, il ne relève plus seulement de l'activité des organisations internationales, mais qualifie également certaines relations normatives entre les États et est même récupéré de manière importante par des acteurs non étatiques afin d'encadrer les relations internationales. » : I. DUPLESSIS, préc., note 40, 247.

Pour sa part, Hubert Thierry invoque déjà l'avantage pour les parties de ne pas s'engager légalement :

« Ce concept implique en effet l'existence en droit international de normes non obligatoires et donc de directives qui laissent à leurs destinataires une marge d'appréciation et auxquelles ceux-ci peuvent, en dernier instance, ne pas se conformer, sans pour autant commettre un fait illicite engageant leur responsabilité. » : Hubert THIERRY, « L'évolution du droit international public », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol. III, tome 222, Maritinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 1990, p. 9, à la page 70.

1224. M. E. O'CONNELL préc., note 406, à la page 102.

de « hard law »¹²²⁵. En 1980, le juge Baxter a vu dans le concept de la *soft law* un véritable système normatif de coopération entre États sans que ceux-ci aient à s'engager par des obligations légales :

« All of the forms of " soft, " " fragile, " or " weak " law of which I have until now spoken have been about for some time. They reflect familiar accommodations to familiar problems. They serve the needs of States for agreed methods of co-operation, within a system made up of what are presumptively enforceable legal obligations, creating rights or privileges or licences for the one party and duties for the other.

But in recent years, States have on a number of occasions undertaken the preparation of instruments which deliberately do not create legal obligations but which are intended to create pressures and to influence the conduct of States and to set the development of international law in new courses. I have to speak with a certain imprecision because it is of the very essence of these agreements that their legal impact is designedly left unclear. More often than not, this happens under the stress of international negotiations in which the parties cannot agree upon clear rules or principles to be followed. »¹²²⁶

Ainsi, contrairement au *hard law*, la *soft law* implique des instruments juridiquement non contraignants élaborés dans le cadre de processus qui relèvent des relations internationales¹²²⁷. La *soft law* devient un concept qui tend à faire éclater les limites de la binarité droit/non-droit¹²²⁸. Par contre, il s'agit d'une notion dont les frontières restent troubles.

La soft law est une notion floue — La *soft law* offre un nouveau cadre normatif, mais celui-ci est encore mal circonscrit. D'ailleurs, en français, sa désignation reste approximative. Plusieurs expressions sont utilisées pour nuancer son caractère intermédiaire. On parle de « droit assourdi », « droit mou », « droit doux », « droit vert », « droit souple » ou « droit flou »¹²²⁹.

1225. Arnold D. McNAIR, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties », (1930) 11 *Brit. Y. B. Int'l L.* 100. Voir aussi I. DUPLESSIS, préc., note 40, 252 ; R. R. BAXTER, « International Law in "Her Infinite Variety" », (1980) 29 *ICLQ* 549, 550.

1226. R. R. BAXTER, préc., note 1225, 557 ; Richard L. Jr. WILLIAMSON, « Hard Law, Soft Law, and Non-Law in Multilateral Arms Control : Some Compliance Hypotheses », (2003) 4 *Chi. J. Int'l. L.* 59, 62 ; voir aussi Hartmut HILLGENBERG, « A Fresh Look at Soft Law », (1999) 10-3 *EJIL* 499, 500.

1227. A. E. BOYLE, préc., note 906, 901.

1228. Gunther F. HANDL, « A Hard Look at Soft Law, Remarks at the Annual Meeting of the American Society of International Law », (1988) 82 *Am.Soc'y.Int'l.L. Proc.* 371, 371 et 372.

1229. Distinguant « droit mou » et « droit doux » Karim Benyekhlef résume la thèse de Jacques Chevalier : « Le droit devient également souple écartant, en partie, sa nature contraignante et prescriptive. On retrouve dans la doctrine les qualificatifs « mou » et « doux » pour désigner cette nouvelle mouture du droit qui tranche sur les qualités modernes et classiques du droit. Le droit est doux car, au-delà de la contrainte, il incline à prescrire des « objectifs », énoncer des « directives » ou formuler des « recommandations ». Ainsi, l'application de la norme « dépend non plus de la soumission, mais de l'adhésion des

La définition de la *soft law* peut être très large au point d'être ouverte aux diverses formes de normativité, de principes et de procédures ayant des effets légaux sans être reconnues comme étant du *hard law* :

« [I]t is sufficient to start simply with a working definition of soft law as those international norms, principles and procedures that, by being outside the system of formal sources of article 38, paragraph 1 of the ICJ Statute or by lacking the requisite normative content to create enforceable rights and obligations, are nevertheless capable of producing certain legal effects. »¹²³⁰

Le concept de *soft law* se précise lorsque sa définition intègre une volonté des auteurs de ce type de règle d'adhérer à une entente mutuelle écrite qui constate des obligations formulées de bonne foi sans être soumis à des contraintes légales :

« The term 'soft law' is used here simply to refer to instruments that were not intended to give rise to legal obligations (such as treaties, or judicial decision) but that were often drafted in a quasi-legal style, and for the most part were not intended (at least not directly) to create or lead to the development of any legal obligations »¹²³¹.

Linchtenstein reprend la définition que Joseph Gold fait de la *soft law* en soulignant que cette dernière ne fait pas l'objet d'un processus de renforcement du droit selon un mode sanction établi par l'exercice d'une contrainte juridique :

destinataires ». Le droit est aussi mou car il devient difficile de fixer la frontière entre la régulation, champ où se déploient les normes et les standards techniques qui n'ont pas d'effet obligatoire, et le droit qui, à son tour, devient suggestif et non contraignant. » : K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 30. Voir aussi J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 99 et 143-144.

Voir aussi Atsuko KANEHARA, « Some Considerations Regarding Methods of International Regulation in Global Issues : "Sovereignty" and "Common Interests" », in E. BROWN WEISS (ed.), préc., note 1184, p. 81, à la page 99. Parlant du « droit-post-moderne », Jacques Chevalier invoque non seulement l'existence d'un « droit mou » et d'un « droit doux », mais aussi un « droit flou » : J. CHEVALIER, préc. note 541, 678. En définitive compte tenu des diverses nuances en français, nous souhaitons privilégier le terme anglais de *soft law* plus inclusif et généralement accepté. Nous référons d'ailleurs au commentaire du professeur George Abi Saab qui souligne l'ouverture sémantique du terme « soft » :

« En effet, *soft* en anglais est un adjectif neutre qui peut désigner des qualités positives ou négatives. Sa traduction française courante jusqu'ici par "mou" privilégie la connotation négative (amolli, avachi, flasque). Mais *soft* peut également signifier doux, tendre, souple, moelleux ou malléable; des qualités plutôt positives même pour le droit; il suffit de penser au "flexible droit" de Jean Carbonnier. Le qualificatif assourdi, en revanche, tout en invoquant l'atténuation et la modestie, n'implique aucune connotation négative. » : Georges ABI-SAAB, « Éloge du « droit assourdi ». Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », dans, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59, à la page 60 ; voir aussi les pages 59-68 et I. DUPLESSIS, préc., note 40, 252.

1230. F. FRANCONI, préc., note 882, à la page 167.

1231. William EDESON, « Closing the Gap : The Role of 'Soft Law' International Instruments to control Fishing », (1999) 20 *Aust. YBIL* 83, 83 ; voir aussi Katia BOUSTANY et Normand HALDE, « Mondialisation et mutations normatives: quelques réflexions en droit international », dans F. Crépeau (dir.), préc., note 405, p. 37, aux pages 39 et 40 ; A. AUST, préc., note 1183, 794.

« [...] in his conception, a “soft” norm is : “...soft law expresses a preference and not an obligation that state should act, or should refrain from acting, in a specific manner”. In international law, “hard” or “firm” law is an obligation of a state or states for the breach of which it or they are responsible, whatever form of sanction or penalty that responsibility may entail. “Soft” law does not imply obligation and, therefore, possible breach and responsibility for breach; “soft” law is instead a norm expressed by the international community to which it hoped, at least by the group of states articulating the “norm,” that states will adhere, but to which there is no obligation of adherence. One might say that so-called “soft” law is an expressed preference, at least by the group of states or international organization articulating the preference, for certain behavior and there are what Sir Joseph Gold designated “remedies” (as opposed to sanctions) for failure to so behave, but the “remedies” are aimed at remediation of the consequences for the international system of the deviant behavior and not at punishment of the transgressor. »¹²³²

À cet égard, Isabelle Duplessis oppose la *soft law* au *hard law* en prenant soin de souligner le caractère non contraignant et la normativité protéiforme qu'elle revêt :

« [L]e traité et la coutume constitueraient pour certains ce qu'il convient maintenant d'appeler du droit dur ou de la *hard law*. En cas de violation, une règle *hard*, conventionnelle ou coutumière, se particulariserait par le recours possible à la sanction judiciaire. En opposition, la *soft law* regrouperait les phénomènes que la théorie des sources en droit international ne reconnaîtrait pas. La norme souple serait par définition non contraignante et le fait qu'elle ne soit pas respectée n'appellerait pas de sanction.

La *soft law*, en tant que catégorie subsidiaire, demeure elle-même difficile à saisir, car elle désigne des phénomènes différents et des instruments à la normativité protéiforme. »¹²³³

Cette dualité qui existe entre le *hard law* et la *soft law* est évidente, notamment lorsque Alen E. Boyle souligne l'existence de deux formes de la *soft law*, à savoir, une prospective qui ouvre la voie à de futures conventions internationales, une forme de pré-droit, et l'autre qui engage des mécanismes d'interprétation ou d'amplification des traités¹²³⁴. En l'espèce, les MoU entrent dans cette dernière catégorie étant donné qu'ils sont essentiellement des ententes administratives coordonnant la « pratique d'inspection des administrations nationales »¹²³⁵. Mais il faut souligner que les MoU peuvent aussi constituer une forme de pré-droit. En l'espèce, le Paris MoU fait non seulement l'objet

1232. Cynthia Crawford LICHTENSTEIN, « Hard Law v. Soft Law : Unnecessary Dichotomy? », (2001) 35 *Int'l L.* 1433, 1433. Voir aussi Joseph GOLD, « Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements », (1983) 77 *AM. J. Int'l L.* 443.

1233. I. DUPLESSIS, préc., note 40, 249. Francesco Francioni donne une définition élargie du *soft law* soulignant qu'il s'agit des normes, principes et procédures capables de produire des effets légaux, mais qui néanmoins se trouvent à l'extérieur du système formel des sources établi par l'article 38, paragraphe 1 des statuts de la Cour internationale de justice ou par manque des préalables normatifs exigibles pour rendre contraignants les droits et obligations : F. FRANCIANI, préc., note 882, à la page 167.

1234. A. E. BOYLE, préc., note 906, 905 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 589.

1235. P. CHAUMETTE, préc., note 121, 63. Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 3, p. 273.

d'une reconnaissance en droit de la mer, mais il constitue du droit communautaire européen.

Pour sa part, Chevalier lie la création de la *soft law* à l'avènement d'un droit postmoderne axé sur le pragmatisme en privilégiant la souplesse et l'adaptabilité des règles. Ainsi, les instruments non contraignants qu'il met en jeu indiquent les objectifs, les directives et les recommandations nécessaires. Ces éléments permettent l'adaptation aux changements. Chevalier ajoute que la postmodernité du droit implique des instruments juridiques qui expriment le passage du droit de commandement à celui d'un libre accord de volonté entre des partenaires. Par conséquent, la norme n'existe plus nécessairement par son caractère contraignant puisque sa mise en œuvre se réalise selon un processus d'adhésion plutôt que de soumission¹²³⁶. D'ailleurs, Chemiller-Gendreau souligne que l'utilisation d'outils relevant de la *soft law* constitue l'expression de la volonté des intervenants d'être moins autoritaires à l'endroit de leurs partenaires ou encore de permettre aux plus faibles d'entre eux d'occuper un espace plus important dans l'agenda du groupe¹²³⁷. Enfin, Lobel énonce les caractéristiques et la capacité de la *soft law* d'occuper un espace normatif laissé vacant par la désuétude des méthodes traditionnelles de renforcement du droit positif, notamment lorsque :

- les enjeux sont complexes et que les solutions ne sont pas évidentes : l'utilisation de la *soft law* offre alors la possibilité de réduire les effets pervers des sanctions et des règles de responsabilité;
- un écart important existe entre les réalités et les objectifs des règles juridiques : la *soft law* permet alors de combler ce vide en formalisant des avancées normatives plus élevées;
- des ressources limitées et hétéroclites sont engagées ou des barrières sociales existent : la *soft law* est privilégié comme mesure flexible et non coercitive;

1236. J. CHEVALIER, préc. note 541, 677- 678.

1237. M CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, à la page 63.

- des divergences importantes entre des centres décisionnels existent et qu'aucun consensus ne peut être posé sur un document formel et contraignant : la *soft law* évite l'engagement apparent;
- la légitimité de l'autorité est faible ou qu'elle n'a pas la compétence pour intervenir : la *soft law* devient une avenue normative pour atteindre des résultats satisfaisants, notamment par l'usage de moyens de coordination non coercitifs;
- les régulés sont susceptibles d'éprouver des sentiments de crainte : les mesures non coercitives attachées aux instruments de la *soft law* encouragent l'adhésion au processus d'intervention offrant du coup une légitimité au système mis en place¹²³⁸.

Lobel ajoute qu'en matière de gouvernance, la *soft law* s'inscrit dans le cadre d'institutions tant formelles qu'informelles. Or, plus le processus est informel, meilleures sont les conditions de communication et de délibération nécessaires à l'établissement d'un consensus entre les partenaires. Au niveau des sanctions, ce modèle normatif offre une meilleure flexibilité puisque la connaissance par tous des agissements déviants est privilégiée aux pénalités¹²³⁹. Pour sa part, Chinkin avance une typologie qui met de l'avant trois catégories juridiques de la *soft law* :

« Soft law instruments range from treaties, but which include only soft obligations (“legal soft law”), to non-binding or voluntary resolutions and codes of conduct formulated and accepted by international and regional organisation (“non-legal soft law”), to statements prepared by individuals in a non-governmental capacity, but which purport to lay down international principles. »¹²⁴⁰

En l'espèce, les MoU relèveraient davantage de la *non-legal soft law* en raison de la volonté de ne pas être un document légalement contraignant. Cela est particulièrement évident pour le Tokyo MoU¹²⁴¹.

Enfin, les instruments non contraignants comme ceux des MoU ont aussi la caractéristique qu'ils s'inscrivent dans une perspective de prévention plutôt que de réparation d'un préjudice à la suite d'un manquement aux obligations, et ce, tout en

1238. O. LOBEL, préc., note 541, 393-395.

1239. *Id.*, 389-391.

1240. C. M. CHINKIN préc., note 40, 851.

1241. *Supra*, p. 340, citation liée à la note 1221.

constatant des engagements négociés entre autorités étatiques¹²⁴². À cet égard, la question du respect de ces engagements entre partenaires est incontournable. C'est justement ici que la persuasion joue le rôle de « liant » au sein des réseaux transgouvernementaux.

Section 2 L'utilisation de la persuasion comme force normative de la *soft law*

Les MoU forment un système normatif hybride alliant le *hard law* et la *soft law*¹²⁴³. D'une part, les intervenants comme les inspecteurs de l'État portuaire possèdent les moyens de contraintes juridiques propres à l'exercice de leurs prérogatives nationales de contrôle lesquelles se fondent sur la souveraineté de l'État qu'ils représentent et cela dans l'objectif de faire respecter les standards reconnus en droit positif international, sinon en droit positif national. D'autre part, des liens internationaux les unissent à travers des ententes de coordination qui ont l'inconvénient de leur avantage : elles ne lient pas légalement les partenaires pour ainsi assurer l'adaptation aux changements contextuels. N'étant pas des traités comportant l'exercice d'un pouvoir de dissuasion juridique, les MoU sur le contrôle par l'État portuaire établissent plutôt une autorité normative surtout interne par l'entremise de la persuasion, désignée sous le vocable anglais de *soft power*¹²⁴⁴. Mais, qu'est-ce que la persuasion et comment s'exerce-t-elle entre partenaires ou envers les régulés? Il s'agit non seulement de l'apprécier comme une solution alternative et complémentaire à la coercition, mais aussi comme une capacité d'influence entre des autorités publiques étrangères.

1242. A. E. BOYLE, préc., note 906, 912.

1243. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 168 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 290.

1244. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 526 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 24. Soulignant que dans un contexte de *soft law*, le renforcement des règles établies ne peut faire l'objet de sanction juridique, Francesco Francioni utilise plutôt les termes de *soft remedies* ou de *soft reinforcement procedures* pour désigner ce qu'il révèle une capacité dissuasive comparable aux mécanismes de sanction fondés sur la responsabilité et le dédommagement : F. FRANCONI, préc., note 882, à la page 176.

Sous-section 1 La persuasion comme solution alternative et complémentaire à la coercition légale

La persuasion est l'habileté de convaincre afin d'obtenir un comportement désiré de manière volontaire, et ce, sans utiliser la contrainte. Il s'agit simplement de convaincre l'autre à notre point de vue : « What is soft power? It is the ability to get what you want through attraction rather than coercion or payments. It arises from the attractiveness of a country's culture, political ideals, and policies. When our policies are seen as legitimate in the eyes of others, our soft power is enhanced. »¹²⁴⁵ Reprenant la définition de Nye, Anne-Marie Slaughter invoque l'utilisation de la persuasion par les réseaux transgouvernementaux :

« Soft power, as defined by Joseph Nye, is the power flowing from an ability to convince others that they want what you want rather than an ability to compel them to forego their preferences by using either threats or rewards. Soft power rests much more on persuasive than coercive authority, a base that may in turn require a capacity for genuine engagement and dialogue with others. The power exercised through government networks is much more likely to be soft power than hard power; indeed, one of the distinguishing characteristics of such networks, as of bilateral regulatory relations, is that agreements reached are likely to be explicitly non-binding. Persuasion is the dominant currency. »¹²⁴⁶

D'ailleurs, Nye souligne que les relations interétatiques sont fondées sur l'exercice de pouvoirs militaires, économiques ou persuasifs. Le dernier cas gagnerait en importance avec le développement des technologies de l'information et des communications¹²⁴⁷. En fait, la persuasion devient le fondement normatif des MoU.

La persuasion comme fondement normatif valable — Économiquement, la persuasion a l'avantage d'éviter d'engager des coûts externes liés à la coercition légale : « If a state can make its power legitimate in the eyes of others and establish international institutions that encourage others to define their interests in compatible ways, it may not need to expend as many costly traditional economic or military resources. »¹²⁴⁸ Raustiala soutient que, contrairement à la dissuasion par la contrainte, la persuasion permet l'adhésion à une norme poussant davantage les autorités à atteindre les objectifs fixés. En

1245. J. S. NYE, préc., note 412, p. x (en préface); A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 534 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 168.

1246. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 532.

1247. J. S. NYE, préc., note 412, p. 30.

1248. R. O. KEOHANE et J. S. NYE, préc., note 956, 86.

effet, la norme est activement intégrée dans les comportements de ceux qu'elle vise alors que la dissuasion inspire plutôt la passivité de ces derniers, ceux-ci se faisant imposer la règle¹²⁴⁹. Il ajoute que, pour plusieurs « managerialistes », les techniques de renforcement du droit par l'usage de mesures juridiques coercitives sont rarement accessibles et deviennent rapidement contre-productives auprès des États délinquants. D'ailleurs, le non-respect des règles peut être involontaire compte tenu de leur ambiguïté, du manque de ressources ou encore des incohérences avec la réalité en raison des changements contextuels. Dans ces circonstances, la persuasion en faveur d'une coopération pour l'échange d'information, l'assistance technique et financière ainsi que le maintien d'un dialogue interprétatif reste le moyen valable pour privilégier le respect des règles¹²⁵⁰. Néanmoins, la persuasion exige des efforts importants quant au traitement de l'information.

L'information est l'outil privilégié de la persuasion — La connaissance est source d'autorité puisque le traitement et la diffusion de l'information constituent des moyens d'intervention privilégiés qui influencent le comportement d'individus et d'organisations. D'ailleurs, dans un monde globalisé où la quantité de renseignements de toute nature est considérable, ceux provenant d'autorités crédibles acquièrent une valeur de *premium*, surtout lorsque ces renseignements proviennent d'un processus d'analyse croisant diverses sources. Cela devient de la régulation par l'information. Ainsi, les recommandations, les pratiques et les données compilées par les autorités gouvernementales sont partagées à travers les réseaux transgouvernementaux selon la convergence des intérêts des partenaires. D'ailleurs, ces réseaux formés de communautés d'experts gagnent davantage en pouvoir de persuasion en s'imposant un rôle de filtre et de diffuseur d'informations crédibles notamment par l'usage de diverses techniques liées au partage de renseignements, à la détermination d'un agenda ou encore à la transmission d'une formation spécialisée. La diffusion d'une information crédible marquée du sceau de l'« imprimatur » étatique influence indirectement le comportement des partenaires et des régulés, notamment en affinant les calculs et en changeant la structure d'incitation¹²⁵¹. Ainsi, les réseaux

1249. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 51.

1250. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 407.

1251. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, aux pages 138-140 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 364 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 291, 297-299 et 304 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 177, 180,

transgouvernementaux deviennent des systèmes normatifs fondés sur l'information : « La coordination constitue alors une sorte de droit incitatif, c'est-à-dire un ensemble de règles, qui, en principe, n'ont pas de pouvoir juridiquement contraignant, mais qui peuvent cependant avoir des effets pratiques »¹²⁵². En outre, les réseaux comme les MoU deviennent les précurseurs d'un système normatif fondé sur la persuasion :

« At the same time, government networks are pioneering various forms of soft power. The power of information is particularly important in an age of information overload, when credibility becomes critical. Government networks possess particular credibility through their capacity to collect, distill, and disseminate information from and to all their members on a regional or global scale. »¹²⁵³

Ainsi, la régulation par l'information propre au régime de gouvernance globale prend tout son sens au regard de l'exercice de la persuasion¹²⁵⁴, mais celle-ci revêt rapidement un caractère dissuasif atténué, ou plutôt indirect, fondé sur la réputation.

Une dissuasion indirecte fondée sur la préservation de la réputation — La persuasion est fondée sur une relation de confiance mutuelle entre les parties, elle-même basée sur leur réputation. De ce fait, la confiance et la réputation sont deux variables dépendantes faisant en sorte que la persuasion s'appuie sur des mécanismes qui permettent de juger de la réputation des organisations ou des individus. Il est d'ailleurs normal que ceux-ci souhaitent préserver à tout prix leur bonne réputation¹²⁵⁵. Cela est d'autant plus compréhensible qu'il s'agit d'une valeur universelle¹²⁵⁶. En outre, dans le domaine public, la réputation est une valeur importante :

187 ; I MAHER, préc., note 37, 116 ; R. O. KEOHANE et J. S. NYE, préc., note 956, 89 ; J. S. NYE, préc., note 412 p. 32 ; G. MAJONE, préc., note 476, 263 et 264.

1252. G. MAJONE, préc., note 399, à la page 189.

1253. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 169.

1254. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 746.

1255. S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 149.

1256. La meilleure illustration du caractère universel de la valeur liée à la réputation réside certainement dans les sites Internet de vente ou d'encan en ligne, comme *Ebay* ou *Delcampe*, qui permettent à des particuliers situés à travers le monde de transiger sur des biens. Ces sites utilisent un système de pointage quant à la réputation des cocontractants pour assurer la réalisation des transactions. Ainsi, le renforcement du droit se fonde sur l'intérêt de chacune des parties à la transaction, peu importe son origine, d'établir ou de conserver une bonne réputation au sein d'une communauté utilisant une plateforme sur Internet qui offre une grande visibilité commerciale. Ce système normatif autonome se révèle efficace surtout lorsque l'exercice des droits des parties est impraticable en raison des coûts associés aux conflits de juridictions. D'autres organisations commerciales d'échelle institutionnelle ont aussi opté pour des méthodes de renforcement comparable. Nous faisons référence aux contrats type des formules INCOGRAIN n° 12, n° 13, n° 15, n° 16, n° 18, n° 19, n° 20, n° 21, n° 22 et n° 23. En effet, la disposition XX de chacun de ceux-ci mentionne « [s]i la partie qui succombe dans un arbitrage

« [C]redibility is the crucial resource, and an important source of soft power. Reputation becomes even more important than the past, and political struggles occur over the creation and destruction of credibility. Governments compete for credibility not only with other governments, but with a broad range of alternatives including news media, corporations, nongovernmental organizations, intergovernmental organizations, and networks of scientific communities. »¹²⁵⁷

C'est ainsi que la réputation devient le centre de gravité de la normativité des réseaux transgouvernementaux et concernent autant les partenaires que les régulés visés.

À cet égard, Keohane et Nye soulignent comment la réputation est une valeur importante pour les États et qu'il en va de leur crédibilité. En outre, cette réputation est fondée sur leur capacité à fournir une information véridique, même si celle-ci doit être négative à leur endroit. En fait, plusieurs types d'actions dépendent de la crédibilité des organisations étatiques que ce soit pour emprunter à coût réduit sur le marché des capitaux ou encore pour établir des lignes de conduite liées à la politique étrangère fondée sur l'échange de promesses. Plus particulièrement dans le cadre d'instruments relevant de la *soft law*, la marge de manœuvre diplomatique exige une bonne dose de crédibilité pour convaincre les partenaires de suivre une initiative mise de l'avant dans le cadre d'ententes non contraignantes¹²⁵⁸. En fait, dans ce type de relation particulière, la confiance et surtout la bonne foi doivent toujours être de mise, même si une entorse a pu être commise¹²⁵⁹.

Par ailleurs, grâce aux nouvelles technologies de l'information et des communications, la coercition légale n'est plus nécessaire. En effet, dans un monde globalisé et interdépendant dans lequel tout se sait rapidement et facilement, les systèmes de publicité entourant la réputation d'individus et d'organisations constituent un mécanisme dissuasif *soft* qui renforce le caractère normatif d'une règle, qu'elle soit juridique ou non¹²⁶⁰. Compte tenu du souci des États à entretenir leur bonne réputation au sein de la communauté internationale, ceux-ci sont incités à respecter autant les instruments juridiquement

refuse d'exécuter la sentence, l'autre partie aura le droit de demander au Syndicat de Paris de faire publier le nom de cette partie par lettre circulaire adressée à tous ses adhérents. » : « *INCOGRAIN* » (les formules n° 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22 et 23), en ligne : <http://www.jurisint.org/fr/con/5_3.html> (consulté le 16 oct. 2009).

1257. J. S. NYE, préc., note 412., p. 106.

1258. R. O. KEOHANE et J. S. NYE, préc., note 956, 89-90.

1259. H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 511.

1260. G. MAJONE, préc., note 476, 269 ; E. BENVENISTI, préc., note 54, 203 ; A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 105.

contraignants que ceux qui ne le sont pas. Cela offre à ces instruments une valeur en terme de prédictibilité presque équivalente aux normes établies par le *hard law* qui, soit dit en passant, ne sont pas toujours observées¹²⁶¹. Ainsi, la normativité par l'effet de persuasion est prometteuse en droit international : « In the international arena, where government must become governance precisely because of the absence of any centralized authority to exercise command-and-control, regulation by information is very promising. »¹²⁶² Bien qu'il s'agisse de mécanismes indirects de dissuasion, ceux-ci restent complémentaires aux méthodes de persuasion et à la coercition exercée dans le cadre d'instruments positifs. Par ailleurs, cette dynamique de persuasion s'exerce aussi entre les partenaires du réseau.

Sous-section 2 L'exercice de la persuasion entre des autorités publiques de différents États dans l'ordre interne des MoU

La cohésion entre les partenaires de réseaux transgouvernementaux comme ceux des MoU est tributaire d'une force de persuasion mutuelle s'appuyant sur la réputation de chacun. Au sein de ces réseaux, elle s'exerce par le jeu des relations internationales et des relations personnelles qui interpellent des principes liés à la rationalité économique plus particulièrement ceux associés à la théorie des jeux, ainsi que par l'intensification des relations régionales.

La réputation des États — Les liens qui unissent le droit international public et les relations internationales offrent des pistes de réflexion sur le jeu de persuasion et de dissuasion, sous sa forme atténuée, qui existe entre les autorités publiques étrangères. En effet, au-delà des mesures de coercition légales que la communauté internationale peut faire valoir, comme l'embargo, l'isolement, le blocus ou encore l'intervention armée, des forces de persuasion et de dissuasion atténuée sont présentes au sein des relations internationales, notamment, parce qu'une valeur est accordée à la réputation des États, et ce, en raison du

1261. Paul C. SZASZ, « International Norm-making », in Edith BROWN WEISS (ed.), *Environmental change and International Law. New Challenges and Dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 41, à la page 70 ; E. BROWN WEISS, préc., note 1184, à la page 1.

1262. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 187. Voir aussi K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 746. En l'espèce, l'incapacité de l'OMI d'exercer des pouvoirs de police a été traitée précédemment : *supra*, p. 254 et s..

principe de réciprocité¹²⁶³. Non seulement la signature et la ratification d'un traité par un État ont l'avantage d'engager sa responsabilité juridique lorsque la convention est mise en vigueur, mais le pays engage aussi sa réputation politique. En effet, en cas de violation de l'instrument, toutes les instances politiques de cet État subissent les répercussions d'une perte de crédibilité, et ce, relativement à tous les accords contemporains ou futurs. La réputation d'être un État non coopératif engendre évidemment des coûts considérables. Elle réduit sa capacité d'influence au sein de la communauté internationale que ce soit dans le cadre de discussions visant la gestion de conventions contemporaines ou encore celles visant la conclusion de nouveaux instruments. D'ailleurs, le droit international ne renforce-t-il pas la valeur de la réputation en mettant l'emphase sur la conformité aux traités par les principes de bonne foi et de l'adage *de pacta sunt servanda* – « les conventions doivent être respectées » –? À cet égard, la réputation est d'autant plus importante que les États sont parfois perçus comme faisant partie d'une société internationale structurée par le droit international. Ainsi, la réputation y aurait une portée élargie. Cela serait d'autant plus vrai que le respect de la loi reste une valeur socialement importante au plan de l'ordre interne de l'État. Or, la violation d'engagements internationaux par ce dernier engendre aussi des externalités à l'intérieur de ses frontières, en raison d'un effet de dissonance et de résistance interne à l'ordre juridique au sein même de sa population¹²⁶⁴.

Par ailleurs, dans le cas de la mise en oeuvre d'instruments non contraignants, il faut constater que les fonctionnaires cherchent à préserver la bonne réputation de leur État et de son administration pour s'assurer d'une capacité de négociation internationale :

« If then there exists this vast sub-structure of intergovernmental paper, it is probably fair to say that States have no intention of “enforcing” most of these undertakings made by other governments or their ministries or officials. The forces that make for compliance with such instruments are manifold, but essentially non-legal. Bureaucrats follow through on what they have said that they would do through force of bureaucratic habit –an analogue to what has sometimes been referred to as the “law habit.” They do so in order to maintain the credit-rating of their government or ministry. They do so because they do not want to upset the existing structure of co-operation. They do not, in the generality of cases, purport to do so because the undertakings constitute binding legal instruments- “treaties” within the meaning of the Vienna Convention. Governments would deny that the papers were designed to create

1263. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1039, 725.

1264. K. ABBOTT et D. SNIDAL, préc., note 1159, 428; J.R. MACEY, préc., note 409, 1373 et 1374 ; J. BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », préc., note 399, à la page 261.

legal obligations and that the officials who signed them were qualified to speak for the State. »¹²⁶⁵

Conséquemment, si les fonctionnaires se préoccupent de la réputation de leur État et de leurs organisations, on peut déjà déduire qu'une dynamique de persuasion existe aussi entre eux, au sein même des réseaux transgouvernementaux.

La réputation des individus oeuvrant au sein des réseaux transgouvernementaux — La présence des communautés épistémiques dans les réseaux améliore encore davantage les mécanismes de renforcement par l'entremise des relations individuelles des intervenants. En effet, les fonctionnaires experts dans le domaine maritime se connaissent, du moins de nom. À cette échelle, tant la capacité de convaincre des homologues étrangers que l'exercice d'une dissuasion affectant leur réputation sont amplifiés par leurs interactions répétées et les valeurs partagées au sein d'un groupe intime.

«[...] important is the information that participants in a network exchange about each other – concerning competence, quality, integrity, and professionalism. Once a network is established, it essentially becomes a conduit for information about members' reputations – even if they didn't have or care about their reputations beforehand. Having and caring about a reputation among one's peers is a very powerful tool of professional socialization – in the profession of governance no less than in the private or nonprofit sector. »¹²⁶⁶

Ce système normatif trouve sa source dans le pluralisme juridique où les agissements de chacun sont soumis aux sanctions informelles. Mais, il s'agit néanmoins d'un ordre quasi juridique où la réputation des uns et des autres influence les relations personnelles qu'entretiennent des fonctionnaires étrangers¹²⁶⁷. Or, dans le cadre des relations à long terme, les sanctions non juridiques qui menacent les acquis relationnels sont souvent plus efficaces que le droit¹²⁶⁸. Ainsi, la cohésion des réseaux

1265. R. R. BAXTER, préc., note 1225, 556 ; A. AUST, préc., note 1183, 807.

1266. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 54.

1267. La notion de réputation constitue une valeur primordiale dans les relations internationales. En diplomatie, la parole donnée à des interlocuteurs revêt une importance capitale puisqu'elle instaure un ordre normatif au moment où le droit formel positif n'existe pas encore. À l'échelle de la pratique du droit par les avocats, ces derniers sont interpellés par la parole donnée lorsque les procureurs de deux parties en litige se promettent mutuellement des éléments quant à la gestion d'un dossier. Par leur entente, ils engagent leur réputation au sein de la communauté des avocats.

1268. Dans le cadre des opérations normales du secteur privé, les entreprises ont tendance à ne pas avoir recours aux tribunaux pour faire respecter les contrats. Les parties sont généralement en mesure de négocier un règlement, la sauvegarde de leur réputation commerciale est à la base de ses modes de résolution de conflit qui sont alternatifs aux avenues juridiques. D'ailleurs, les industries et les commerces font parfois l'objet de réseaux qui publient des quotes de satisfaction les concernant : Stewart MACAULAY, « Non-Contractual Relations in Business : A Preliminary Study », (1963) 28 *am. Soc. rev.* 55, 63. Voir aussi E. BROWN WEISS, préc., note 1184, à la page 9. Christine Chinkin

transgouvernementaux oeuvrant notamment dans un système de régulation par l'information s'appuie sur la défense que chacun porte à sa réputation : « Reputation is particularly important to the extent that specific government networks themselves embody a system of regulation by information, in which power flows not from coercive capacity but from an ability to exercise influence through knowledge and persuasion. »¹²⁶⁹ Toutefois, un tel système normatif est une lame à deux tranchants. En effet, il peut être stimulant pour une organisation ou un individu de faire partie d'un cercle décisionnel restreint. Dans ce contexte, la précarisation de la réputation au sein de ce cercle permet d'obtenir de chacun des gestes concrets, surtout si un risque de suspension ou d'exclusion existe à cet égard. Par contre, les individus qui font partie de réseaux transgouvernementaux sont réticents à critiquer leurs confrères. Cela est d'autant plus vrai que les relations internationales sont empreintes des principes de souveraineté, de vivre et de laisser vivre ainsi que de réciprocité¹²⁷⁰.

Par ailleurs, aux fins de vulgarisation, Majone ramène la dynamique de la *soft power* présent dans les réseaux transgouvernementaux à celle des comportements sociaux d'individus qui participent à un groupe en adhérant à des normes communes, le tout lié à la théorie des jeux :

« Recent game-theoretic work on the role of reputation in repeated transactions leads to similar conclusions. Let us start with the observation that teamwork can help to achieve credible commitments. Although people may be weak on their own, they can build resolve by forming a group. Any member of the group is open to peer pressure and thus places himself or herself in a situation where pride and self-respect are lost when commitments are broken. The success of organizations such as Alcoholics Anonymous and Weight Watchers is based on this insight.

What is true of individuals in a team also applies to organizations in a network. Thus, an agency that sees itself as part of a transnational network of institutions pursuing similar objectives and facing analogous problems, rather than as marginal addition to a large national bureaucracy pursuing a variety of objectives, is more motivated to defend its policy commitment and professional standards against external influences. As already noted, agency executives have an incentive to maintain their reputation in the eyes of the other members of network. Unprofessional or politically motivated behaviour would compromise their international reputation and make cooperation more difficult to achieve in the future.

souligne que les systèmes sociaux sont aussi une source de normativité lesquels sont animés de principes contraignants et non contraignants au sens du droit : Christine M. CHINKIN, « Normative Development in the International System », in Dinah SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, New York, Oxford University Press 2000, p. 22, à la page 25.

1269. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 55.

1270. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 315 et 316 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 196 -201.

In sum, transnational network not only permits an efficient division of labour and the exchange of information among national regulators, but also facilitates the development of behavioural standards and working practices that create shared expectations and enhance the effectiveness of the social mechanisms of reputational enforcement. Knowledge about agencies that do not fulfil the expectations of their partners spreads through the network by formal and informal means. The network performs the crucial task of deciding which members are good in standing, and communicating this information to other members. Thus, it becomes an intangible asset carrying a reputation and conferring that reputation upon the agencies in good standing »¹²⁷¹

En fait, dans les groupes de travail comme dans les réseaux transgouvernementaux, la crédibilité de l'engagement est importante. Ainsi, la réputation des participants est au centre des relations sociales, politiques et juridiques. Dans cette perspective, il est normal que chacun cherche à protéger sa réputation en participant activement à l'atteinte d'objectifs collectifs afin d'éviter tout reproche d'avoir contrevenu aux attentes réciproques. Ainsi, les signataires d'ententes non contraignantes sont motivés à respecter leurs engagements et préserver leur réputation auprès de leurs partenaires¹²⁷². Cet engagement proactif est lié à la théorie des jeux.

La soft law et la théorie des jeux — La cohésion de l'ordre juridique rattaché à la *soft law* doit être analysée en fonction de la *théorie des interactions stratégiques*, plus communément appelée la *théorie des jeux*, laquelle s'appuie sur une rationalité économique basée sur des probabilités¹²⁷³. Partant de l'idée que les fonctionnaires-cadres-experts, comme ceux à la direction des autorités maritimes, sont des individus animés d'intérêts propres, une variété de stratégies s'offre à eux pour obtenir des gains à court, moyen ou long terme, et ce, en fonction des coûts et des bénéfices associés au mode d'interactions réciproques¹²⁷⁴. La coopération, la concurrence ou encore la défection sont trois axes stratégiques pouvant être mis en œuvre par les autorités publiques. Normalement, la concurrence et la défection permettent des gains substantiels immédiats puisqu'il est

1271. G. MAJONE, préc., note 851, à la p. 138 ; G. MAJONE, préc., note 476, 273. Pascale Deumier souligne que « la règle spontanée s'établira plus aisément dans les groupes les plus restreints et les plus homogènes » : P. DEUMIER, préc., note 252, n°142, p. 129.

1272. G. MAJONE, préc., note 851, à la page 128 ; C. C. LICHTENSTEIN, préc., note 1232, 1434 ; voir aussi Andrew HURREL, « International Law and the Changing Constitution of International Society », in M. BYERS (ed.), préc., note 537, p. 325, à la page 328.

1273. Voir le Chapitre 2 intitulé « Les rapports entre individus » dans Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2e éd., Paris, Montréal, Dalloz, Éditions Thémis, 2008, p. 40-80. Concernant l'histoire de la théorie des jeux, voir William POUNDSTONE, *Le dilemme du prisonnier : Von Neumann, la théorie des jeux et de la bombe*, Paris, Cassini, 2003.

1274. *Supra*, p. 276 et s.

possible de bénéficier de l'effort collectif sans assumer les contraintes d'une mobilisation des ressources. Par contre, dans une perspective à plus long terme, la coopération sincère entre les organisations est la meilleure solution économique qui puisse émerger d'une situation chaotique. Or, cette dernière avenue est d'autant plus attrayante que les théories contemporaines liées aux relations internationales soumettent que les autorités gouvernementales ne se préoccupent plus seulement de la maximisation de leurs pouvoirs vis-à-vis les homologues étrangers dans un jeu de compétition gagnant/perdant où, dans l'ensemble, la somme des gains et des pertes serait égale à zéro. Dorénavant, ces autorités usent d'une stratégie de coopération afin d'atteindre à plus long terme des objectifs d'intérêts nationaux complexes. Cela s'inscrit dans une logique de gains mutuels selon une perspective gagnant/gagnant. En effet, cette coopération, notamment par l'entremise de réseaux transgouvernementaux, augmente la capacité régulatrice de chacun tout en réduisant les coûts de négociation et de mise en œuvre des traités¹²⁷⁵. Au surplus, la défection dans une relation de coopération – même tacite – se révèle peu avantageuse en raison de la mauvaise réputation et des coûts externes qui en découlent, souvent beaucoup plus importants que les gains immédiats¹²⁷⁶.

La théorie des jeux, notamment avec le dilemme du prisonnier, s'applique à la dynamique interne des réseaux transgouvernementaux. En effet, concernant leurs engagements, c'est un moyen de prédire la réaction de partenaires qui ne sont pas soumis aux mécanismes de renforcement juridique traditionnels. À cet égard, les partenaires fonctionnant en aveugle par rapport à leurs intentions réciproques, ils adoptent un comportement de collaboration sachant qu'il y aura une meilleure situation collective si tous font de même¹²⁷⁷. Par conséquent, au fur à mesure que l'implication de chacun dans le réseau s'accroît, meilleure devient la structure, la conformité aux règles et la cohésion interne. C'est un véritable effet d'entraînement, similaire à un cercle vertueux. Par contre, l'effet inverse peut rapidement menacer l'organisation du réseau. En bref, la cohésion de

1275. Harold H. KOH, « Transnational Legal Process », (1996) *Neb. L. Rev.* 181, 199-200 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 78 ; R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 74 ; R. A. W. RHODES, préc. note 723, 665 ; A. HURREL, préc., note 1272, à la page 328 ; G. MAJONE, préc., note 399, à la page 184. Voir aussi supra p. 282 et s..

1276. G. MAJONE, préc., note 399, à la page 184.

1277. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 400. Voir aussi H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 502.

ce dernier est liée à l'intérêt de chacun à long terme¹²⁷⁸. Notons qu'au plan pratique, l'illustration de la volonté de continuer à coopérer s'apprécie en fonction des interactions entre les membres d'un réseau et même des civilités que ceux-ci entretiennent entre eux afin de toujours améliorer leurs relations. Ceci constitue d'ailleurs une valeur utile à l'établissement de la confiance et de la bonne foi dans un contexte d'incertitude et de dépendance mutuelle¹²⁷⁹. Ainsi, la confiance entre partenaires reste une question de transparence mutuelle.

La nécessité de transparence entre partenaires — Les différences culturelles entre des autorités étrangères existent et celles-ci peuvent susciter une méfiance initiale qui empêche l'émergence d'une dynamique de collaboration :

« Les cultures administratives varient en fonction de la façon dont elles évaluent la légalité des procédures, dont elles permettent la décentralisation des décisions et la délégation des pouvoirs, dont elles effectuent des primes en fonction des résultats réels et selon qu'elles utilisent l'ancienneté ou une évaluation des résultats pour gérer la carrière de leurs agents publics. Ce qui correspond aux normes et à la procédure normale dans une administration, peut paraître trop formaliste et bureaucratique dans une autre, ou encore trop vague ou arbitraire pour constituer une base de collaboration par rapport aux critères d'une troisième administration. La simple cooptation des administrations nationales et des institutions internationales dans le processus réglementaire, sans prendre en compte les différences culturelles existant entre elles, engendre des frustrations, nourrit la méfiance, produisant donc l'effet opposé à celui recherché, à savoir le développement d'un partenariat et d'une coopération. Même s'il est souvent difficile d'extirper les facteurs culturels et les particularismes qui suscitent un climat d'incertitude et de difficultés, s'en abstenir constitue une cause puissante de malentendus et un obstacle à la constitution de relations de travail efficaces. Des principes contradictoires et des préjugés enracinés favorisent l'émergence de doutes et de suspensions sur la fiabilité des autres acteurs participant au processus réglementaire. »¹²⁸⁰

Dans ces conditions, il est important que les partenaires d'un réseau fassent preuve de transparence pour construire et entretenir une relation de confiance mutuelle. Cela permet de contrer les diverses forces centrifuges qui poussent à la dispersion¹²⁸¹.

Intimement liée à la réputation, la transparence renforce la crédibilité de l'engagement réciproque des partenaires. Elle permet à chacun des membres d'un réseau de démontrer à leurs partenaires, même les plus réfractaires, qu'ils se conforment aux règles

1278. J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 189.

1279. J. FREEMAN, préc., note 758, 24 ; L. METCALFE, préc., note 868, à la page 181 ; L. METCALFE, préc., note 731, à la page 65.

1280. L. METCALFE, préc., note 731, à la page 61.

1281. *Id.*, aux pages 64-65 ; J. K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, à la page 119. Voir aussi H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 501.

de coordination. Cette démonstration est utile pour bâtir une relation de confiance surtout lorsque l'interdépendance règne, à savoir que la conformité aux règles est fondée sur la condition de son respect par tous les partenaires impliqués. Conséquemment, la transparence offre l'environnement nécessaire pour démontrer la réciprocité spécifique ou générale. Ainsi, elle inspire l'adhésion et le maintien de la coopération ainsi qu'un engagement à long terme à collaborer¹²⁸². D'ailleurs, la crédibilité des informations échangées est importante puisqu'elle fonde la volonté des acteurs à continuer leur effort de coopération sur une longue période :

« The situation is quite different if the the game is played repeatedly. For exemple, A can inform B that he will begin by asking B's services and will continue doing so as long as B provides high-quality information. The moment that B provides poor or biased information, however, A will never do business with him again. »¹²⁸³.

Soulignant l'importance des canaux de communication qui doivent être établis entre les participants d'un réseau, John Braithwaite mentionne que « pour parvenir à la transparence, un effort réciproque d'information est nécessaire. »¹²⁸⁴ Les mécanismes de partage d'information par les réseaux transgouvernementaux sont utiles lorsque surviennent des divergences.

Atténuation des conflits internes grâce au système des divergences éclairées —

Les mécanismes internes de partage d'information prônés par les réseaux MoU ont un effet dissuasif non seulement à l'endroit d'actions unilatérales prônant le secret et la communication indirecte, mais aussi à l'égard des processus de divergence. D'abord, il va sans dire qu'une autorité partenaire peut difficilement défendre une position arbitraire et non fondée lorsqu'elle est confrontée à des données et des arguments partagés qui contredisent son avis¹²⁸⁵. De plus, une opinion en contradiction avec les renseignements partagés est d'autant plus intenable lorsqu'elle est exprimée au sein d'un cercle réduit de participants qui partagent un contexte similaire. Enfin, les procédures utilisées par les experts fait souvent référence à un vocabulaire précis qui respecte les normes professionnelles du secteur d'activités dans lequel l'information est colligée de façon brute,

1282. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 401, 402 et 416 ; J. K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, à la page 119.

1283. G. MAJONE, préc., note 476, 273.

1284. J. BRAITHWAITE, « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », préc., note 399, à la page 261.

1285. J. FREEMAN, préc., note 758, 23 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 305.

transparente et selon la bonne foi procédurale. De cette manière, l'information reste crédible pour s'imposer à tous¹²⁸⁶. Au surplus, Anne-Marie Slaughter souligne l'importance de l'information dans le processus de « divergence éclairée », laquelle permet d'amenuiser l'importance des désaccords qui peuvent survenir de temps à autre au sein des réseaux : les parties ayant connaissance des éléments invoqués par les partenaires, le potentiel de division et de dispute est réduit au profit d'une dynamique de recherche d'un consensus¹²⁸⁷. Or, ce dernier est d'autant plus facile à trouver s'il est réalisé dans un contexte régional.

Une persuasion accrue lorsque celle-ci s'exerce de manière régionale — Les mécanismes de persuasion et de dissuasion atténuée sont plus efficaces lorsque la socialisation entre partenaires est réduite à un espace régional. Cela est d'autant plus vrai que la cohérence au sein de petits groupes est toujours plus facile à atteindre qu'au sein de groupes élargis intégrant des considérations universelles¹²⁸⁸. Les responsables qui appartiennent à une même région du monde viennent de milieux homogènes ou sont du moins habitués aux cultures administratives de chacun par de fréquentes rencontres dans divers comités internationaux. Les liens entre les membres d'une communauté épistémique provenant d'une même région sont plus étroits¹²⁸⁹. La motivation à coopérer avec leurs homologues régionaux est exacerbée en raison d'un sentiment d'appartenance renforcé et de la peur d'une marginalisation à bien des égards¹²⁹⁰. Dans le contexte d'un partenariat régional, comme celui des MoU, les coûts d'une défection sont considérables. Autrement dit, les pressions exercées par l'engagement dans une entente régionale non contraignante de coopération sont d'autant plus puissantes qu'elles sont sélectives : les récalcitrants sont ostracisés alors que ceux qui souhaitent coopérer sont invités dans un cercle décisionnel déjà très intime. Pour les responsables d'autorités gouvernementales faisant partie d'un réseau transgouvernemental régional, la conformité aux normes générées par ce dernier est une véritable source de préoccupation¹²⁹¹. Ainsi, la régionalisation fait en sorte que les

1286. R. O. KEOHANE et J. S. NYE, préc., note 956, 92. Cela rejoint d'ailleurs les questions entourant le langage commun au sein des communautés épistémiques : voir *supra*, p. 261 et s.

1287. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 181; K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 745.

1288. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 199.

1289. Voir *supra*, p. 279

1290. *Infra*, p. 361

1291. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 314.

relations entre les États se fondent plutôt sur un effort de persuasion¹²⁹². En l'espèce, pour les responsables des autorités maritimes d'États portuaires, les MoU sont des instruments régionaux non contraignants qui incarnent une stratégie de coopération à long terme afin d'exercer de meilleurs contrôles sécuritaires des navires.

L'exercice de la persuasion entre les membres de MoU — Les MoU sur le contrôle sécuritaire des navires par l'État portuaire n'existent qu'avec le consensus des autorités administratives participantes. Ils représentent donc concrètement l'engagement à mettre en œuvre les mesures convenues même si elles ne relèvent d'aucune obligation légale¹²⁹³. Les processus d'élaboration, de signature et de renforcement des MoU se fondent sur le caractère normatif de la *soft law*, lequel est propice à l'établissement d'une véritable relation de confiance entre des partenaires qui ont l'occasion, à tout moment, d'évaluer le sérieux de l'engagement de chacun à vouloir mettre en œuvre les mesures convenues aux fins de l'entreprise commune. Dans cette démarche collective, la persuasion liée aux perspectives d'une économie d'échelle et la dissuasion atténuée associée au risque de marginalisation de chaque participant en raison de sa mauvaise réputation forment le « moteur » de la dynamique normative de ces ententes. Cela est d'autant plus vrai qu'aucune mesure juridique répressive ne s'exerce sur les membres du réseau, qui sont libres de cesser, individuellement ou collectivement, de coopérer¹²⁹⁴. En fait, la marginalisation d'une autorité maritime membre serait un retrait *de facto* des avantages associés au réseau. Ainsi, les représentants des autorités maritimes ont la volonté de fournir un effort crédible pour atteindre une efficacité démonstrative du contrôle sécuritaire des navires afin de mieux préserver leur réputation ainsi que celle de leur organisation¹²⁹⁵. Or, « they cannot withdraw from the global networks because outside these networks there is only marginality, yet they can and do act within and upon them in a variety of ways, determined by the resources they have at their disposal, accumulated in the course of their history. »¹²⁹⁶. Forcément, la marginalité pour un État comme pour ses représentants, c'est la « damnation infernale », surtout lors de la tenue de conférences internationales. Ainsi, une

1292. B. HETTNE, préc., note 890, à la page 162.

1293. J. FREEMAN, préc., note 758, 23.

1294. Cet aspect est moins vrai pour le Paris MoU dont la grande majorité des autorités membres sont maintenant soumises aux directives européennes : voir supra, p. 460 et s.

1295. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 312

1296. F. STADLER, préc., note 722, p. 118 ; K. BENYEKHLIF, préc., note 405, p. 720-721.

telle exclusion devient une sanction dissuasive puisque « [ê]tre exclu du réseau, c'est être exclu des canaux d'informations et se condamner alors au quart-monde, au trou noir de la non-information »¹²⁹⁷. Cela confirme l'idée que le pragmatisme est une variable sur laquelle la *soft law* impose un ordre normatif, un ordre quasi juridique.

Section 3 La *soft law* comme ordre juridique souple axé sur le pragmatisme

La *soft law* est non seulement associé à un processus de développement du droit positif au sens d'un pré-droit, mais il permet, du même coup, aux États de bénéficier d'une discrétion d'action et d'une marge de manoeuvre à l'égard du processus de négociation et d'application du droit international. Les mécanismes de renforcement des normes liés à la *soft law* sont parfois plus efficaces que ceux relevant du droit traditionnel.

L'absence des contraintes liée à la validité légale — L'atout principal des ententes non contraignantes est de permettre aux parties de préciser leurs engagements sans que l'instrument lui-même établisse une obligation juridique à leur endroit¹²⁹⁸. En effet, des instruments comme les MoU, n'ayant aucune valeur légale au sens strict¹²⁹⁹, n'ont pas à répondre aux exigences de la notion de validité juridique propre à ce qui s'entend du concept traditionnel de droit positif. En outre, aucune ratification n'est exigée pour qu'il soit mis en œuvre ou être amendé¹³⁰⁰. Au surplus, le document n'a pas à être enregistré auprès des instances de l'ONU conformément à l'article 102 de la *Charte des Nations Unies*¹³⁰¹. Objectivement, la *soft law* mise souvent sur l'ambiguïté de son statut d'instrument non juridique, s'appuyant plutôt sur un sentiment d'appartenance qui existe au

1297. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 727-728.

1298. A. AUST, préc., note 1183, 794.

1299. Anne-Marie SLAUGHTER, « A Liberal Theory of International Law », (2000) 94 *Am. Soc'y Int'l L. Proc* 240, 245. Dans le même passage, Anne-Marie Slaughter précise que des organisations comme le Comité de Basle, l'IOSC et l'Association of Insurance Supervisors (AIS) utilisent la formule des mémorandums d'entente. Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1177, aux pages 179 et 190 ; P. G. TEIXEIRA, préc., note 799, 324.

1300. A. E. BOYLE, préc., note 906, 903.

1301. *Charte des nations unies*, préc., note 39 ; A. AUST, préc., note 1183, 789-791 ; C. CHINKIN, préc., note 1268, à la page 26.

sein d'organisations de coopération, tel que décrit tout juste précédemment¹³⁰². Les ententes relevant de la *soft law* deviennent l'expression d'une volonté de rendre plus aisée leur modification ou encore permettre d'y mettre un terme¹³⁰³.

Par ailleurs, si les règles établies selon un cadre de la *soft law* peuvent, à terme, se transformer en une règle reconnue en droit positif¹³⁰⁴, cette transformation n'est pas automatique puisque la souplesse du modèle est parfois un avantage que les parties souhaitent exploiter quant à la gestion de leur relation¹³⁰⁵. À cet égard, Isabelle Duplessis souligne qu'il s'agit d'une structure propice aux ajustements des règles afin de mieux répondre à la complexification de l'ordre juridique international :

« *A priori*, la *soft law* semble être une réponse sociale et juridique à la complexification de l'ordre international. D'une part, elle constitue un mode de régulation incontournable pour une société mondialisée à risque, dont les liens de solidarité demeurent distendus, alors que certains acteurs qui la composent désirent néanmoins coopérer plus étroitement. D'autre part, elle bénéficie d'un mode d'ajustement propre au système juridique lui permettant de tenir compte des modifications entraînées par la complexité croissante de l'ordre international dans un contexte décentralisé, c'est-à-dire dépourvu d'une autorité exclusive qui donne, interprète et garantit l'application de la loi au moyen de la force si nécessaire. »¹³⁰⁶

Ainsi, les instruments non contraignants répondent aux besoins des autorités étatiques de manifester un engagement tout en ayant la possibilité de modifier celui-ci ou de s'en retirer si les conditions deviennent pernicieuses à leur endroit, que ce soit en raison de changement des conditions extérieures, de réticences à engager immédiatement les ressources nécessaires et significatives pour mettre en œuvre leurs engagements, des craintes qu'elles ne soient pas habilitées à s'engager en regard de la législation nationale ou encore que les autorités législatives n'aient pas la volonté de s'y engager¹³⁰⁷. Les caractéristiques d'instruments relevant de la *soft law* répondent aux nouvelles lacunes sécuritaires des secteurs d'activités globalisés. En outre, l'absence de ratification, la rapidité de mise en vigueur ainsi que la souplesse d'application et d'amendement offrent aux partenaires d'instruments comme les MoU la possibilité de viser des objectifs ambitieux et

1302. S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 165-166 ; K. ABBOTT et D. SNIDAL, préc., note 1159, 422-423 ; E. BROWN WEISS, préc., note 1184, à la page 3.

1303. C. CHINKIN, préc., note 1268, à la page 26 ; C. M. CHINKIN préc., note 40, 860 ; H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 504.

1304. V. LOWE, préc., note 866, à la page 209 ; E. BROWN WEISS, préc., note 1184, à la page 5.

1305. K. ABBOTT et D. SNIDAL, préc., note 1159, 447.

1306. I. DUPLESSIS, préc., note 40, 248.

1307. E. BROWN WEISS, préc., note 1184, à la page 5 ; voir aussi H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 501 et 510.

mettre de l'avant des méthodes expérimentales¹³⁰⁸. Ainsi, les instruments relevant de la *soft law* favorisent une coopération accrue.

La soft law permet d'éviter que la coopération entre États s'arrête au plus petit dénominateur commun — Nous l'avons constaté, les conventions internationales ont l'inconvénient de limiter leur portée normative au plus petit dénominateur commun¹³⁰⁹. L'absence de contraintes légales et les coûts de négociation réduits font des instruments de la *soft law* un processus normatif alternatif qui peut se révéler efficace¹³¹⁰ :

« Indiscutablement, son avantage est d'offrir aux acteurs internationaux une plus grande flexibilité par rapport aux sources traditionnelles du droit comme le traité et la coutume. De manière générale, l'instrument souple est plus rapide à négocier qu'un traité. En amont, il évite la procédure de ratification des traités par les branches législatives nationales. Les difficultés constitutionnelles relatives à la sphère interne de chaque pays ne constituent donc pas une épée de Damoclès au plan international et ne freinent ni les négociations ni les concessions entre les États parties. En outre, une fois adopté, l'instrument de *soft law* est susceptible d'être révisé ou amendé rapidement, dans un contexte où les comportements normatifs doivent répondre tôt ou tard aux transformations de l'ordre social. Enfin, il est toujours plus facile de s'en retirer ou d'y mettre fin sans encombre. »¹³¹¹

La *soft law* permet donc aux États de négocier et d'exprimer la volonté de s'engager sur des objectifs de régulation clairs et ambitieux dans un processus élargi et volontaire¹³¹². De plus, les enjeux d'une entente ne sont pas limités par des conflits idéologiques : « L'approche se veut pragmatique et rejette toute inclination idéologique qui ne peut manquer de poindre derrière la question du modèle normatif et régulateur à suivre »¹³¹³.

À cet égard, il ne faut pas oublier que l'émergence du contrôle par l'État portuaire est la conséquence d'un compromis entre les États du pavillon et les États côtiers pour permettre indirectement à ces derniers d'exercer de nouvelles prérogatives d'inspection sur les navires commerciaux en escale¹³¹⁴. Dépasant le concept d'un contrôle unilatéral, les

1308. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 423 ; E. BROWN WEISS, préc., note 1184. à la page 6.

1309. *Supra*, p. 249.

1310. K. ABBOTT et D. SNIDAL, préc., note 1159, 434 ; K. RAUSTIALA, préc., note 451, 424 et 430. Il faut ajouter que la réduction des enjeux au plus petit dénominateur commun est aussi tributaire du nombre d'états impliqués dans le processus de négociation. En effet, les risques de blocage augmentent avec le nombre de participants : J. R. MACEY, préc., note 409, 1374 ; D. K. TARULLO, préc., note 752 105, 111 ; A. E. BOYLE, préc., note 906, 912 ; E. BROWN WEISS, préc., note 1184. aux pages 5 et 6.

1311. I. DUPLESSIS, préc., note 40, 250.

1312. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 425 ; A. E. BOYLE, préc., note 906, 902-903 ; R. L. JR WILLIAMSON, préc. note 1226, 63 ; S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 149 ; H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 506.

1313. K. BENYKHELF, préc., note 405, p. 747.

1314. *Supra* p. 77.

MoU ont mis en place des mécanismes de coopération précis et ambitieux afin de contrer le phénomène de concurrence, de course vers le fond ainsi que de complaisance.

Par contre, il faut souligner que l'usage de la *soft law* peut avoir l'inconvénient de complexifier les mesures normatives mises de l'avant. En effet, comme le dit si bien Philippe Boisson, « débarassée de tout caractère contraignant, la réglementation est plus facilement adoptée au niveau international. Son auteur n'hésite donc pas à la compliquer avec un luxe de détails, à la densifier au point de devenir obscure et incompréhensible pour les intéressés »¹³¹⁵. Il faut dire que les règles techniques non contraignantes deviennent l'enjeu d'expérimentations diverses. Mais, c'est aussi là le moyen d'éprouver des modèles d'intervention et d'écarter les incertitudes intrinsèques à ceux-ci.

La soft law comme moyen d'éprouver des méthodes de régulation qui comportent encore des incertitudes — La *soft law* peut être privilégié lorsqu'il existe des incertitudes quant à la mise en œuvre d'une entente de coopération. Plutôt que de voir cette incertitude affaiblir et menacer la structure régulatrice envisagée, les ententes non contraignantes permettent d'user de souplesse pour adapter dans la pratique des mesures de régulation théoriques et scientifiques. Les coûts de transaction, d'incertitude, de souveraineté ainsi que des divergences entre partenaires sont ainsi réduits¹³¹⁶. Grâce à la *soft law*, les normes novatrices, mais qui sont encore peu éprouvées ou qui restent controversées, peuvent être mises de l'avant aux fins d'essai :

« L'instrument de *soft law* voit ses chances renforcées d'être utilisé dans les matières où la complexité naturelle et sociale défie nos catégories usuelles et nos capacités décisionnelles. Il permet de faire approuver des normes sur des sujets encore incertains, fortement dépendants des avancées techniques, ou dont la validité scientifique est discutée. Un instrument souple peut également faciliter l'adoption d'une norme sur un sujet controversé politiquement et qui rencontre des résistances de la part de certains États ou groupes de pression à l'intérieur des États. »¹³¹⁷

Ainsi, les réseaux transgouvernementaux se proposent de trouver de nouvelles mesures de régulation tout en évitant leur politisation, et ce, grâce à la voie normative de la *soft law*¹³¹⁸. En l'espèce, les MoU ont l'avantage d'offrir un cadre formel à la procédure d'inspection sécuritaire des navires tout en prévoyant une structure institutionnelle souple

1315. P. BOISSON, *préc.*, note 3, n° 310, p. 167.

1316. K. RAUSTIALA, *préc.*, note 451, 426 ; K. ABBOTT et D. SNIDAL, *préc.*, note 1159, 422-423 et 444.

1317. I. DUPLESSIS, *préc.*, note 40, 251.

1318. A. E. BOYLE, *préc.*, note 906, 903. Voir aussi *supra*, p. 362, 365 et 407.

autorisant les adaptations nécessaires¹³¹⁹. C'est d'ailleurs cette structure qui a permis à ces réseaux, plus particulièrement au Paris MoU, d'élaborer, de développer et d'institutionnaliser des outils de coordination comme les centres informatiques, les sites Internet, les comités, les échanges avec les autres organisations, les procédures d'inspections et de ciblage, les listes noires, blanches et grises, les instances d'appel ou encore le code de conduite des inspecteurs. Autrement dit, avec toutes ces transformations, le Paris MoU n'est pas une organisation comparable à celle d'origine. La multiplication et le raffinement de ses mécanismes d'intervention sont le résultat d'une réponse immédiate aux besoins apparus au fur et à mesure du fonctionnement de ce réseau, au gré de nouvelles expériences. Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer qu'au niveau des ressources nécessaires aux essais, les instruments de la *soft law* permettent de répartir équitablement l'effort de régulation entre les partenaires.

La soft law permet une distribution équitable de l'effort de régulation entre les États partenaires — Les conventions internationales qui répondent aux préoccupations de pays développés suscitent souvent la démobilisation des pays plus pauvres, en raison notamment des ressources qu'ils doivent mobiliser pour s'acquitter de leurs engagements internationaux¹³²⁰. Or, la *soft law* est une formule normative qui offre la souplesse nécessaire pour permettre la modulation des objectifs de chacun des partenaires. De cette manière, la mise en œuvre des normes s'en trouve facilitée et accélérée grâce à la participation proactive de tous les partenaires, même les plus défavorisés¹³²¹. Autrement dit, pour des autorités étatiques qui souhaitent véritablement participer à un effort de régulation collectif, la modulation des objectifs selon le principe d'équité leur assure la possibilité d'exercer des prérogatives sans craindre d'engager inutilement des ressources déjà limitées qui n'atteindraient pas des objectifs uniformes et dont le défaut engendrerait inévitablement des critiques. Ainsi, la *soft law* est une formule de coopération équitable quant à la mobilisation des moyens de chacun des partenaires¹³²².

1319. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 22-23.

1320. *Supra*, p. 247-249.

1321. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 427 ; K. ABBOTT et D. SNIDAL, préc., note 1159, 444.

1322. A. E. BOYLE, préc., note 906, 912 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 293.

En l'espèce, les MoU sur le contrôle par l'État portuaire modulent de différentes manières les objectifs de contrôle. En effet, le caractère régional de ces ententes permet de regrouper des États qui partagent des moyens et des intérêts similaires. Ainsi, au plan quantitatif, les quotas du Paris MoU et du Tokyo MoU impliquant des États développés sont plus ambitieux que ceux des autres MoU¹³²³. Au plan qualitatif, la portée des MoU est aussi différente d'une région à l'autre, notamment à l'égard des conventions sécuritaires que ceux-ci couvrent. Le Paris MoU s'efforce de décrire précisément les règles d'inspection, de faire respecter le plus grand nombre de conventions sécuritaires en intégrant les plus récentes alors que l'Accord de Viña del Mar (et le C MoU) décrit peu le processus d'inspection et délaisse des conventions essentielles comme celles venant de l'OIT¹³²⁴. Au sein même des MoU, les objectifs quant à l'effort de contrôle sont modulés. À cet égard, le Tokyo MoU est certainement le meilleur exemple puisque les autorités membres ont su déterminer un quota collectif d'inspections sans préciser qu'il devait être réalisé par chacune des autorités. Par conséquent, les États les plus développés de la région, comme la Russie, le Japon, la Corée, Singapour, l'Australie ou encore la Nouvelle-Zélande, réalisent un grand nombre d'inspections qui augmentent la moyenne collective compensant du coup la proportion plus réduite d'inspections menées par les autorités venant de pays en voie de développement¹³²⁵. Par ailleurs, la distinction entre les États n'est pas seulement économique, elle est aussi politique. Or, la soft law constitue un moyen pour des autorités d'établir une coordination avec des autorités d'États ou de régimes non reconnus ou faisant l'objet de conflits.

La soft law comme moyen de coopérer avec des États indésirables — La soft law est suffisamment souple pour permettre une coopération inclusive même envers les pays qui ne respectent pas nécessairement les principes juridiques faisant de ceux-ci des États de droit. Ainsi, des pays jugés non démocratiques peuvent accepter un engagement qui relève essentiellement de la sphère politique avec lequel ils sont plus à l'aise et cela sans entamer leurs prérogatives souveraines sur lesquelles se fonde leur régime. Il est aussi possible de

1323. *Supra*, p. 305.

1324. *Supra*, p. 311 et s.

1325. *Infra*, p. 421.

coordonner des politiques de régulation entre des États en situation conflictuelle afin de faire primer les objectifs d'intérêts communs¹³²⁶.

Dans une perspective régionale, comme dans le cas des MoU, cet aspect est important puisque des pays voisins doivent s'entendre sur des objectifs commun de régulation alors que le débat est parfois empreint de conflits ouverts. Le Med MoU illustre très bien cette dynamique, puisque cette entente de coordination réunit dans un même réseau les États arabes de la région et Israël. Malgré l'existence de relations tendues ou même hostiles entre ce dernier et ses partenaires arabes à l'échelle internationale, la coordination de leurs efforts de contrôle sécuritaire des navires commerciaux doit rester fonctionnelle. Dans la même veine, le Myanmar est un membre reconnu de l'IO MoU, or il s'agit d'un État dirigé par une junte militaire laquelle est souvent dénoncée par la communauté internationale, notamment les pays voisins. Il faut donc retenir que le cadre purement administratif des MoU permet la communication et la coordination entre des autorités maritimes d'États n'entretenant pas ou peu de relations diplomatiques.

Conclusions sur la soft law — Les MoU sur le contrôle par l'État portuaire établissent de véritables normes interstitielles de sécurité maritime qui relèvent de la *soft law*. Cela est conforme au modèle évolutionniste associé à la théorie de la régulation avancée par Chemiller-Gendreau selon laquelle un processus de transformation lent et continu est généralement privilégié à la violence d'une rupture révolutionnaire. Autrement dit, « [l]a rencontre d'un droit mou et de la régulation se fait à la fois sur l'effritement des formes et sur la perte des valeurs »¹³²⁷. D'ailleurs, d'un point de vue normatif, la *soft law* comme le *hard law* international se valent dans la mesure où leur existence est une question de fait. En effet, même en *hard law*, lorsque cette coopération diminue ou cesse, il est souvent difficile d'exiger des tribunaux qu'ils fassent respecter un traité, sans compter les coûts et les conséquences politiques associés à cette procédure¹³²⁸. Si certains juristes

1326. K. ABBOTT et D. SNIDAL, préc., note 1159, 435-439 et 445 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 293 ; H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 501.

1327. M. CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, à la page 69.

1328. H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 502. À cet égard, Christine Chinkin souligne que des juristes se confinent à l'approche binaire droit/non-droit et rejettent le caractère juridique d'instruments non contraignants alléguant leur lacune à l'égard des objectifs de stabilité et de certitude du droit : C. CHINKIN, préc., note 1268, à la page 23. Edith Brown Weiss s'interroge sur la différence dans la pratique entre les accords internationaux qui sont contraignants et ceux qui ne le sont pas. Elle

internationaux ne peuvent concevoir la *soft law* dans une perspective juridique¹³²⁹, d'autres justifient son existence comme une étape normative intérimaire de renforcement pour atteindre ultimement la légalisation, tel un droit en gestation¹³³⁰. La *soft law* peut aussi constituer un régime juridique novateur en soit :

« [L]a *soft law* peut annoncer le droit de demain et tracer pour les États le chemin vers l'adoption d'obligations juridiques contraignantes conventionnelles et coutumières. Elle se rapproche ici d'un droit en gestation, contestataire de l'ordre juridique international positif et qui veut se substituer à lui, comme l'exemple des résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies a pu le prouver par le passé. Mais, la *soft law* n'a pas toujours la prétention de réviser le droit positif ou de se substituer à lui. Elle peut aussi être considérée comme une forme alternative et avantageuse de régulation internationale et n'entend pas se développer en instrument de *hard law*. »¹³³¹

La *soft law* peut aussi faire l'objet d'inquiétudes quant à sa participation à l'égard d'un étiolement du droit international :

« On s'est plu à mettre en évidence que l'existence de *soft law* révélait une certaine situation politique de la société internationale de plus en plus éclatée et complexe, soumise aux accélérations de l'histoire, et ayant besoin d'instruments plus flexibles, susceptibles de donner une expression normative à des domaines où les sources traditionnelles s'avéraient inadaptées. On s'est plu ensuite à récupérer ces normes molles pour le monde du droit, en cassant l'équation positiviste : juridique = obligatoire, le reste relevant de la morale. [...] Mais, il y a aussi des aspects inquiétants. Au lieu de rester une normativité de rechange pour certains domaines où le droit dur ne saurait pénétrer d'emblée, le *soft law* s'est étendu à toutes les sources du droit international en diluant ainsi sa normativité totale. [...] Dans la mesure où ces évolutions dépassent le nécessaire et servent à maintenir partout des marges de manœuvre politiques, incompatibles avec la certitude de l'injonction juridique, elles affaiblissent le droit international. »¹³³²

Ainsi, les MoU qui mettent en œuvre des mécanismes de renforcement normatif relevant de la dynamique de la *soft law* ont été le moyen d'accroître la prérogative de contrôle des États portuaires à bord de navires en escale, reconnue par la CNUDM. En

souligne que l'argument de juristes qui allèguent la différence à l'égard des remèdes puisque les accords légaux peuvent faire l'objet d'une décision d'instance d'adjudication judiciaire ou quasi judiciaire alors que ce n'est pas le cas pour les ententes non contraignantes. Par contre, des politologues spécialisés en relations internationales seraient, selon elle, d'avis qu'il n'y a pas de différence significative quant à la soumission des parties qui pousse au respect de la règle : E. BROWN WEISS, préc., note 1184. à la page 6.

1329. Plusieurs arguments sont invoqués à savoir qu'une règle ne peut être moins légale qu'une autre, que le *soft law* ne soit pas supporté par les pratiques d'État ou d'instances judiciaires ou encore que cette notion induise une valeur inférieure : M. FITZMAURICE et O. ELIAS, préc.note 1219, p. 36 ; Göran LYSEN, « The Joint Declaration by EEC and CMEA », (1989) 14 *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 369, 376.
1330. K. ABBOTT et D. SNIDAL, préc., note 1159, 422 ; I. DUPLESSIS, préc., note 40, 258 ; H. HILLGENBERG, préc., note 1227, 502 ; A. E. BOYLE, préc., note 906, 904 ; M. FITZMAURICE et O. ELIAS, préc.note 1219, p. 42.
1331. I. DUPLESSIS, préc., note 40, 258. Voir aussi A. E. BOYLE, préc., note 906, 904 ; M. FITZMAURICE et O. ELIAS, préc.note 1219, p. 42.
1332. Robert KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 58.

effet, le développement d'instruments contraignants a permis d'inspirer une participation proactive aux contrôles des États portuaires impliqués en enrayant le processus de « port shopping », de course vers le fond ainsi que de complaisance. Néanmoins, il est vrai que, d'un point de vue juridique, la légitimité des MoU reste discutable en raison de leur caractère compromissaire : « the critique of soft law has been directed mainly towards its lack of binding force and the resulting political compromise »¹³³³. Le manque de légitimité est d'autant plus criant que les moyens de dissuasion atténuée fondés sur la dénonciation publique deviennent dans les faits une forme de coercition par l'aliénation qui vient s'exercer à l'endroit du navire fautif surtout envers les armateurs dont les navires sont soumis au contrôle sécuritaire. Ici, le *soft power* devient une forme cachée de *hard power*. Face à cette forme de coercition non juridique, la mise en œuvre de ce type de mesures devrait être confrontée aux principes de protection juridique contre les actions publiques¹³³⁴.

1333. S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 166 . voir aussi Pierre Marie DUPUY dans l'article G. F. HANDL, préc., note 1228. 371, 385.

1334. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, aux pages 534 et 535.

Chapitre 2

Les réseaux MoU confrontés aux principes juridiques fondamentaux

Par l'entremise de la soft law, les réseaux transgouvernementaux, comme les MoU, bouleversent l'ordre international établi en mettant de l'avant des normes interstitielles. Cette normativité alternative rend nécessaire de vérifier la légitimité de ces procédés en regard des principes démocratiques, de la transparence et de la prédictibilité juridique.

Section 1 Les réseaux transgouvernementaux comme entrave au respect des principes démocratiques

La normalisation par la gouvernance globale occasionne une multiplication des régulateurs laquelle engendre une « dépossession normative de l'État qui [...] ébranle les fondements mêmes de l'État de droit »¹³³⁵. De plus, la globalisation et l'effritement de la souveraineté étatique qu'elle entraîne profitent aux institutions subétatiques qui travaillent en réseau. Or, ces dernières tendent par ce moyen à se soustraire des contrôles démocratiques. *Ipsa facto*, les réseaux transgouvernementaux comme les MoU ont la possibilité d'échapper à l'emprise des instances démocratiques des États. En fait, comme nous le verrons immédiatement, ces dernières sont confrontées à la dépossession des enjeux politiques, au manque d'imputabilité des réseaux et même au risque de conspiration bureau-technocratique, et ce, même si les réseaux participent au rayonnement du système démocratique.

Sous-section 1 Le dépouillement des enjeux politiques

Les autorités gouvernementales, nous l'avons constaté, bénéficient d'autonomie à l'égard des enjeux politiques¹³³⁶. Il en découle que les activités des réseaux

1335. G. DUFOUR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 497.

1336. *Supra*, p. 232 et s.

transgouvernementaux sont peu politisées : « These networks operate in perfectly depoliticized world, in which like-minded, and similarly trained, officials can reinforced their common perceptions and professional norms in reaching a consensus about how to address common problems, from rising interest rates to the enforcement [...] »¹³³⁷. Par conséquent, les normes issues des réseaux transgouvernementaux ont l'avantage d'être dépouillées d'enjeux politiques nationaux qui orientent les stratégies des politiciens lorsqu'ils occupent la scène internationale¹³³⁸. Il faut dire que la légitimité des mesures prises par les réseaux se fondent d'abord sur l'expertise des spécialistes du domaine.

Des normes de coordination fondées sur la légitimité de l'expertise plutôt que celle de la démocratie — Faute d'un processus de « positivisation » démocratique exprimé à l'échelle internationale, les normes interstitielles qui sont élaborées en l'espèce souffrent d'un déficit démocratique qui menacerait leur légitimité¹³³⁹. En fait, compte tenu de l'imprévisibilité du processus de formation, ces normes de coordination internes sous-tendent un manque de publicité au sein des populations et par conséquent l'absence d'une capacité de mobilisation de ces dernière à leur endroit¹³⁴⁰. Néanmoins, le manque de légitimité n'est pas absolu, au contraire. La mesure s'appuie d'avantage sur l'expertise nécessaire pour répondre aux problèmes complexes et actuels. Nous pourrions qualifier ce processus normatif de « positivisation éclairée ». Mais, en s'appuyant sur leur expertise, les fonctionnaires-experts sont en mesure de contrôler l'information, d'investir le champ politique et d'influencer l'orientation de la gouvernance :

« Because the structured decisionmaking process should rely on the accumulation and assessment of data, decisions would involve less-politicized personnel. Scientists would process the data, thereby providing common ground that politicians could not avoid in their deliberations. These institutions would have their own bureaucracy who would in turn identify the institution's success and reputation with their own. As transnational bureaucrats inevitably try to extend their powers, they will naturally push more intensified cooperation. The information disseminated to the general public will constrain the range of options open to the politicians on the board, and operate as check on their choices. »¹³⁴¹

Comme quoi la perversion d'une telle approche réside dans le risque que les mesures de régulation mises de l'avant par des communautés épistémiques suivent une

1337. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 257. Voir aussi K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 750.

1338. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 41.

1339. G. MAJONE, préc., note 851, à la p. 143 ; O. LOBEL, préc., note 541, 360 ; G. TEUBNER, préc., note 437, à la page 77.

1340. G. DUFOR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 497-499.

1341. E. BENVENISTI, préc., note 54, 206.

logique autosuffisante : « [c]omplètement déconnecté[e]s des réalités, ces officiels ne sont que trop rarement confrontés à d'autres points de vue, d'autres idées ou certains types d'information qui leur permettraient d'élargir le cadre de leur analyse avant de prendre une décision »¹³⁴². De plus, la nature souple, mais informelle d'un tel système normatif, soustrait les enjeux politiques des contraintes démocratiques présentes au sein d'organisations internationales, tels que les processus de représentation, de négociation et de vote. Enfin, soulignons cette idée que les pays en voie de développement qui, par leur nombre toujours croissant, commençaient à bénéficier du cadre multilatéral traditionnel des organisations internationales, pourraient à nouveau être en situation de vulnérabilité au plan de la politique internationale. En effet, ces systèmes normatifs alternatifs axée sur l'expertise tendrait à exclure ces États des nouveaux cercles de décideurs privilégiés qui dirige les mécanismes de gouvernance globale. En bref, sur plusieurs aspect, la valeur démocratique des réseaux transgouvernementaux devient discutable¹³⁴³.

En l'espèce, les MoU n'ont pas à se soucier de légitimer l'existence ou les activités de leur organisation en fonction d'impératifs démocratiques. En effet, mis à part les rares moments où les manchettes médiatiques relatent les catastrophes maritimes ou les cas d'exploitation de marins, la sécurité maritime n'est pas un sujet qui suscite d'emblée l'intérêt public. En fait, les citoyens sont d'autant moins interpellés par les MoU que le contrôle qu'ils mettent en œuvre est préventif et s'adresse précisément aux armateurs. Au surplus, les pavillons de complaisance généralement critiqués d'agir de manière irresponsable ne suscitent pas la sympathie même s'il s'agit de pays en voie de développement. Évidemment, les mesures de contrôle qui sont mises en œuvre par les MoU, restent, pour les populations, l'objet d'une préoccupations limitée, sinon nulle¹³⁴⁴. Cela est d'autant plus vrai que l'absence de légitimité démocratique des mesures qu'ils mettent de l'avant est largement compensée par les perspectives d'amélioration de la qualité du contrôle de la sécurité comme les experts du milieu l'allèguent. Il reste que les

1342. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 750.

1343. *Id.*, p. 750 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 258 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 5.

1344. En guise de comparaison, mentionnons que cette situation serait probablement inversée s'il s'agissait de réseaux transgouvernementaux d'enquête sur les informations personnelles d'individus comme dans les cas de questions entourant la sécurité nationale, le terrorisme, la criminalité, ou encore la fiscalité ou même la finance. En effet, depuis l'attentat du 11 septembre 2001, les questions des droits et libertés entourant les enjeux sécuritaires font l'objet d'une préoccupation grandissante non seulement auprès des communautés de juristes, mais aussi auprès des justiciables en général.

MoU comme instrument d'autorité publique devraient néanmoins rester sous l'emprise d'institutions politiques étatiques. Or, un problème d'imputabilité se pose de manière aiguë.

Sous-section 2 Le manque d'imputabilité des réseaux transgouvernementaux

L'imputabilité est une notion qui découle des principes démocratiques. Compte tenu des nouveaux enjeux avancés par les réseaux, il faut se demander si ces derniers sont susceptibles de faire l'objet de contrôle politique et démocratique tant à l'égard des éléments qui les composent que de leur intégralité.

L'imputabilité sans prétention des autorités en raison d'un contrôle hiérarchique limité — Les autorités gouvernementales emploient des fonctionnaires non élus qui agissent à l'intérieur d'un processus de comitologie¹³⁴⁵. Or, de prime à bord, cela est suspect au sens de la légitimité démocratique¹³⁴⁶. Toutefois, ces activités s'inscrivent dans le champ discrétionnaire prévu par les lois, décrets ou règlement qui prévoit l'institution de l'autorité gouvernementale. Ce cadre législatif précise d'ailleurs leurs prérogatives et autorise le contrôle politique par les élus. En effet, les activités des fonctionnaires peuvent être évaluées dans le cadre d'une hiérarchie ministérielle ainsi que par l'entremise de commissions d'enquête parlementaires ou sénatoriales dans lesquelles les fonctionnaires peuvent être appelés à témoigner¹³⁴⁷. Mais il faut retenir que les fonctionnaires-experts qui agissent par l'entremise d'un réseau transgouvernemental réalisent des activités qui relèvent d'un nouveau champ d'autorité transnational¹³⁴⁸. Dans ce contexte, la surveillance politique tend à s'étioler surtout lorsque cela concerne l'expertise technique. En effet, les politiciens ont rarement les connaissances requises pour traiter du dossier d'où, rappelons-le, l'octroi de prérogatives discrétionnaires¹³⁴⁹. Or, si des fonctionnaires peuvent orienter la

1345. *Supra*, p. 271.

1346. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 145 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 28 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 750.

1347. G. MAJONE, préc., note 851, à la p. 144 ; G. MAJONE, préc., note 692, 159 ; G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 98. Voir aussi *supra*, p. 234 et s.

1348. M. HEWSON et T. SINCLAIR, préc., note 530, aux pages 10 et 11.

1349. T. D. RAKOFF, préc., note 854, 171. *Infra*, p. 232 et s. En outre, l'expertise des fonctionnaires parfois déçoit et mine la confiance d'élus confrontés à l'élaboration de règles spontanées :

« Le crédit habituellement accordé naguère à l'expertise scientifique est aujourd'hui entamé, non seulement par la complexité, l'incertitude et les risques croissants engendrés

gouvernance de l'État en lieu et place des instances politiques, ceux-ci devraient, conformément aux principes démocratiques, être imputables¹³⁵⁰. Mais, le manque d'imputabilité devient criant lorsque les activités s'inscrivent dans le cadre de relations transgouvernementales.

Des activités de coordination transnationale qui esquivent le principe d'imputabilité — Le personnel des autorités maritimes peut difficilement être tenu responsable des activités décidées par l'ensemble d'un réseau transgouvernemental, ou pis encore, de celles réalisées par les partenaires étrangers¹³⁵¹. Cela est d'autant plus vrai que par le jeu de la souveraineté, les autorités maritimes ne sont pas contraignables aux fins de leur témoignage devant une commission parlementaire ou une commission d'enquête étrangère¹³⁵². Au surplus, il faut considérer que le simple partage d'information aux fins

par les transformations sociales, économiques et technologiques sur lesquels elle bute, mais encore par la déception des décideurs devant l'incapacité des experts de fournir des avis qui rétrécissent l'éventail des risques et des aléas, et par la prise de conscience dans l'opinion que l'expertise scientifique ne consiste pas simplement à éclairer et à guider l'élaboration des politiques publiques par la « vérité scientifique », mais se trouve intimement liée aux décideurs par des relations inavouées. Cette perte de crédibilité de l'expertise apparaît ainsi comme un facteur supplémentaire qui affaiblit davantage la confiance dans la gouvernance et dans ses capacités au niveau national et local de gouverner. » : A. KAZANCIGIL, préc., note 744, 78.

1350. La responsabilité politique ou l'imputabilité, désignée sous la notion anglaise d'« accountability », fait référence au principe fondateur de la démocratie où ceux qui exercent un pouvoir pour d'autres sont redevables envers ces derniers en ayant l'obligation de rendre des comptes et voient leur responsabilité engagée si ce pouvoir qu'ils exercent est mal utilisé ou fait l'objet d'un abus : A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 349 et 360.
1351. *Id.*, 348; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1177, à la page 190 ; T. D. RAKOFF, préc., note 854, 171 ; R. A. W. RHODES, préc., note 661, aux pages 61 et 81 ; M.-C. SMOUTS, préc., note 707, 91 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 5 et 24.
1352. À titre d'illustration, le contrôle des activités des autorités gouvernementales qui agissent par l'entremise de réseaux transgouvernementaux serait devenu particulièrement difficile en matière de renseignement et de sécurité nationale. Généralement, les agences nationales de renseignements peuvent faire de l'écoute électronique de ressortissants étrangers présents sur son territoire ou à l'extérieur de celui-ci. Toutefois, il leur est interdit de faire une telle écoute envers ses propres ressortissants sans une autorisation judiciaire à cet effet. Certains soutiennent qu'il est possible de contourner cette contrainte en demandant aux autres membres d'un réseau transgouvernemental de renseignement de mener les écoutes envers ses citoyens et de l'aviser des irrégularités les impliquants. Dans ce cas-ci, les activités du réseau ne font l'objet d'aucun contrôle judiciaire et politique de l'agence nationale. Cette situation serait applicable pour les activités du système ECHELON « dictionary », un programme d'écoute électronique des systèmes de communication mis en œuvre par les États-Unis, le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande qui permet de bénéficier d'une « boucle de renseignements » entre ces États. : Paul D. COPELAND, « Does Bill C-36 give police too many power ? », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Terrorisme, droit & démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre? Terrorism, Law & Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Éditions Thémis, 2002, p. 211, à la page 215.

d'une coordination des autorités participantes met difficilement en jeu le principe d'imputabilité¹³⁵³. Pourtant, il est indéniable que les règles de partage d'information sont de nature normative non seulement en raison de leurs caractères alternatifs de délibération, de la coercition qui en découle, mais aussi pour leur ascendance sur la politique mondiale :

« However, little attention has been given to issues of accountability and participation in this mode of governance where 'global knowledge elite' become key actors in a thickening web of global institutions, regulatory activities and policy practices. The growth in the supply and spread of knowledge and expertise has an impact not only on the character of knowledge but also on channels into and participation in the global polity. »¹³⁵⁴.

Précisons que les fonctionnaires participants sont responsables auprès de la hiérarchie politique de l'État dont ils relèvent, et ce, contrairement aux fonctionnaires des organisations internationales¹³⁵⁵. Comme quoi les instances politiques peuvent encore influencer les activités des réseaux. De plus, nonobstant le fait que ces derniers soient peu redevables envers la population et ses représentants, l'approbation d'un tel système par les dirigeants étatiques offre une certaine légitimité démocratique, même si celle-ci reste toute relative¹³⁵⁶. Anne-Marie Slaughter souligne qu'il faut élargir la responsabilité des fonctionnaires en fonction des activités liées aux relations internationales qu'ils mènent¹³⁵⁷. Somme toute, si l'imputabilité des réseaux transgouvernementaux fait défaut, il reste que cela n'est qu'un prélude aux craintes d'une conspiration bureau-technocratique.

Sous-section 3 Les réseaux transgouvernementaux comme outil d'une sombre conspiration bureau-technocratique internationale ?

L'absence de ratification à l'égard d'ententes administratives comme les MoU exclut la société civile du processus de formation et de fonctionnement des réseaux transgouvernementaux¹³⁵⁸. Cette situation inopportune leur donne l'image d'une vaste conspiration bureau-technocratique qui favorise du même souffle l'élite administrative des États développés. Ainsi, la formule « model of elites by elites for elites »¹³⁵⁹ serait l'expression d'un scénario selon lequel des « cartels internationaux » de fonctionnaires-

1353. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 528.

1354. D. STONE, préc., note 715, à la page 125, voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 137 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 363-364.

1355. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1177, aux pages 179 et 193 ; K. KAISER, préc., note 600, à la page 364.

1356. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 143.

1357. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 231-235.

1358. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 25 ; M. FITZMAURICE et O. ELIAS, préc. note 1219, p. 43.

1359. D. STONE, préc., note 715, à la page 141.

cadres contrôleraient à leur avantage les politiques nationales et internationales à l'aide d'une dépolitisation des enjeux par l'entremise de leur expertise¹³⁶⁰. À partir de ce point, des éléments oeuvrent en faveur de la thèse appelant à l'élitisme bureau-technocratique¹³⁶¹. Dans la mesure où les normes internationales atteignent des niveaux élevés de précision au plan technique afin d'atteindre des objectifs élevés de régulation, la science devient un instrument de pouvoir remis entre les mains d'experts. *De facto*, les membres de la société civile sont écartés des processus de formation et de contrôle des techniques et des règles normatives¹³⁶². Cette vision machiavélique pourrait d'autant plus être probante que les structures horizontales organisationnelles des réseaux transgouvernementaux restent parfois obscures¹³⁶³. Cette perspective rejoint celle voulant que les réseaux transgouvernementaux forment des sites de pouvoirs parallèles qui, potentiellement, constituent des lieux d'exclusion et d'iniquité. Ces réseaux seraient des créatures souterraines qui agissent à l'extérieur du « champ visuel » des instances politiques et hors du cadre de responsabilité des États qui interagissent avec la communauté internationale¹³⁶⁴. Cette situation est dénoncée par les avocats internationalistes : « These charges of technocratie and lack of transparency are from the global perspective, mounted largely by international lawyers who seek to ensure the fairness and responsiveness of any system of global governance. »¹³⁶⁵

Par contre, cette dénonciation des dangers liés aux réseaux transgouvernementaux ne doit pas laisser place à une dérive démagogique. Un obstacle important se dresse quant à la mise en œuvre d'une conspiration techno-bureaucratique. En effet, l'emprise normative du réseau se limiterait seulement au secteur d'expertise des fonctionnaires¹³⁶⁶, chaque communauté épistémique se confinant dans sa bulle de spécialisation. Du coup, il

1360. *Supra*, p. 229 et p. 234 ainsi qu'*infra*, p. 407. Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 363 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, aux pages 136 et 144.

1361. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 348 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 524. voir aussi Antonio PEREZ, « Who Killed Sovereignty? Or Changing Norms Concerning Sovereignty in International Law », (1996) 14 *Wis. Int'l L. J.* 463, 476.

1362. G. DUFOUR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 499.

1363. E. D. KINNEY, préc., note 795, 427-428 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 219 ; Philip ALSTON, « The Myopia of the handmaidens : International Lawyers and Globalization », (1997) 8 *Eur. J. Int'l L.* 435, 441 ; S. PICCIOTTO, préc., note 862, 1047. Voir aussi K. RAUSTIALA, préc., note 763, 25.

1364. S. J. TOOPE, préc., note 537, à la page 96. Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 348 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 522 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 28. Voir aussi J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 193.

1365. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 221.

1366. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 217.

est peu probable que des sociétés civiles entières soient menacées d'une généralisation uniforme des réseaux. Par ailleurs, la portée démocratique de ces derniers, dans une perspective internationale, peut aussi être élargie et participer, contre toute attente, à la démocratisation des régimes autoritaires ou des bureaucraties corrompues.

Sous-section 4 Les réseaux sont des vecteurs de transmission des valeurs démocratiques vers les régimes autoritaires ou corrompus

Anne-Marie Slaughter souligne que le manque de légitimité démocratique des réseaux transgouvernementaux est lié à un problème de perception plutôt qu'une réalité¹³⁶⁷. Même si ces réseaux semblent de prime abord opaques, ceux-ci sont néanmoins animés de valeurs démocratiques et éthiques sous-jacentes aux mécanismes internes de leur organisation. En effet, la communication et la rétroaction entre les membres est essentiel à leur fonctionnement.

La communication au centre des relations internes — Nous l'avons déjà constaté à travers tout ce qui précède, le développement des réseaux transgouvernementaux est fondé sur la discussion, la transparence et la négociation, le tout respectant les intérêts de la population nationale. Ils sont de véritables lieux de réflexion variée qui offrent un cadre propice à l'élaboration de mesures rationnelles de qualité et qui invitent les États à y adhérer¹³⁶⁸.

Dans ce contexte, les fonctionnaires impliqués aux réseaux, même ceux provenant de régimes autoritaires ou ayant une bureaucratie corrompue, sont inévitablement confrontés à des valeurs liés à l'échange et à la recherche de consensus. Cela est d'autant plus vrai que la présence prédominante de représentants d'États démocratiques dans les réseaux les incite à considérer les règles du droit international¹³⁶⁹. En bref, l'isolement des membres du personnel administratif à l'égard des valeurs démocratiques qui sont véhiculées dans les réseaux est impossible. Cela est d'autant plus vrai que ces derniers se

1367. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 525.

1368. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 318.

1369. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 410. D'ailleurs, les outils technologiques utilisés par les réseaux transgouvernementaux, Internet notamment, revêtent un certain potentiel révolutionnaire en permettant la conversation politique, économique et culturelle à travers les frontières : Henry H. Jr. PERRITT, préc., note 1085, 426 et 431.

révèlent aussi être un moyen d'assistance par le « transfert de technologies institutionnelles » entre États¹³⁷⁰.

De plus, les programmes de formations techniques et d'assistance administrative auprès des fonctionnaires des différents États membres des réseaux ne sont pas nécessairement apolitiques. À cet égard, bien qu'un soupçon d'impérialisme persiste à l'égard de ces processus d'échange, il reste que les informations diffusées par les autorités de pays développés sont utiles aux fonctionnaires de pays en voie de développement qui cherchent des solutions à des problèmes qui sont partagés. De cette manière, ils prennent connaissance des meilleures pratiques dans le secteur d'activité¹³⁷¹. Ainsi, les réseaux deviennent, auprès d'autorités de pays non démocratiques, un outil d'influence appelant à l'ouverture démocratique¹³⁷².

Évidemment, le succès de la transmission par les réseaux des valeurs démocratiques et éthiques vers les régimes autoritaires est tributaire de leur ouverture à l'égard de celles-ci. En effet, les systèmes bureaucratiques centralisés et autoritaires peuvent aussi bien pousser en faveur d'une diffusion rapide au sein de l'appareil d'État, comme ils peuvent bloquer la « réfraction » des valeurs vers la société civile¹³⁷³. La transmission de valeurs démocratiques entre administrations étrangères ouvre la porte à un véritable système de responsabilisation des fonctionnaires, et ce, à l'intérieur même des réseaux.

La responsabilisation par l'entremise d'une rétroaction entre les pairs — Nous venons tout juste de le constater, la nature horizontale des systèmes de gouvernance, comme ceux mis en œuvre par les MoU, interfère avec le principe d'imputabilité. En fait, la responsabilisation s'exerce plutôt entre les partenaires qui occupent les différents niveaux de participation :

« La gouvernance se trouve donc en contradiction avec la démocratie représentative, malgré ses attributs démocratiques : moins de hiérarchie et moins de décisions imposées d'en haut par le gouvernement central, davantage de participation horizontale à l'élaboration des politiques publiques de la part d'une pluralité de partenaires publics et privés, ouverture du

1370. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 10 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 24 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 746.

1371. J. R. MACEY, préc., note 409, 1356 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 292 et 296 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 364.

1372. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 318.

1373. P. M. HAAS et E. B. HAAS, préc., note 531, 272.

système politique à la société civile et obligation pour l'administration de rendre des comptes aux parties prenantes. »¹³⁷⁴

En raison de la permanence de leurs relations, les partenaires du réseau sont responsables les uns et les autres de leur bon fonctionnement¹³⁷⁵. Cette responsabilisation interne se réalise essentiellement par l'intermédiaire d'un processus de rétroaction, ou *feedback*, grâce à la communication et la socialisation directe entre les pairs. L'évaluation est d'ailleurs basée sur des normes et des connaissances communes¹³⁷⁶. Soulignons que ce type d'évaluation relève, encore là, d'une valeur démocratique, et ce, même si elle s'exprime de manière apolitique selon une dimension horizontale plutôt que verticale¹³⁷⁷. En fait, cette responsabilisation interne revient au principe de persuasion qui est rencontré en *soft law*¹³⁷⁸.

Par ailleurs, les réseaux transgouvernementaux peuvent aussi rendre des comptes sur leurs activités à des organisations désignées¹³⁷⁹. Par exemple, les MoU remettent à l'OMI les procès-verbaux de leurs réunions, les résultats d'inspection sur le bannissement des navires de la région ou encore le dépôt de rapports annuels. Comme quoi la transparence est importante.

1374. A. KAZANCIGIL, préc., note 744, 77; O. LOBEL, préc., note 541, 466; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 310.

1375. E. D. KINNEY, préc., note 795, 430.

1376. T. B. JØRGENSEN préc., note 836, à la p. 222. Aux fins d'illustration, en 2003, Singapour s'est plaint auprès d'un sous-comité qu'une autorité portuaire avait omis de communiquer avec son administration – à titre d'État du pavillon – pour l'aviser qu'un navire inscrit à son registre faisait l'objet d'une détention. Or, celle-ci était selon lui, injustifiée. Compte tenu des événements reprochés, Singapour a proposé de revoir les procédures qui garantissent les mécanismes de révision et d'appel du contrôle par l'État portuaire conformément à la résolution A.787(19) de l'OMI telle qu'amendée par la *Résolution A. 882 (21)*: OMI, Sub-Committee on flag state implementation, *Reporting Procedures on Port State Control Detentions and analysis and Evaluation on Reports. Mechanisms for constructive and timely dialogue between flag States and port States on port State control interventions*, 30 jan. 2003, 11th session Agenda Item 6, FSI 11/6/1.

1377. J. FREEMAN, préc., note 758, 27; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 310; *infra*. p. 407 et s.

1378. *Supra*, p. 352

1379. G. A. BERMANN préc., note 692, à la page 100.

Section 2 La nécessité de transparence au sein des réseaux MoU

Le quasi-huis clos qui règne dans les rencontres et les communications entre les membres d'un réseau transgouvernemental fait craindre au développement de cette bureau-technocratie que nous venons tout juste d'évoquer. Or, la transparence des opérations et des structures de fonctionnement est un moyen de compenser le manque d'accessibilité. Cette transparence s'avère d'autant plus utile qu'elle assure une véritable cohésion interne. En effet, elle participe activement à l'exercice de persuasion qui s'exerce entre les partenaires d'une entente non contraignante¹³⁸⁰. La transparence des organisations permet au public d'obtenir des renseignements auxquels, normalement, il aurait difficilement accès.

La transparence compense pour le manque d'accessibilité géographique et cognitive des activités de régulation du réseau — Les réseaux transgouvernementaux ont non seulement une imputabilité déficiente, mais leurs instances politiques sont difficilement accessibles en raison des distances géographiques qui les séparent des citoyens. Par exemple, il est difficile pour un Canadien de se rendre en Europe ou en Asie afin d'assister aux réunions des PSCC du Paris MoU et du Tokyo MoU – malgré la rotation des pays hôtes des réunions –. De plus, cela est sans compter les connaissances techniques nécessaires pour comprendre l'objet des débats ainsi que la teneur des documents soumis¹³⁸¹. De toute manière, les réunions des PSCC et les séminaires de formation des MoU ne sont pas des événements qui sont ouverts au public. Seuls y sont conviés les représentants d'États membres ou coopérants, d'organisations observatrices ou encore d'entités privées qui y ont été invitées¹³⁸². Cela se comprend puisque « [I]aissés à eux-

1380. *Supra*, p. 358-359.

1381. E. D. KINNEY, préc., note 795, 429. L'accès aux instances des MoU ne semble pas aisé. En effet, les réunions des PSCC ne sont pas accessibles au public, contrairement aux diverses instances législatives des États. De plus, les secrétariats des MoU sont répartis à travers le monde. Ainsi, accéder aux décisions internes de chacun des MoU reste une entreprise coûteuse. Par ailleurs, bien que l'OMI demeure une organisation ouverte aux chercheurs, l'accès à son centre documentaire situé dans l'immeuble de son siège social à Londres reste contrôlé. Il nous a fallu une lettre d'attestation d'un de nos directeurs pour y entrer.

1382. Pour les intervenants privés, l'accès aux instances des MoU reste possible par l'entremise d'associations qui sont parfois invitées aux réunions du PSCC ou encore aux différents séminaires de formation. Ce sont des occasions privilégiées de partager des opinions au sein même du réseau transgouvernemental et de comprendre le détail des contrôles sécuritaires. À titre d'exemple, en 2000,

mêmes, les négociateurs intergouvernementaux préfèrent naturellement la souplesse qui accompagne les négociations discrètes loin des feux de la publicité. »¹³⁸³ Les décisions des réseaux se prenant à huis clos, un minimum de transparence et de formalisme s'impose¹³⁸⁴. Cette transparence est de mise, notamment envers les personnes visées par les règles qui sont mises de l'avant, si ce n'est que pour assurer leur prédictibilité. D'ailleurs, cette convenance est en lien direct avec les principes de justice naturelle; les personnes visées ne doivent pas être l'objet de mesures secrètes ou discrétionnaires. Légitimement, les interrogations sur le qui, le quoi et le comment au sujet de la régulation internationale surgissent, surtout lorsqu'il s'agit de combinaisons d'interventions difficilement identifiables de la part d'organisations internationales et de réseaux transgouvernementaux¹³⁸⁵.

Autrement dit, le manque de transparence menacerait la légitimité des normes mises de l'avant et, du même coup, le travail de coordination des réseaux. D'où l'importance pour ces derniers d'adhérer à des normes de transparence similaires ou supérieures à celles exigées des organisations internationales¹³⁸⁶. À cet égard, divers moyens peuvent être mis en œuvre que ce soit par la diffusion de renseignements de base sur la portée et les méthodes des activités, la publication de l'ordre du jour des réunions et des procès-verbaux, l'encouragement des entités visées à envoyer des observateurs aux réunions ainsi que la

les représentants de l'*International Chamber of Shipping* (ICS), de l'ITF et de l'IACS ont été invités à participer au PSCC du Paris MoU : Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p.7. En 2001, ce sont les représentants de l'OCIMF, de l'INTERTANKO et de l'INTERCARGO qui ont été invités à participer à une session d'une demi-journée du PSCC, et ce, dans l'objectif d'entretenir des discussions sur des questions d'intérêts mutuels : Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 7. En octobre 2004, le Paris MoU a organisé un forum intitulé *Commitment through Partnership* réunissant les dirigeants d'organisations sécuritaires et de l'industrie maritime (sociétés de classification, armateurs, sociétés financières, assureurs, P & I Clubs) pour permettre l'échange d'idées et accroître la transparence des MoU : Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 9 et Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 8. En fait, selon George Bermann, il y a un intérêt des entreprises à participer à ces réunions compte tenu de leur préférence pour un environnement réglementaire commun et cohérent à travers lequel il est possible de traiter directement avec un regroupement d'organisations réglementaires réunissant plusieurs pays : G. A. BERMAN, préc., note 692, à la page 84.

1383. G. A. BERMAN, préc., note 692, à la page 96. ; D. ZARING, préc., note 799, 571.

1384. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 348-349. Voir P. ALSTON, préc., note 1363, 441 ; S. PICCIOTTO, préc., note 862, 1047 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 25 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, aux pages 523-525.

1385. E. D. KINNEY, préc., note 795, 429 ; voir aussi T. VESTING, préc., note 1163, à la p. 252.

1386. T. D. RAKOFF, préc., note 854, 171.

diffusion des rapports soumis¹³⁸⁷. À cet égard, Slaughter souligne que la transparence des activités normatives doit être présente à l'étape préalable de leur formation (*ex ante*) qu'au niveau du bilan (*ex post*)¹³⁸⁸.

En l'espèce, il est dans l'ordre des choses que les navires qui font une escale portuaire puissent être au courant qu'ils sont susceptibles de faire l'objet de contrôles sécuritaires. D'ailleurs, la disposition 211 (3) CNUDM souligne que l'État portuaire ou les groupes d'États portuaires qui imposent des conditions particulières à l'entrée des navires dans les ports et les eaux intérieures doivent suffisamment publiciser les mesures prises et en aviser l'OMI¹³⁸⁹. Il est donc normal que les MoU soumettent leurs projets d'activité et de mesure aux diverses organisations interpellées. Par ailleurs, les activités des MoU doivent aussi faire l'objet de résultats et de bilans. Leur rapport annuel détaillé est d'ailleurs l'outil de diffusion essentiel des renseignements relatifs aux activités de ces organisations. D'ailleurs, dès leur constitution, les MoU s'évertuent généralement à réaliser et diffuser ce type de rapport. Il ne faut pas non plus négliger des outils comme Internet qui permettent d'accéder à des renseignements situés à distance et de bénéficier de structures de communication grand public.

Les centres logistiques et les sites Internet améliorent la transparence des activités du réseau — Les MoU, par le truchement de leurs sites Internet, offrent un accès aux compilations des documents des réseaux ainsi qu'aux ressources d'interprétation, de vulgarisation et de rédaction des données techniques aux fins d'une diffusion grand public. De cette manière, ces organisations démontrent un véritable souci de transparence propre aux valeurs démocratiques¹³⁹⁰. En pratique, le site Internet des MoU est le moyen pour les armateurs de trouver les diverses procédures et les politiques de contrôle sécuritaire auxquelles leur navire pourrait être confronté lors d'une escale portuaire. En effet, pour plusieurs MoU, les détails des diverses procédures de ciblage, de révision de détentions et des codes de bonne conduite des inspecteurs sont présents sur leur site. D'autres documents peuvent être consultés sur le site, par exemple, le texte du MoU, les rapports

1387. G. A. BERMANN préc., note 692, aux pages 96 à 99. Voir aussi D. ZARING, préc., note 799, 597.

1388. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 523.

1389. Supra, p. 85, note 282.

1390. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 235-237 ; J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 194.

annuels, la structure organisationnelle du réseau ou encore les dépêches courantes. Par ailleurs, les coordonnées professionnelles des responsables du MoU ou encore des autorités maritimes membres y sont généralement inscrites, offrant du coup la possibilité aux individus de communiquer avec eux par courriel, courrier ou téléphone. Autrement dit, le site Internet serait une interface qui permet dorénavant l'intervention citoyenne à l'intérieur même du réseau. Même si les dirigeants des réseaux ne sont pas imputables auprès des citoyens, il reste qu'une nouvelle forme d'accessibilité s'installe¹³⁹¹. Lorsque ses bases de données qui compilent le travail des fonctionnaires sont consultables par le grand public, cela a souvent pour effet de responsabiliser ces derniers dans leur travail.

Les bases de données publiques responsabilisent les fonctionnaires — Les inspections par les États portuaires restent un exercice discrétionnaire, et ce, malgré l'uniformisation des procédures quant aux divers processus de contrôles qui ont pu être mis en place par les MoU. Ceci fait place à la subjectivité des inspecteurs¹³⁹². Or, l'utilisation de bases de données partagées et accessibles au public rendrait plus objectif, crédible et transparent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des inspecteurs dans le cadre d'opérations de contrôle sécuritaire¹³⁹³. À cet égard, on comprend facilement que les inspecteurs sont conscients que les résultats des inspections qu'ils mènent sont susceptibles de faire l'objet d'un suivi par les armateurs, les sociétés de classification, les États du pavillon ainsi que les autres États portuaires. Ils sont donc incités à utiliser leurs pouvoirs discrétionnaires de manière raisonnable. Par ailleurs, le formalisme est une autre façon pour les MoU d'être des organisations transparentes.

La transparence et le formalisme améliorent la prédictibilité des normes — Malgré les moyens techniques mis en œuvre pour améliorer leur accessibilité, les réseaux transgouvernementaux usent d'une flexibilité qui semble peu compatible avec l'impératif juridique de prédictibilité, particulièrement au sens du droit administratif. Cette flexibilité peut fonder un cercle vertueux d'une régulation efficace à l'égard de la défense des intérêts collectifs, et ce, même dans une dynamique de globalisation. Mais elle peut aussi entraîner

1391. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 780, à la page 529.

1392. Le problème entourant la subjectivité des inspecteurs est abordé ultérieurement : *infra*, p. 437.

1393. J. CHEVALIER, préc. note 541, 685. Selon Philippe Boisson, les bases de données des sociétés de classification permettent de réduire la subjectivité de l'évaluation de la qualité nautique par les experts maritimes : P. BOISSON, préc., note 3, n° 731, p. 479.

un cercle vicieux pouvant pervertir cette régulation en faveur d'intérêts bureau-technocratiques¹³⁹⁴. Ainsi, les règles normatives mises de l'avant par les réseaux doivent être suffisamment formelles pour contrer les comportements arbitraires abusifs. De plus, un minimum de formalités évite que des modifications précipitées et coûteuses ne soient mises en œuvre. En effet, les procédures d'amendement imposent un temps de réflexion utile. De la sorte, les exigences formalistes améliorent la légitimité des activités du réseau en raison d'une plus grande prédictibilité des règles, empêchant du coup diverses formes de discrimination¹³⁹⁵.

En l'espèce, les textes d'ententes des MoU imposent des démarches précises et explicites aux autorités maritimes tant, par exemple, pour les exigences d'embauche des inspecteurs que pour la désignation des navires à inspecter¹³⁹⁶. La prédictibilité des contrôles est d'autant plus évidente que les procéduriers et les formulaires utilisés par les inspecteurs sont détaillés et sont généralement accessibles sur le site Internet de chacun des MoU¹³⁹⁷. Qui plus est, les inspecteurs sont tenus de suivre ces procédures pour atteindre l'objectif d'uniformité de contrôle entre chaque pays et éviter le *port shopping*. Le formalisme des procédures d'inspection devient un rempart à l'encontre de la corruption¹³⁹⁸.

Un risque de corruption laminé grâce au formalisme des codes de conduite élaborés par les MoU — La prédictibilité du contrôle par l'État portuaire n'est pas parfaite. En effet, l'appréciation de la condition sécuritaire du navire relève du pouvoir discrétionnaire des inspecteurs, celui-ci étant fondé sur leur expertise. Il relève donc de leur jugement d'imposer une inspection détaillée ou encore l'immobilisation du navire aux fins de réparation : l'inspecteur est la personne la mieux placée pour déterminer les lacunes à bord. Par exemple, il est en mesure de déterminer si la rouille présente constitue un indice de l'amincissement des tôles de la coque ou de l'affaiblissement des structures. Dans bien des États, surtout ceux en voie de développement, ce type de pouvoirs

1394. O. LOBEL, préc, note 541, 458.

1395. T. D. RAKOFF, préc., note 854, 171 ; O. C. OKAFOR, préc., note 1218, 133 ; L. METCALFE, préc., note 868, à la page 178.

1396. *Supra*, p. 306 et 314.

1397. *Supra*, p. 299-304

1398. *Supra*, p. 247.

discrétionnaires est un champ fertile à l'émergence de décisions arbitraires qui entraînent le processus d'inspection dans la dérive d'une dynamique de corruption :

« Over the past ten years, however, grand corruption has become the general rule rather than the exception in major government-connected contracts in the developing world. Moody-Stuart concludes that in the 1990s' nobody in the business world pretends any more that it is not one of the most important and damaging factors in third world development. »¹³⁹⁹

Dans la mesure où des inspecteurs sont mal rémunérés, ils ne peuvent qu'être incités à accepter de l'argent en contrepartie d'une « omission » à contrôler un navire qui devrait normalement l'être ou, au contraire, immobiliser un navire en invoquant de faux motifs le temps qu'un « petit quelque chose » soit offert. Dans ces conditions, le risque est grand que « la régulation domine le droit » en raison de l'exercice d'un pouvoir imprécis où les régulés les plus faibles sont marginalisés¹⁴⁰⁰. En fait, le risque de corruption découle de la déconcentration du droit¹⁴⁰¹. Or, dans un espace globalisé, ce type de problème devient un souci¹⁴⁰². Dans une allocation lors d'un symposium tenu à Pékin en 1998, Pieter Bottelier souligne comment la transparence et la règle de droit avec les normes de responsabilité et de pratique constitue la solution au problème de corruption :

« The causes of corruption are usually complex and rooted in a country's policies, bureaucratic traditions, political development and social history. Corruption tends to flourish when standards are lax or poorly defined, regulatory institutions and enforcement practices weak, and government policies generate economic rents. The opportunity for corruption is a function of the size of the rents under the control of a public official, the discretion that official has in allocating those rents and the accountability that official faces for his or her decisions. A well known corruption expert, Robert Klitgaard, uses the equation: $C(\text{corruption}) = M(\text{monopoly}) + D(\text{discretion}) - A(\text{accountability})$ to measure the potential for corruption in practical situations. Therefore, to reduce the potential for corruption, we have to eliminate or control monopoly power, reduce discretion by promoting transparency and the rule of law while increasing accountability standards and practices. »¹⁴⁰³

En l'espèce, plusieurs MoU sont susceptibles de comporter des autorités corrompues puisque certaines des autorités partenaires sont issues de pays en voie de développement :

« How valid would you think a detention by PSC officials would be in the ports of certain countries we could name? Would it be just another excuse for money or alcohol to change hands? When we project the extension of the PSC system to some regions of the world we

1399. A.W. CRAGG, « Business, Globalization - and the Logic and Ethics of Corruption », (1997-1998) 53 *Int'l J.* 643, 644; citant George MOODY-STUART, *A Good Business Guide to Bribery: Grand Corruption in third World Development*, Berlin, Transparency International, 1994, p 3.

1400. M CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, à la page 69.

1401. J. CAILLOSSE, préc., note 812, 102 ; R. A. W. RHODES, préc., note 661, à la page 81.

1402. J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 193.

1403. P. BOTTELIER, préc., note 546, p. 4 (pdf).

may imagine that however honest the local inspectors are, the training they receive and the resources they rely on will not have been over-generous. Where people are less scrupulous, or perhaps simply do not get a living wage and have to supplement it somehow, we may justifiably be uncertain about whether the right ships are being detained. For the present there is little to worry about, and when we look at the data provided by the major current sources we can disregard most of these problems. »¹⁴⁰⁴

Compte tenu de la situation économique de certains de leurs États membres, l'Abuja MoU, le C MoU, l'IO MoU, le Tokyo MoU, le Med MoU, le Ryahd MoU ainsi que l'Accord de Viña del Mar sont susceptibles d'être confrontés au problème de la corruption.

À cet égard, pour tous les MoU, l'intégrité du système de contrôle de ces réseaux réside aussi dans la mise sur pied d'un code de conduite des inspecteurs lequel accroît la prédictibilité – et incidemment la transparence – du contrôle en raison de l'encadrement quant à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires¹⁴⁰⁵. Ces codes font aussi la promotion et la transmission de règles et de pratiques fondées sur des valeurs de probité¹⁴⁰⁶. De cette manière, les États suspectés de tolérer la corruption au sein de leurs autorités sont soumis aux pressions d'agir pour rendre leurs opérations de contrôle plus intègres et transparentes.

En l'espèce, les codes de conduite des MoU sont tous semblables et expriment les exigences d'une bonne éthique, et ce, selon les meilleures pratiques d'inspection rencontrées dans le domaine du contrôle sécuritaire. Ces codes sont rendus disponibles sur les sites Internet des MoU :

« A very important document on the Code of Good Practice for PSCOs was developed and agreed by the Committee. For transparency the Code has been made available to the public. It is intended to enhance the professionalism and integrity of the Paris MoU and it is hoped it will serve as an example to other PSC regions. »¹⁴⁰⁷

Une telle initiative est liée à la volonté des partenaires d'établir de saines activités de contrôle. Par contre, les erreurs de jugement sont toujours possibles, pire l'intégrité du contrôle peut être menacée par des abus d'autorité. Ainsi, les moyens de révision, d'appel et de réparation sont nécessaires pour s'assurer que les armateurs visés par un contrôle puissent contester les ordonnances abusives et préjudicables des inspecteurs.

1404. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 9 (pdf).

1405. Pierre BÉZARD, « L'évolution du droit de la régulation », *Les petites affiches* 03.06.2002.8.9.

1406. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 24 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 52-55.

1407. Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 8.

Le Detention Review Panel comme moyen interne pour assurer la révision des décisions d'immobilisation de navire — La mise sur pied de mécanismes de révision quasi judiciaires internes visant à protéger les valeurs de justice et de transparence est envisageable. En l'espèce, les MoU ont pu mettre en place une instance de révision « maison », le *Detention Review Panel*. Cette instance offre aux États du pavillon ou aux sociétés de classification la possibilité de demander la révision d'une inspection qu'ils trouvent injuste à l'endroit d'un navire pour lequel ils ont délivré la certification de navigabilité ou encore la classification. Ainsi, un armateur contestant la détention doit se plaindre auprès de ces derniers pour que ceux-ci prennent l'initiative de déposer la demande de révision auprès du secrétariat du MoU. Ce type d'instance est apparu ponctuellement en 2001 au sein du Paris MoU pour finalement devenir une instance permanente en 2003 :

« The Review Panel became a permanent feature of Paris MOU procedures in 2003. Flag States or classification societies that cannot resolve a dispute concerning a detention with the port State, may submit their case for review. The Review Panel is composed of representatives of 3 different MOU Authorities, on a rotating basis, plus the Secretariat. »¹⁴⁰⁸

Reprenant le même modèle existant au sein du Paris MoU, ce mécanisme de révision interne a été mis en place au sein d'autres MoU¹⁴⁰⁹.

Pour chaque dossier, cette instance de révision est composée de trois inspecteurs issus de trois États membres du MoU. Ceux-ci évaluent le fondement de l'immobilisation. Au terme de leur analyse, ils confirment le bien-fondé de la décision d'immobilisation du

1408. Paris MoU, *Changing Course : Annual Report 2004*, p. 8 ; voir aussi Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 8 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 9 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 11 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 12.

1409. Le Tokyo MoU a emboîté le pas en 2004 :

« For the purpose of providing a mechanism for dealing with complaints by flag State or recognized organization against detention order by the port State Authority on a regional basis, Tokyo MOU decided to establish a Detention Review Panel which will consider the complaint received from procedural and technical aspects and, if appropriate, make advisory recommendation to the port State Authority to re-consider its decision. » : Tokyo MoU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2004, p. 3 ; voir aussi Tokyo MoU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2007, p. 4 ; Tokyo MoU, *Annual Report on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, 2006, p. 4.

En 2006, le PSCC de l'IO MoU a abordé la question de la mise en place d'une telle instance de révision. L'année suivante il a manifesté l'intention de finaliser les procédures relatives à sa mise en place : IO MoU, *Annual Report*, 2006, p. 6 ; IO MoU, *Annual Report*, 2007, p. 6. Quant au Med MoU et au BS MoU, leur site Internet respectif souligne l'existence de cette instance de révision par les hyperliens qui renvoient aux procédures nécessaires à la mise en œuvre de ce recours.

navire ou encore ils recommandent à l'autorité maritime visée de reconsidérer ses conclusions. Toutefois, cette dernière n'est pas liée par cette décision. Elle peut donc refuser de suivre les recommandations¹⁴¹⁰. Néanmoins, ces instances de révision obligent des fonctionnaires qui exercent des pouvoirs législatifs discrétionnaires de leur État à soumettre leur compétence et leur jugement à l'évaluation par des pairs étrangers. Voilà un cadre de contrôle extraterritorial qui s'affirme comme un moyen radical d'améliorer la transparence des activités de contrôle. Dans un contexte de gouvernance globale, ce type de contrôle est appelé à prendre de l'importance. Sur le plan de l'intégrité, une réserve s'impose, puisqu'advenant des motifs de corruption allégués dans une demande, l'origine des membres de l'instance devient une question primordiale en matière de crédibilité. En d'autres termes, concernant ce type d'allégation, il faudrait s'inquiéter qu'un *Detention Review Panel* puisse être formé d'intervenants issus de pays vulnérables au phénomène de corruption.

Par ailleurs, si ce recours interne au réseau reste facultatif, il est néanmoins facile d'imaginer qu'il s'inscrit parfaitement dans une étape préalable ou engagée de façon concurrente à des procédures déposées auprès d'instances judiciaires ou administratives nationales. En effet, cette démarche permet d'appuyer ou non la thèse de l'immobilisation abusive. En outre, une recommandation du *Detention Review Panel* en faveur de l'arrêt d'immobilisation influencera certainement les instances administratives ou judiciaires qui auraient à décider d'une demande en révision ou en dommages.

1410. En 2001 et 2002, sur les quatre plaintes qui ont été soumises à l'instance de révision, trois ont fait l'objet d'un dispositif qui recommandait la révision, ce qui a été accordé par les autorités maritimes visées : Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 7 et 9. En 2003, six plaintes ont été adressées au Paris MoU. Trois d'entre elles ont fait l'objet d'un dispositif recommandant aux autorités de revenir sur leur décision, l'une d'entre elles a refusé d'y faire suite : Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 8. En 2004, trois plaintes ont été déposées. Dans deux cas, les autorités maritimes ont levé l'ordre de détention : Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 9. En 2005, huit plaintes ont été déposées. Dans un des cas, la plainte a été retirée après que l'ordre de détention ait été levé. Dans un autre cas, l'État du pavillon a retiré sa plainte. Trois dispositifs ont donné raison aux autorités maritimes. Les autres causes sont pendantes : Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 11. En 2006, plusieurs plaintes ont été déposées. Dans un cas, les autorités maritimes ont suivi la recommandation de l'instance de révision de lever la détention. Un dossier a été retiré par l'État du pavillon plaignant à la suite du retrait de la plainte de l'armateur. Dans quatre cas, les détentions ont été confirmées et dans un dernier dossier, les autorités maritimes ont refusé de suivre la recommandation de reconsidérer leur décision : Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 12.

La révision administrative interne prévue par la loi nationale — Les autorités maritimes sont en premier lieu régies par législation nationale de l'État duquel elles dépendent. Leurs activités doivent donc être compatibles avec celle-ci. Conformément aux principes du droit administratif, les ordonnances d'immobilisation des bâtiments pourraient faire l'objet d'une procédures de révision administrative prévue par la loi. Dans le cadre de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, une telle révision est prévue par le *Règlement sur l'examen des ordonnances de détention des bâtiments*¹⁴¹¹. Dans le contexte du droit administratif français, un contrôle hiérarchique est généralement possible au sein des diverses autorités publiques¹⁴¹². Au delà de la révision administrative, les recours judiciaires en révision ou en dommages-intérêts constituent des moyens autrement efficace pour contester la décision d'immobilisation d'un navire décidée par les inspecteurs d'une autorité maritime membre d'un MoU.

Les recours judiciaires en révision et/ou en dommages-intérêts — Les MoU reconnaissent l'obligation de ses autorités membres de ne pas retarder ou immobiliser indûment un navire. D'ailleurs, les textes font explicitement référence à la faculté des armateurs d'exercer un recours en responsabilité civile en invoquant l'immobilisation abusive de leur navire¹⁴¹³. Indirectement, il s'agit d'un moyen pour responsabiliser les inspecteurs à contrôler les navires de manière consciencieuse. Ainsi, aux fins de preuve

1411. L'article 2 de ce règlement prévoit un recours d'examen d'une ordonnance de détention d'un navire par un inspecteur. Assignant l'examen à un vice-président du Bureau d'examen technique en matière maritime, le vice-président national peut ensuite confirmer, annuler ou modifier l'ordonnance de détention. L'article 3 du règlement prévoit le réexamen devant le président du Bureau d'une décision rendue dans le cadre d'un examen : *Règlement sur l'examen des ordonnances de détention des bâtiments*, (2007) DORS/2007-127 (Gaz Can II), art. 2 et 3.

1412. Frédéric COLIN et Charles DEBBASCH, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, Economica, 2007, p. 557.

1413. Paris MoU, art. 3.18 :

« Dans le cadre du contrôle exercé par l'Etat du port au titre de la présente directive, tous les efforts possibles sont déployés afin d'éviter qu'un navire ne soit indûment immobilisé ou retardé. Si un navire est ainsi indéfiniment immobilisé ou retardé, l'armateur ou l'exploitant est en droit de demander une indemnisation pour tout préjudice subi. Dans tous les cas où une immobilisation indue ou un retard indu sont invoqués, la charge de la preuve en incombe à l'armateur ou à l'exploitant du navire. »

Les articles 3.13 de l'Accord de Viña del Mar, du Tokyo MoU ainsi que 3.10 de l'Abuja MoU, du BS MoU et de l'IO MoU reprennent le droit d'une indemnisation pour une immobilisation ou un retard abusif :

« When exercising control under the Memorandum, the Authorities will make all possible efforts to avoid unduly detaining or delaying a ship. Nothing in the Memorandum affects rights created by provisions of relevant instruments relating to compensation for undue detention or delay. »

Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 62, 80.

pour une défense éventuelle, ils sont obligés de compiler avec rigueur les faits qui motivent leur décision.

Par ailleurs, le droit administratif interne de chacun des États membres d'un MoU permet la mise en oeuvre d'un système de révision judiciaire des décisions rendues par les autorités maritimes nationales, comme la DSM canadienne ou la DAM française, plus particulièrement lorsque celles-ci décident d'immobiliser un navire. En effet, les pouvoirs discrétionnaires qui peuvent être exercés par ces autorités se limitent à ce qui leur est conféré par la loi nationale. Or, relevant des pouvoirs exécutifs de l'État, elles sont soumises au contrôle judiciaire des tribunaux¹⁴¹⁴. En France, selon la règle générale, le tribunal administratif de la région dans laquelle l'ordonnance de l'autorité a été rendue devrait normalement avoir la compétence pour réaliser le contrôle judiciaire de celle-ci¹⁴¹⁵. Au Canada, la Cour fédérale est compétente pour traiter d'un tel contrôle judiciaire de l'ordonnance rendue par le DSM. D'ailleurs, l'arrêt *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada* est un excellent exemple de ce processus de révision judiciaire. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale canadienne a révisé la décision rendue en première instance par la Cour fédérale qui a contrôlé la décision d'inspecteurs d'immobiliser un navire¹⁴¹⁶. À l'origine de cette affaire, l'armateur du navire *Lantau Peak*, un vraquier battant pavillon malaisien, a allégué l'immobilisation déraisonnable de ce dernier au port de Vancouver par les inspecteurs de la DSM, soutenant du même coup que les exigences de réparations sur place auraient pu être réalisées pour moins cher dans d'autres chantiers navals. L'armateur a demandé des dommages-intérêts pour l'ensemble des coûts additionnels que cette décision a pu entraîner, à savoir, des frais de réparation élevés, des dépenses portuaires, la perte d'une période d'utilisation du navire et les frais d'expertise. En l'espèce, dans une décision préliminaire relativement à une requête en radiation de déclaration, la Cour fédérale a confirmé sa compétence¹⁴¹⁷. Quant au fond du litige, le juge Campbell, en première instance, a accueilli le recours en dommages en affirmant que les autorités canadiennes avaient fait preuve de négligence en immobilisant le navire¹⁴¹⁸.

1414. T. D. RAKOFF, préc., note 854, 161.

1415. C. DEBBASCH et F. COLIN, préc., note 1412, p. 556 et s..

1416. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16.

1417. *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada* 2003 CF 992 (le protonotaire Hargrave).

1418. *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada* 2004 CF 501 (le juge Campbell).

Toutfois, la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Létourneau, a accueilli le recours en appel qui contestait la décision rendue en première instance. Elle souligne d'abord que les décisions discrétionnaires de l'inspecteur peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire¹⁴¹⁹. Toutefois, pour qu'un tribunal puisse réviser la décision d'un inspecteur de la SM, il doit déterminer la norme d'intervention en matière de révision judiciaire selon la méthode pragmatique et fonctionnelle établie par la jurisprudence canadienne¹⁴²⁰. Pour ce faire, le juge constate que la décision d'un inspecteur d'immobiliser un navire relève de ses pouvoirs discrétionnaires conformément au cadre de la loi nationale : « Si un inspecteur, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, estime qu'un navire est dangereux, alors il doit impérativement le détenir. »¹⁴²¹ Or, cette décision ne peut faire l'objet d'une procédure d'appel devant les tribunaux judiciaires. Elle est donc définitive et commande une certaine retenue en matière de recours en révision judiciaire¹⁴²². Selon le juge Létourneau, cette retenue judiciaire est d'autant plus valable que les inspecteurs détiennent une expertise dans le secteur de la sécurité maritime :

«[69] [...]Le travail du Bureau suppose une expertise dans le domaine de la construction et de l'entretien des navires à vapeur. Ce sont là des domaines qui sont très peu familiers aux cours de justice alors que les inspecteurs et le Bureau, de par leurs études, leur formation et leur expérience, y compris le fait qu'ils sont fréquemment exposés à des problèmes touchant la sécurité, sans oublier leur aptitude à juger dès le départ d'une situation d'ensemble, y ont développé une expertise considérable.

[70] Par ailleurs, cette expérience leur permettra de voir où et quand une coopération avec d'autres spécialistes s'impose pour assurer le bon accomplissement de leurs tâches. Lorsque, comme c'est le cas ici, les inspecteurs et le Bureau résolvent des questions qui intéressent directement l'entretien et la sécurité de navires à vapeur, ils agissent véritablement dans le cadre de cette expertise et la cour de révision n'est pas à même de leur en remontrer en cette matière. L'expertise est donc ici un facteur qui commande une retenue. »¹⁴²³

Confirmant ce constat d'expertise, le juge souligne que les inspecteurs exercent leurs pouvoirs dans le cadre d'un régime juridique et politique complexe à l'échelle

1419. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, par. 58.

1420. L'approche pragmatique et fonctionnelle du contrôle des décisions des instances administratives a été développée par la Cour suprême du Canada dans le cadre de l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Par la suite, cette méthode a été parachevée dans le cadre de l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Récemment, La Cour suprême a confirmé l'utilisation de la méthode pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme d'intervention en matière de révision judiciaire : *D. & Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* [2003] 1 R.C.S. 226, et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan* [2003] 1 R.C.S. 247, par. 47.

1421. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, par. 54.

1422. *Id.*, par. 67.

1423. *Id.*, par. 73.

internationale qui implique des considérations dont les tribunaux n'ont pas la connaissance :

« [75] En l'espèce, le rôle de l'État du pavillon, celui de l'État du port, celui des propriétaires de navires et celui de la société de classification démontrent la complexité des relations en cause et confirment que, même si les décisions de détention ou de libération prises en vertu de la partie V sont, au départ, des décisions intéressant la sécurité maritime, ce sont des décisions prises à la lumière d'une foule de facteurs et de considérations. Un processus décisionnel polycentrique commande une retenue de la part de la cour de révision. »¹⁴²⁴

L'expertise multidimensionnelle des inspecteurs offre à ces derniers une bonne crédibilité pour mener des contrôles sécuritaires à bord des navires :

« [76] L'évaluation qui conduit l'inspecteur à dire qu'un navire est dangereux suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et il s'agit essentiellement d'une question de fait. Il en va de même des décisions prises par les inspecteurs ou par le président à propos de l'étendue des réparations que doit subir un navire avant qu'il soit jugé apte à prendre la mer, et accessoirement à propos des conditions qu'il convient de fixer avant qu'un tel navire puisse être relâché. Ce sont là des conclusions de fait qui appellent, dans un contrôle, une retenue considérable. »¹⁴²⁵

Ainsi, le juge Létourneau souligne que les ordonnances d'immobilisation des navires rendues par les inspecteurs doivent faire l'objet d'une grande retenue judiciaire quant à leur éventuelle révision. Pour que cette dernière soit retenue, l'erreur commise par les inspecteurs doit atteindre la norme de la décision manifestement déraisonnable ou, à tout le moins, celle de la décision déraisonnable *simpliciter* :

« [77] Tout bien pesé donc, je suis d'avis que la décision des inspecteurs, tout comme celle du président, devraient être examinées selon une norme qui sera au moins celle de la décision raisonnable *simpliciter*. On pourrait même avancer de puissants arguments pour dire que la norme est ou devrait être celle de la décision manifestement déraisonnable. Que ce soit l'une ou l'autre, je crois que toutes deux ont été remplies. »¹⁴²⁶

1424. *Id.*, par. 75.

1425. *Id.*, par. 76.

1426. *Id.*, par. 77. La « décision déraisonnable *simpliciter* » s'inscrit dans un éventail de degrés requis quant à la retenue judiciaire à l'endroit d'une décision administrative. Un spectre d'intervention des tribunaux en découle. À l'une de ses extrémités existe la norme impliquant le moins de retenue qui correspond à la norme de la « décision correcte ». À l'autre extrémité, correspond la norme de la plus grande retenue qui exige pour le tribunal d'être confrontée à une « décision manifestement déraisonnable ». Or, dans l'arrêt *Southam*, la Cour suprême du Canada a mis de l'avant la norme intermédiaire de la « décision raisonnable *simpliciter* ». Ainsi, comme le souligne le juge Iacobucci en se référant directement à l'arrêt *Southam* : « Lorsque l'analyse pragmatique et fonctionnelle mène à la conclusion que la norme appropriée est la décision raisonnable *simpliciter*, la cour ne doit pas intervenir à moins que la partie qui demande le contrôle ait démontré que la décision est déraisonnable » : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, préc., note 1422, par. 48. voir aussi *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56 et 61; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

Enfin, confirmant la perspective d'une norme d'intervention associée à un haut niveau de retenue judiciaire, le même juge affirme que les inspecteurs sont justifiés de réaliser leur contrôle avec zèle : « Toutefois, je crois que, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire touchant la sécurité du navire, les autorités canadiennes avaient le droit de pêcher par excès de prudence, abstraction faite du « principe de précaution », afin de protéger l'équipage et le milieu marin, comme l'exigent la Loi et leurs engagements internationaux. »¹⁴²⁷

Cet arrêt de la Cour d'appel fédérale fournit aux inspecteurs des États portuaires, du moins à ceux de la DSM, une marge d'intervention élargie avant que leurs activités ne soient perçues comme abusives. Soulignons toutefois que, malgré cette marge d'intervention, il est probable que les inspecteurs continueront de prendre les plus grandes précautions pour ordonner l'immobilisation d'un navire afin éviter d'être l'objet d'un recours judiciaire. À cet égard, A. J. Hoekema confirme cette idée en soulignant que les inspecteurs ne souhaitent pas être trop stricts dans leurs interventions, notamment à l'égard des ordonnances d'immobilisation. En effet, la portée de ces dernières est souvent réduite, en raison des risques de recours judiciaires pour les faire annuler ou encore pour récupérer des dommages-intérêts. En fait, les inspecteurs préfèrent généralement négocier une solution de consensus avec les armateurs impliqués¹⁴²⁸.

Les réseaux transgouvernementaux s'inscrivent dans la frontière du droit — L'affaire *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada* confirme un constat à l'égard d'un aspect normatif important des MoU, comme peut-être plusieurs autres formes de réseaux transgouvernementaux, à savoir l'imbrication de deux systèmes normatifs, soit, le *hard law* et la *soft law*. En l'espèce, les autorités maritimes restent soumises à la hiérarchie juridique interne et dissuasive du droit national tout en s'assujettissant à un autre système tout aussi normatif, mais qui est extérieur au cadre juridique national et qui relève davantage de la persuasion s'exerçant au sein de relations internationales. Cette idée rejoint directement le propos d'Anne-Marie Slaughter qui précise l'imbrication *hard/soft law* des réseaux transgouvernementaux :

1427. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, par. 125.

1428. A. J. HOEKEMA, préc., note 823, 310. Voir aussi *infra*, p. 433.

« Note that government networks, both as they exist now and as they could exist, exercise different types of power to accomplish results. They have access to traditional “hard,” or coercive, power. The central role of national government officials in government networks means that when the participants make a decision that requires implementation, the power to implement already exists at the national level. The power to induce behavior through selective admission requirements is also a form of hard power. At the same time, much of the work of many horizontal government networks depends on “soft” power – the power of information, socialization, persuasion, and discussion. An effective world order needs to harness every kind of power available. »¹⁴²⁹

Il est indéniable que « la « soft law » constitue l’ingrédient normatif essentiel du transgouvernementalisme. »¹⁴³⁰ Comme nous l’avons expliqué, les interactions très étroites qui règnent au sein des réseaux aboutissent à des règles qui se révèlent hautement normatives puisque contraignantes *de facto*. S’il est vrai que les réseaux transgouvernementaux ne peuvent offrir des garanties démocratiques contre l’emprise par un groupe bureau-technocratique transnational sur des enjeux politiques précis, ils peuvent néanmoins jouer le rôle de catalyseurs dans la transmission de valeurs démocratiques à l’endroit de régimes autoritaires ou d’administrations corrompues. Par ailleurs, dans un contexte où les institutions législatives sont marginalisées au regard du processus d’élaboration des règles dans les réseaux, le principe de transparence devient vite fondamental. Or, nous avons pu constater que les réseaux transgouvernementaux des MoU mettent de l’avant plusieurs instruments d’accessibilité, de responsabilité et de transparence qui accroissent la légitimité des règles qu’ils mettent de l’avant. Du même souffle, cela renforce la portée normative de ces dernières¹⁴³¹. Ce souci de transparence des MoU reste volontariste. Or, d’autres réseaux agissant dans d’autres domaines pourraient souhaiter rester obscurs surtout si leurs activités sont axées vers des activités de sûreté militaire qui doivent rester secrètes.

Dans un contexte où la gouvernance globale est mise de l’avant comme technique de régulation adaptée aux problèmes de la globalisation, les réseaux transgouvernementaux, comme les MoU, acquièrent vite une structure d’intervention « quasi juridique » alternative qui autorise la mise en œuvre du droit international. Dans les faits, ces réseaux sont devenus à ce point contraignants – tant auprès des partenaires que des régulés – qu’ils

1429. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 27.

1430. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 748.

1431. O. C. OKAFOR, préc., note 1218, 124 et 126.

s'immiscent dans le domaine du Droit, ou à tout le moins en « frôlent » les frontières¹⁴³². Or, mentionner que ces dernières sont troubles relève du cliché. À cet égard, il s'agit simplement de se référer aux systèmes juridiques alternatifs qui existent en droit privé, comme les processus de médiation et d'arbitrage prévus par des clauses compromissoires au contrat, la *lex mercatoria* ou encore les textes d'UNIDROIT¹⁴³³. De toute évidence, le système juridique privé moderne réfère à des structures normatives admises en droit, et ce, sans que les instances judiciaires y soient nécessairement interpellées. De la même manière, les réseaux transgouvernementaux, toujours soucieux de s'inspirer des méthodes de gestion du domaine privé, pourraient aspirer à une reconnaissance juridique similaire dans le cadre du droit international public, et ce, par l'intermédiaire d'un fondement normatif de plus en plus reconnu, à savoir la *soft law*. Du reste, une dernière entrave à la pleine reconnaissance juridique des MoU pourrait s'imposer en l'espèce, et ce, au motif que des instances judiciaires doivent être en mesure d'intervenir pour offrir leur protection contre les interventions abusives de ce système, et ce, même s'il s'agit de personnes morales comme les compagnies d'armement de navires commerciaux¹⁴³⁴. Or, nous avons constaté que les mesures mises de l'avant par les MoU répondent à cette exigence puisque les autorités maritimes sont soumises aux processus de révision judiciaire interne de l'État duquel elles tirent leur mandat. De plus, les MoU autorisent non seulement les recours en réparation à la suite d'une immobilisation du navire qui se révèle injustifiée, mais ils mettent aussi de l'avant des règles précises de contrôle ainsi qu'un guide de bonne conduite des inspecteurs, lesquels encadrent l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires. Au surplus, des MoU ont mis sur pied des instances internes de révision qui permettent d'aller chercher une seconde opinion sur le bien fondé de l'ordonnance d'immobilisation. Somme

1432. Hubert Thierry parle des intruments relevant de la *soft law* qui impliquent la règle de la bonne foi qui dépasse le domaine de la simple morale et les entraîne vers le champ juridique :

« c'est-à-dire des accords qui n'ont pas les mêmes effets contraignants que les traités internationaux mais doivent être respectés en vertu des exigences de la bonne foi qui président à tous les engagements pris pour le compte des États. C'est là un domaine où les limites entre le droit et la morale demeurent imprécises. On passe insensiblement dans cette zone frontière de l'obligation morale à l'obligation juridique, sans qu'il soit nécessaire d'élever entre ces deux domaines une infranchissable muraille. La *soft Law* est intermédiaire entre le droit et la morale. » : H. THIERRY, préc. note 1223, à la page 75.

1433. Concernant les principes de la *lex mercatoria* : <[http:// www.lexmercatoria.org](http://www.lexmercatoria.org)> (consulté le 13 sept. 2010). Au sujet des principes et les documents d'UNIDROIT, voir en ligne : <<http://www.unidroit.org>> (consulté le 13 sept. 2010).

1434. Il est utile de souligner que les arbitrages internationaux finaux, donc sans appel, sont susceptibles d'être soumis à une procédure en révision judiciaire de la sentence arbitrale rendue.

toute, ces éléments offrent probablement un niveau de transparence suffisant pour permettre aux instances judiciaires d'intervenir et d'offrir un cadre juridique minimum pour faire passer les MoU dans la frontière du droit. Chose certaine, le passage des réseaux MoU des relations internationales vers le droit international se précise. Devant ce constat, l'idéologie traditionnelle du droit international peut être mise à rude épreuve.

Chapitre 3

Une nouvelle idéologie pour le droit international

C'est faire une litote que de dire que le droit se transforme rapidement uniquement lorsque surviennent des situations de crise. Autrement dit, le droit est conservateur et des conditions extraordinaires sont nécessaires pour que les autorités régulatrices puissent imposer des initiatives tout en évitant les diverses formes de résistances institutionnelles¹⁴³⁵. À cet égard, les naufrages médiatisés des navires *Torrey Canyon*, *Amocco Cadiz*, *Erika* et *Prestige* ont été à l'origine des différentes étapes de façonnement et de renforcement du Paris MoU. Par ailleurs, la diffusion de ce modèle d'intervention par des réseaux transgouvernementaux aux autres régions du globe et à divers secteurs d'activité présage le bouleversement de l'ordre juridique international¹⁴³⁶. Il est encore tôt pour affirmer qu'un changement de paradigme s'opère. Néanmoins, le droit, comme tous les phénomènes sociaux, n'est pas immuable¹⁴³⁷ et les systèmes normatifs mis en œuvre par les réseaux transgouvernementaux constituent une nouvelle avenue juridique alternative qui a l'avantage d'être souple en combinant la gouvernance, les relations internationales et le

1435. Pierre DUHARCOURT, « Théories et concepts de la régulation », (1988) 5 *Économies et sociétés* 135, 143; J. R. MACEY, préc., note 409, 1364.

1436. *Supra*, p. 224.

1437. W. KICKERT, préc., note 665, à la page 196, aux pages 198 et 202. D'ailleurs, Chemillier-Gendreau souligne non seulement que l'ordre juridique international est en évolution, mais que la régulation assure que ces transformations puissent être réalisées en douceur : M CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, aux pages 60 et s. ; T. B. JØRGENSEN préc., note 836, à la page 225 ; J. N. ROSENAU, préc., note 665, 18.

droit international¹⁴³⁸. C'est là présenter une reconstruction partielle du droit, du moins de ces mécanismes de renforcement, par l'entremise de la *soft law*, et ce, sans que les normes positives légalement constituées soient contestées. Ainsi, la réévaluation de la notion de souveraineté étatique devient incontournable¹⁴³⁹.

Section 1 Une souveraineté recomposée

L'atomisation de l'État en multiples institutions et autorités mène à la perception d'une souveraineté elle-même désagrégée. Ces autorités disposent maintenant de la souveraineté de l'État pour bâtir des réseaux transfrontaliers : « This concept of sovereignty as participation, or status, means that disaggregated sovereignty would empower government institutions around the world to engage with each other in networks that would strengthen them and improve their ability to perform their designated government tasks individually and collectively. »¹⁴⁴⁰ Ainsi, les autorités impliquées dans un réseau transgouvernemental agissent en fonction d'une capacité d'interaction avérée¹⁴⁴¹. Néanmoins, si dorénavant le concept de souveraineté est engagé dans un processus de transformation, il n'est pas pour autant menacé d'érosion¹⁴⁴². En effet, à l'exemple des réseaux MoU, la « nouvelle souveraineté » réfère à la possibilité pour les autorités administratives de participer à la toile grandissante des régimes internationaux plutôt qu'à l'indépendance et au droit d'agir unilatéralement :

« [S]overeignty no longer consists in the freedom of states to act independently, in their perceived self-interest, but in membership in reasonably good standing in the regimes that make up the substance of international life. [...] [T]he only way most states can realize and express their sovereignty is through participation in the various regimes that regulate and order the international system. »¹⁴⁴³.

1438. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 429 ; M. L. CHEEK, préc., note 763, 277.

1439. A. KANEHARA, préc., note 1229, aux pages 83-85.

1440. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 34 ; D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT et J. PERRATON, préc., note 409, 495.

1441. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 739.

1442. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 432 et 435.

1443. A. CHAYES, A. H. CHAYES, préc., note 775, p. 27. Voir aussi A.-M. SLAUGHTER préc., note 1299, 248 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 288 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 733 ; K. RAUSTIALA, préc., note 882, 418.

Ainsi, dans cet espace globalisé, le règne de la « souveraineté-autonomie » isolant la cohésion nationale des interférences extérieures s'achève en raison de son non-sens contextuel. Ce retrait laisse place au développement d'une « souveraineté-relationnelle-participative », celle qui exprime cette « capacity to engage rather than a right to resist »¹⁴⁴⁴. En effet, la participation des autorités étatique aux réseaux de coordination offre l'occasion de renforcer la souveraineté des États tant à l'égard de leur mission régaliennne classique que pour développer leur capacité de régulation¹⁴⁴⁵. Dans cet ordre d'idée, l'usage de la contrainte par la violence est délaissé au profit de modes alternatifs d'intervention axés sur l'information, comme la diffusion des résultats d'inspections sécuritaires réalisée par les MoU¹⁴⁴⁶. Cette « interdépendance dans la souveraineté » limite cet effet relatif des traités qui découle directement de l'exercice d'une prérogative des États de faire valoir leur pleine souveraineté à l'égard de l'application de droit international.

Annulation de l'effet relatif des traités — Conformément aux articles 34 et 35 de la Convention de Vienne, les États non-signataires d'une convention internationale peuvent exiger que cette dernière ne s'applique pas à leur endroit. Ce principe en droit international est désigné comme l'effet relatif des traités. Or, les réseaux transgouvernementaux, comme les MoU, peuvent l'entraver. Notamment, par le truchement de la règle d'« aucun traitement plus favorable » telle que stipulée par les MoU, les États parties exigent des navires en escale qu'ils se conforment aux conventions sécuritaires internationales en vigueur, et ce, même si celles-ci n'ont pas été ratifiées par l'État pavillonnaire¹⁴⁴⁷. De cette manière, les États portuaires s'appuient sur leur prérogative de contrôle des navires en escale pour exiger le respect des normes internationalement reconnues : « The power of port States to conduct control of foreign merchant ships springs ultimately not from international conventions, but from their territorial jurisdiction over the ships in their ports »¹⁴⁴⁸. Ainsi, ces réseaux rendent exigibles des normes de contrôle qui dépassent la souveraineté pavillonnaire¹⁴⁴⁹ notamment en nationalisant le droit international.

1444. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 268 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 740.

1445. K. RAUSTIALA, préc., note 882, 418 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 286 ; K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 725.

1446. M CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, à la page 59.

1447. *Supra*, p. 308.

1448. H. YANG, préc., note 174, p. 98.

1449. P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 272.

La nationalisation du droit international — Nous avons constaté que les autorités participantes aux MoU fondent leurs prérogatives nationales de contrôle selon les normes qui sont établies par des conventions internationales¹⁴⁵⁰. Autrement dit, nous sommes en présence d'un processus de nationalisation du droit international. En effet, cette nationalisation « ne se réalise que si l'objet de la régulation transgouvernementale a déjà été consacré dans un instrument formel de droit international et que les administrations ont simplement précisé ou autrement détaillé, à partir de celui-ci, des normes à l'occasion des travaux sur le réseau. »¹⁴⁵¹ Dorénavant, les normes minimales internationalement reconnues s'intègrent dans le système réglementaire des États. Paradoxalement, si l'exercice du droit étatique dépend de textes internationaux et de structures organisationnelles internationales ou régionales, les prérogatives étatiques se doivent, au même moment, d'être renforcées puisque les États sont les seules entités en mesure d'assurer la sécurité de leurs citoyens contre les dérives de la globalisation¹⁴⁵². Les inconvénients de la globalisation seraient donc atténués par les réseaux transgouvernementaux qui opérationnalisent davantage cette nationalisation du droit international par les États :

« transgovernmental regulation, by contrast, produces rules concerning issues that each nation already regulates within its borders: crime, securities, fraud, pollution, tax evasion. The advances in technology and transportation that have fueled globalization have made it more difficult to enforce national law. Regulators benefit from coordinating their enforcement efforts with those of their foreign counterparts and from ensuring that other nations adopt similar approaches.

The result is the nationalization of international law. Regulatory agreements between states are pledge of good faith that are self-enforcing, in the sense that each nation will be better able to enforce its national law by implementing the agreement if other nations do likewise. Law are binding or coercive only at the national level. »¹⁴⁵³

En l'espèce, les MoU opérationnalisent le contrôle sécuritaire des navires par l'État portuaire en fonction des normes internationalement reconnues, mais qui sont intégrées en droit national. D'ailleurs, à défaut d'avoir ratifié les conventions sécuritaires mentionnées au MoU, les États parties sont incités à le faire. Il reste que cette nationalisation du droit

1450. *Supra*, p. 311-313.

1451. K. BENYEKHEF, préc., note 405, p. 735.

1452. A.-J. ARNAUD, préc., note 540, 24 et 26. Les Metcalfe souligne qu'il était avantageux du point de vue de la gestion des ressources que des normes similaires puissent faire l'objet d'une coordination d'intervention : L. METCALFE, préc., note 868, à la page 179.

1453. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 5, 191. Voir aussi, K. BENYEKHEF, préc., note 405, p. 735. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 447.

international est essentiellement pilotée par la fonction publique plutôt que par les organes politiques. Cela consacre une nouvelle source d'élaboration du droit international.

L'élaboration du droit international se déplace des organes politiques vers l'appareil administratif des États — Traditionnellement, aux fins d'élaboration du droit international, les États ont longtemps été considérés comme des entités unitaires et opaques qui parlaient par l'intermédiaire de leurs dirigeants exécutifs. Toutefois, avec la globalisation et la dégradation des États sous forme d'autorités régulatrices, les réseaux transgouvernementaux partagent maintenant avec ces derniers le champ des relations internationales en agissant selon des principes de gouvernance globale horizontale plutôt que verticale¹⁴⁵⁴. Les MoU illustrent à quel point les fonctionnaires des autorités régulatrices sont en mesure de travailler en réseau et donc d'exercer dorénavant une forte influence sur l'élaboration des normes internationales, et ce, en agissant dans le cadre d'une formule alternative et complémentaire au droit positif international¹⁴⁵⁵. Ce contexte permet d'ailleurs à ces normes d'incarner un processus d'autoréflexion qui intègre les changements organisationnels qu'impose l'évolution de l'identité que se font les fonctionnaires d'eux-mêmes par rapport au contexte d'exercice de régulation¹⁴⁵⁶. En l'espèce, le personnel des autorités maritimes membres de MoU sait qu'il est le seul bien au fait de tous les aspects techniques de la navigation et de pratiques – souvent complaisantes – de certains organismes de contrôle. Il est donc normal qu'ils se sentent investis de la légitimité d'intervenir pour mieux encadrer les mécanismes de renforcement du droit. Néanmoins, force est de constater que la règle ne relève plus de son caractère obligatoire, mais plutôt du consensus qu'elle suscite. Ces règles interstitielles étant directement négociées entre les membres du réseau, nous pouvons déjà dire que c'est la raison qui succède à la procédure¹⁴⁵⁷, comme quoi l'ordre juridique international traditionnel est carrément bouleversé.

1454. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1177, à la page 178 ; Voir aussi *supra*, p. 236-239.

1455. I MAHER, préc., note 37, 117 ; S. PICCIOTTO, préc., note 862, 1020.

1456. W. KICKERT, préc., note 665, à la page 196, à la page 199.

1457. J. CHEVALIER, préc. note 541, 675.

Section 2 Le bouleversement de l'ordre juridique international traditionnel

Il va sans dire qu'en recomposant la notion de souveraineté selon un renforcement des capacités en faveur de la coordination horizontale, les nouveaux processus transgouvernementaux transforment radicalement l'ordre juridique traditionnel :

« Transnational legal process has four distinctive features. First, it is nontraditional : it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law : between domestic and international, public and private. Second, it is *nonstatist* : the actors in this process are not just, or even primarily, nation-states, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is *dynamic*, not static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from the public to the private, from the domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is *normative*. From this process of interaction, new rules of law emerge, which are interpreted, internalized and enforced, thus beginning the process all over again. Thus, the concept embraces not just the descriptive workings of a process, but the normativity of that process. It focuses not simply upon how international interaction among transnational actors shapes law, but also on how law shapes and guides future interactions: in short, how law influences why nations obey. »¹⁴⁵⁸

Il en découle que le positivisme-normativisme n'a plus l'exclusivité d'être la source de droit; néanmoins, l'État reste au centre du processus juridique.

La règle de droit cesse d'être exclusivement issue du positivisme — Selon Patrice Durand, la règle de droit n'est plus nécessairement fondée sur le positivisme :

« Il convient de prendre ses distances à l'égard d'une représentation de la régulation juridique fortement marquée par une interprétation étroitement positiviste de la règle de droit et son association à un mode centralisé de régulation étatique qui continue à obscurcir tout jugement sur le droit. La mutation du pouvoir politique appelle la transformation du droit tant dans ses manifestations empiriques que dans ses représentations. »¹⁴⁵⁹

Dans cette perspective, les réseaux transgouvernementaux assurent indirectement le renforcement des normes du droit international traditionnelles et conventionnelles en formant des structures organisationnelles et en offrant une couverture juridique qui conjugue le droit national et international pour assurer la régulation d'une communauté globale sans gouvernement global¹⁴⁶⁰. Par conséquent, les États reprennent, aux dépens des

1458. H. H. KOH, préc., note 1275, 184.

1459. P. DURAN, préc., note 541, 6.

1460. G. DUFOUR, O. BARSALOU et P. MACKAY, préc., note 416, 512. ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 954 à la page 28.

organisations internationales, un rôle prédominant quant à l'élaboration et la mise en œuvre du droit international.

La régulation internationale reste l'exercice d'une prérogative d'État plutôt que d'être déplacée vers des organisations internationales — Un peu à l'image de la dénationalisation des entreprises qui accompagne la globalisation des marchés, les autorités étatiques sont invitées à agir dans une nouvelle structure transnationale de coordination à travers laquelle les prérogatives souveraines font l'objet d'une fragmentation polycentrique sans que celles-ci n'aient à être déléguées aux organisations internationales¹⁴⁶¹. Ainsi, « transgovernmentalism is all about bringing the State back in as important international actor. »¹⁴⁶². Cela dit, si les États peuvent se réappropriier l'exercice d'une prérogative de régulation au plan externe, ils se décentralisent au plan interne au point de ne plus pouvoir pratiquer le monopole de leur souveraineté¹⁴⁶³. Autrement dit, leurs prérogatives ne s'exercent plus unilatéralement, mais plutôt en fonction d'un cadre de concertation internationale selon des objectifs globaux déterminés entre partenaires¹⁴⁶⁴. Les réseaux transgouvernementaux autorisent une régulation extraterritoriale tant recherchée par les États sans pour autant que ces derniers entretiennent des relations conflictuelles¹⁴⁶⁵ ou qu'ils aient à renoncer à des prérogatives de réglementation au profit d'organisations internationales¹⁴⁶⁶. De cette manière, les MoU ont pu recentrer le processus de régulation internationale sous l'exercice de prérogatives de ses États membres d'imposer le respect des standards internationaux plutôt que déléguer celles-ci au profit d'une organisation comme l'OMI qui a peu de pouvoirs de police et qui a trop longtemps fait l'objet d'un immobilisme à cet égard. Qui plus est, au-delà du phénomène des MoU sur le contrôle par l'État portuaire, les nouvelles formes de coopération tant formelles qu'informelles ont,

1461. K. JAYASURIYA, préc. note 600, 440 et 447. David P. Fidler résume la pensée de Jayasuriya en soulignant que «The polycentric global legal order is being built through global network governance not through traditional international law»: David P. FIDLER, « The Rule of Law in the Era of Globalization », (1998-1999) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 421, 422 ; voir aussi J. CAILLOSSE, préc., note 812, 98 ; M. L. CHEEK, préc., note 763, 277 ; M. W. ZACHER, préc., note 877, à la page 66 ; C. R. TAYLOR, préc., note 540, 752-754.

1462. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1177, à la page 202.

1463. Alfred C. Jr. AMAN, « Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law », (2001-2002) 49 *UCLA L. Rev.* 1687, 1697.

1464. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 288.

1465. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1039, 731 et 736 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 288 ; I MAHER, préc., note 37, 116 ; G. MAJONE, préc., note 399, à la page 189.

1466. L. METCALFE, préc., note 731, à la page 56. Voir aussi *supra*, p. 277.

depuis les années 1990, mené à différents ordres internationaux établis en fonction des domaines d'activité¹⁴⁶⁷. En outre, les réseaux transgouvernementaux annoncent un ordre juridique international où « [l]a scène internationale est juridiquement et institutionnellement décentralisée. [...] S'il y a production d'un ordre [...] c'est autour des États, dans un enroulement avec eux, mais sans qu'ils en aient ni la maîtrise ni l'exclusivité. »¹⁴⁶⁸ De cette manière, le transgouvernementalisme opte pour le courant réaliste et fonctionnaliste où le droit international et les relations internationales convergent pour assurer la mise en œuvre de règles qui ont l'inconvénient d'être non contraignantes, mais qui ont l'avantage de préserver cette souveraineté de laquelle les États restent jaloux¹⁴⁶⁹.

La « fragmentation » comme notion bidimensionnelle — Le nouvel ordre qui en découle est à l'image du processus de « fragmentation » énoncé par Rosenau qui représente une solution hybride entre la fragmentation des prérogatives étatiques et la nécessité d'intégrer celles-ci au sein de structures régionales et internationales¹⁴⁷⁰. Cette recomposition de l'ordre international usant d'un droit alternatif fondé sur la *soft law* peut facilement déplaire aux petits et moyens États qui défendent leur souveraineté, comprise au sens de l'égalité et l'indépendance et comme défini par les articles 2(1) et 55 de la *Charte des Nations unies*¹⁴⁷¹ :

« Les querelles doctrinales à propos de la *soft law* sont d'autant plus vives qu'en ébranlant la théorie formaliste des sources du droit international elle est considérée comme s'attaquant aux fondements de l'ordre international construit au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale sur le principe juridique de l'égalité souveraine des États. Ce principe a été affirmé avec force dans le cadre des Nations unies au terme d'une longue lutte menée par les petites et moyennes puissances en vue d'assurer leur participation internationale dans la gestion du monde contre l'exercice unilatéral et pluriséculaire du pouvoir par un empire ou par un État hégémonique. Ayant été chèrement acquis, le principe de l'égalité juridique devrait pour cette raison être préservé et la *soft law* combattue. »¹⁴⁷²

1467. M. W. ZACHER, préc., note 877, à la page 67.

1468. M. CHEMILLIER-GENDREAU, préc., note 41, à la page 59 ; A. C. JR. AMAN, préc., note 406, 380.

1469. I. DUPLESSIS, préc., note 40, 250 ; S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 151 ; K. RAUSTIALA, préc., note 763, 3 et 19 ; Anne-Marie SLAUGHTER, « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », (1993) 87 *Am. J. Int'l. L.* 205, 209.

1470. James Rosenau soutient qu'au plan international il existe diverses tensions simultanées et contradictoires à l'égard de l'intervention publique notamment avec, d'une part, la promotion de l'intégration, de la centralisation et de la globalisation, et d'autre part une tendance à la désintégration, la déconcentration et la régionalisation : J. N. ROSENAU, préc., note 401, à la page 177.

1471. *Charte des Nations Unies*, préc., note 39.

1472. I. DUPLESSIS, préc., note 40, 256.

En l'espèce, les MoU sont l'illustration d'un processus de recomposition de l'ordre international qui, rappelons-le, se réalise aux dépens du principe de l'indépendance souveraine. D'ailleurs, les réseaux permettent aux puissances côtières et portuaires de contourner l'OMI qui est immobilisée par le poids politique des pavillons de libre immatriculation¹⁴⁷³. Ces normes de contrôle alternatives prennent un caractère interstitiel dans le paradigme positiviste-normativiste.

Section 3 Un ordre juridique axé sur des normes interstitielles

Les textes des MoU sur le contrôle par l'État portuaire révèlent une transformation de la valeur normative du droit international qui se révèle non plus selon une appréciation binaire de sa légalité, comme c'est le cas en *hard law* où l'on juge de la validité/invalidité juridique, mais plutôt selon une vision spectrale de la légalité qui intègre les prémisses juridiques de la *soft law*. À cet égard, Vaughan Lowe assimile les règles de la *soft law* à des normes qui occupent une position interstitielle à l'égard des règles primaires établies par le droit positif-normatif international. En outre, bien que ces normes n'aient aucune valeur juridique au sens strict, comme l'indique la qualification d'instruments non contraignants, elles ont néanmoins un effet normatif quant à l'application du droit international¹⁴⁷⁴. Lowe ajoute que le fondement de la norme interstitielle est tributaire de l'autorité des divers auteurs qui contribuent à sa mise en oeuvre¹⁴⁷⁵. Eibe Riedel parle de « normativité zébrée » ce qui renvoie à l'image de complémentarité normative entre le *hard law* et la *soft law*¹⁴⁷⁶. Kal Raustiala rejoint cette idée générale de normes « interstitielles-zébrées » puisqu'il souligne l'existence d'une complémentarité mutuelle et complexe entre les activités de réseautage transgouvernemental et le libéralisme international dans lequel s'inscrivent les différentes conventions internationales. En ce sens, les réseaux permettent

1473. *Supra*, p. 170.

1474. V. LOWE, préc., note 866, à la page 213.

1475. *Id.*, à la page 219. À ce propos, Antoine Jeammaud, parlant des circulaires et des notes de service, souligne que des documents porteurs de normes secondaires d'application – similaires à des normes interstitielles – tirent leur légitimité normative d'un discours d'autorité hiérarchique ou d'expertise : A. JEAMMAUD, préc., note 396, à la p. 120.

1476. Eibe RIEDEL, « Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? » (1991) 2 *Eur. J. Int'l L.* 58, 82 et 83.

la négociation d'une coopération entre les autorités gouvernementales chargées d'appliquer le droit alors qu'il peut exister des clivages entre ces dernières qui rendent impossible la conclusion d'une convention à cet effet, ou du moins en réduit les effets¹⁴⁷⁷. Cette normativité « interstitielle-zébrée » s'applique parfaitement aux MoU puisque les conventions internationales sécuritaires qu'ils se proposent de faire respecter offrent d'abord un cadre normatif rigide avec toutes les spécifications techniques communément exigibles pour assurer la gestion sécuritaire des navires. Néanmoins, les MoU restent tout autant des instruments non contraignants associés à la *soft law* qui offrent des normes de performance quant à la mise en œuvre des prescriptions. Par conséquent, les MoU incarnent cette idée de John Braithwaite voulant qu'il est plus facile d'établir un consensus sur des normes de performance que sur des spécifications techniques d'autant plus que celles-ci peuvent être considérées comme des barrières commerciales non tarifaires¹⁴⁷⁸.

Au niveau de l'opérationnalisation juridique des normes interstitielles, Lowe soutient qu'elle passe d'abord l'application de ses prescriptions par les tribunaux. Bien que ces normes ne se révèlent pas essentielles, les instances judiciaires peuvent juger raisonnable de les utiliser. Ainsi, ces normes interstitielles bénéficient d'une « attirance gravitationnelle » qui leur permet d'exercer une influence sur le système¹⁴⁷⁹. D'ailleurs, l'arrêt *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada* que nous venons de traiter fait voir combien cette dynamique d'appropriation judiciaire de la norme interstitielle s'applique valablement aux règles de coordination des MoU.

Par ailleurs, Alen E. Boyle met en garde de ne pas présumer que les conventions internationales relevant du *hard law* s'imposent plus comme autorité que les instruments de la *soft law* : « Depending upon what is involved, treaties may be more effective than soft law instruments for this purpose because they indicate a stronger commitment to the principles in question and to that extent carry greater weight than a soft law instrument, but the assumption that they are necessarily more authoritative is misplaced. »¹⁴⁸⁰. En l'espèce, les contrôles par les États portuaires agissant dans le cadre de MoU s'imposent parfois

1477. K. RAUSTIALA, préc., note 763, 6 et 70. Voir aussi *supra*, p. 249-251, 364-365.

1478. J. BRAITHWAITE, « Perspective d'un rapprochement international des réglementations sans perdants », préc., note 399, à la page 235.

1479. V. LOWE, préc., note 866, à la page 216.

1480. A. E. BOYLE, préc., note 906, 904.

davantage que les contrôles par les États du pavillon, surtout s'ils sont au nombre des pavillons de complaisance. L'avantage des normes issues des réseaux transgouvernementaux est d'être protégées d'un tiraillement politique qui les entraîneraient dans une course vers le fond.

Les normes transgouvernementales bénéficiaires d'une stabilité apolitique — À l'instar des autorités administratives qui gagnent en autonomie¹⁴⁸¹, le processus de mise en réseau de ces dernières par l'intermédiaire d'entente administrative de coordination permet d'isoler cette forme de structure normative des processus politiques. Ainsi, les normes transgouvernementales qui en résultent sont moins vulnérables aux diverses « joutes politiques » qui animent les relations internationales. Cette stabilité permet aux experts et aux gestionnaires de prioriser les objectifs du réseau plutôt que de se préoccuper des enjeux électoralistes de leur gouvernement, des changements politiques et économiques ou encore si le bilan d'une coordination reste difficile à anticiper. Autrement dit, les réseaux transgouvernementaux ne sont pas vulnérables à la perte du soutien populaire¹⁴⁸². Cette dépolitisation des enjeux internationaux par le transgouvernementalisme a l'avantage d'offrir une stabilité à long terme au cadre institutionnel que ces réseaux mettent en place :

« Such a model of self-organisation can be used as model for autonomy and self-control in complex networks. The possibility of a network of autonomous subsystems to maintain itself and its organisation when confronted with external disturbances, its capacity to survive in a turbulent and complex environment, is a vital quality in an administrative situation where direct top-down governmental control is more and more replaced by autonomy and self-regulation of social institution. »¹⁴⁸³

La prise de contrôle du programme politique sur des enjeux transnationaux par les fonctionnaires experts agissant dans le cadre de leurs réseaux transgouvernementaux constitue somme toute une ressource-clé pour les politiciens. En effet, cela autorise la transformation des questions politiques en questions techniques, offrant du même coup un transfert de la responsabilité politique vers les autorités administratives autonomes¹⁴⁸⁴. Au plan politique, les MoU constituent certainement ce que Suh-Young Chung appelle une *soft*

1481. *Supra*, p. 232-242.

1482. G. MAJONE, préc., note 851, à la p. 143 ; D. ZARING, préc., note 799, 596.

1483. W. KICKERT, préc., note 665, à la page 196, à la page 200.

1484. L. DAVIS, préc., note 776, 148 ; A.-M. SLAUGHTER, préc., note 755, à la page 144.

institution, à savoir un processus informel qui permet de régler des problèmes auxquels les structures relevant de la *hard law* ne peuvent normalement répondre¹⁴⁸⁵.

Conclusion à l'égard d'une nouvelle idéologie en droit international — La redéfinition de la souveraineté par un processus de « fragmentation » bouleverse l'ordre juridique traditionnel en y autorisant l'entrée des normes interstitielles. De cette manière, une nouvelle profondeur s'offre au droit si ce n'est que par l'ajout d'un axe d'analyse fondé sur les domaines politiques/économiques à ceux déjà connus du droit positif-normatif/jurisprudentiel ainsi que du droit national/international. Cette tridimensionnalité du droit qu'offre la gouvernance globale et plus particulièrement le transgouvernementalisme renvoie à l'image de cette transformation des anciennes cartes géographiques plates de l'époque précolombienne : « consider again our implicit mental maps of “the international system” or even “world order”. It's a flat map, pre-Columbian, with states at the level of the land and the international system floating above them somewhere. International organizations also inhabit this floating realm – they are apart from and somehow above the states that are their members »¹⁴⁸⁶. Pour continuer l'analogie géographique, le fait de savoir que la terre est ronde, et ce, dans un environnement spatial très complexe ouvre considérablement les champs d'études. Cela est aussi vrai en droit, surtout lorsqu'on sait que des règles normatives issues d'une interaction sous-jacente au système juridique ne satisfont pas nécessairement aux critères de validité juridique. D'ailleurs, pour parler d'un droit, encore faut-il que celui-ci soit légitimité, du moins à l'égard de son existence et de ses objectifs. C'est toute la question de l'effectivité et de l'efficacité des normes qui doit être vérifiée à un stade *a posteriori* de sa mise en œuvre.

Conclusion de la partie II

Pour les autorités maritimes, le transgouvernementalisme constitue la quintessence de la régulation et de la gouvernance globale, grâce à l'institutionnalisation de leur mise en réseaux. Avec leurs rencontres régulières, leurs discussions informelles et les attentes entre

1485. S.-Y. CHUNG, préc., note 839, 148.

1486. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 16.

membres, ces réseaux sont des forums qui fonctionnent comme une quasi-législature produisant du quasi-droit à l'échelle d'un système juridique autoréférentiel international qui assure la coopération entre les États¹⁴⁸⁷. C'est là un nouveau processus de formation du droit.

« Le mouvement d'éclatement tend à gagner *la sphère étatique* elle-même. L'unité de la régulation juridique étatique est garantie, dans le modèle traditionnel, par le principe de la hiérarchie des normes : l'ordre juridique étatique se présente comme un édifice formé de niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres; une norme se situant à un niveau donné n'est valide que dans la mesure où elle est conforme aux normes de niveau supérieur. Le respect de la hiérarchie des normes est garanti à la fois par le contrôle juridictionnel et par les contrôles bureaucratiques : hiérarchie et tutelle contribuent au respect de la légalité; l'unité de régulation juridique étatique s'appuie sur la construction unitaire de l'appareil d'État. L'ébranlement que subit le modèle unitaire ne peut être dès lors dépourvu d'incidence sur la production normative. »¹⁴⁸⁸

Ainsi, l'avènement d'un changement de paradigme en droit, du moins en droit international, tend de plus en plus à se confirmer¹⁴⁸⁹. La légitimité du processus de production normative, par l'entremise de la *soft law*¹⁴⁹⁰, se déplacerait ainsi de la légalité vers des fondements pragmatiques. En l'espèce, les MoU sont un moyen alternatif de régulation pour combler le défaut d'États du pavillon à rencontrer leurs obligations de réaliser des inspections effectives et efficaces et d'épurer les mers de leurs navires indésirables¹⁴⁹¹. Mais cet espoir que suscitent les MoU, se révèle-t-il une réalité normative sur le terrain? Pour répondre, il faut évaluer tant leur effectivité que leur efficacité.

1487. P. G. TEIXEIRA, préc., note 799, aux pages 322 et 323.

1488. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 131.

1489. *Id.*, p. 100.

1490. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 131, voir aussi p. 134.

1491. R. P. BARSTON, préc., note 1097, à la page 88.

Partie III

Effectivité et efficacité des mémorandums d'entente sur le contrôle par l'État portuaire

Les réseaux transgouvernementaux comme les MoU se veulent des instruments mieux adaptés au contexte de complaisance issue de concurrence agressive liée à la globalisation des marchés. Ils prétendent offrir un nouveau souffle à la sécurité maritime, notamment en coordonnant régionalement les contrôles des prescriptions sécuritaires. Quoique non contraignants, ces instruments établissent des normes interstitielles qui, à l'instar d'un catalyseur, facilitent le renforcement des prescriptions minimales internationales. Les MoU ne se fondent pas sur la validité juridique directe, au sens du droit positiviste-normativiste. Par contre, dans un cadre juridique postmoderne, tel qu'avancé par Jacques Chevalier, la légitimité d'une norme peut aussi s'apprécier dans ses résultats, notamment au regard de l'effectivité et de l'efficacité, en l'occurrence au stade *a posteriori* de sa mise en œuvre¹⁴⁹². À cet égard, la rationalisation par le droit remplace la rationalisation du droit. Ainsi, ce dernier ne serait plus assuré par une légitimité *ab initio* :

« À une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en œuvre, sur la conformité des conduites et des comportements, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises, sur la capacité d'atteindre des objectifs fixés. Le droit n'est plus dès lors qu'un instrument, une « technique opérationnelle » ou encore une « technique de gestion »¹⁴⁹³.

À ce propos, Patrice Duran lie dorénavant à la norme un aspect de performance :

« En effet, on n'obéit plus seulement pour ce que sont les règles constituant le cadre de l'action, mais pour ce qu'on pense que sont ou seront les résultats de celle-ci. Dès lors la

1492. J. CHEVALIER, préc., note 45, 112. voir aussi P. DEUMIER, préc., note 252, n° 10, p. 22. En anglais, les notions d'effectivité et d'efficacité se réunissent sous celle d'*effectiveness* : « Effectiveness is a concept that can be defined in varying ways : as the degree to which a given rule induces changes in behavior that further the goals of the rule; the degree to which a rule improves the state of the underlying problem; or the degree to which a rule achieves its inherent policy objectives » : K. RAUSTIALA, préc., note 451, 393.

1493. J. CHEVALIER, préc., note 45, 128 ; voir aussi J. CHEVALIER, préc. note 541, 683.

prépondérance des préoccupations de performance a souvent conduit à insister davantage sur l'efficacité et l'efficacités des mesures à prendre que sur leur légalité et leur régularité. »¹⁴⁹⁴

Sur cette lancée, Duran soutient que les notions interdépendantes d'efficacité et d'effectivité sont maintenant intégrées au processus d'évaluation du droit :

« L'irruption dans le droit non seulement d'une problématique de l'effectivité, mais aussi d'une problématique de l'efficacité qui vient redoubler celle-ci est liée à l'évolution des principes de légitimisation du pouvoir politique vers une logique de contenu comme au développement de l'analyse des politiques publiques. Celle-ci a conduit à réfléchir aux impacts afin de mieux évaluer les résultats des actions décidées, et à la mise en œuvre afin de comprendre ce qui a pu les produire. À l'évidence, le droit ne peut être étranger à aucune de ces préoccupations. Si l'effectivité signifie le respect de fait des normes, l'efficacité renvoie à l'aptitude des normes à réaliser leur but »¹⁴⁹⁵.

Ainsi, l'appréciation de l'efficacité et de l'effectivité d'un système normatif alternatif est le principal moyen d'évaluer sa légitimité au plan juridique. À ce propos, Patrice Duran souligne qu'« effectivité et efficacité sont deux registres différents et pourtant complémentaires. De même qu'il est normal de savoir si les règles sont appliquées, il n'est pas inutile non plus de s'interroger pour savoir si cette application produit les effets attendus »¹⁴⁹⁶. C'est en quelque sorte le contrôle de la proportionnalité des moyens de mise en œuvre du droit¹⁴⁹⁷. Allant plus loin, Kal Raustiala précise que l'*effectiveness* peut être évaluée selon des statistiques tirées d'expériences naturelles ou d'analyses factuelles :

« Evaluating and improving compliance instead requires data about state behavior plus a theory and analysis of the causality of compliance, coupled with a counterfactual analysis or, if possible, a natural experiment. Evaluating effectiveness requires a similar analysis. [...] A natural experiment is exactly that: a situation in which many variables are held constant but one or two change, such as when one (domestic) state or locality changes product liability laws while others do not. Natural experiments are a rare but wonderful aid to analysis when they occur. A counterfactual analysis is a comparison of the observed outcome and the analyst's best guess about the likely course of events if the treaty or commitment or particular institution had not existed. A counterfactual analysis is a thought experiment rather than a natural experiment. »¹⁴⁹⁸

Il est donc naturel d'utiliser ces techniques en regard de l'évaluation des MoU pour opérationnaliser les axes d'analyse de l'effectivité et de l'efficacité. Dans le premier cas, il

1494. P. DURAN, préc., note 541, 2. Le terme « efficacité » utilisé par Duran correspond à la notion d'effectivité.

1495. P. DURAN, préc., note 541, 38.

1496. *Id.*

1497. L'évaluation de la proportionnalité viserait « à apprécier le bien-fondé d'une législation ou d'une réglementation en fonction des circonstances concrètes, des intérêts en présence, ou encore de l'équilibre entre inconvénients et avantages qu'elle comporte » : J. CHEVALIER, préc., note 45, 113.

1498. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 397.

s'agit d'apprécier l'opinion des experts du domaine et de considérer les statistiques impliquant ces ententes. Ces données permettront de vérifier si les autorités maritimes sont en mesure de s'imposer aux exploitants maritimes. Dans le second cas, il s'agit simplement de vérifier si les MoU réussissent à atteindre leurs objectifs.

Titre I

L'effectivité des MoU sur le contrôle par l'État du port

La complaisance maritime n'est pas un problème lié à l'absence de règles, mais plutôt à l'absence de volonté des intervenants à les mettre en œuvre. Dans ce contexte, l'effectivité des prescriptions sécuritaires est réduite. Or, nous avons pu constater que les MoU étaient en mesure de limiter l'effet relatif des traités. Déjà, en demandant à leurs membres de mettre en œuvre les instruments internationaux établissant les normes sécuritaires minimales, les MoU permettent d'accélérer l'intégration, donc l'effectivité, de ces dernières au sein des États¹⁴⁹⁹. Les MoU prétendent mettre de l'avant des normes systémiques de coordination entre des autorités maritimes chargées du contrôle du respect des prescriptions donc, ultimement, d'assurer l'effectivité de ces dernières. Encore faut-il que ces normes qui assurent la cohésion des réseaux MoU puissent elles-mêmes être effectives auprès des partenaires pour garantir le bon fonctionnement de ce système de contrôle. En regard de ces éléments, il faut vérifier à l'étape *ante-a posteriori* si les règles de coordination des MoU et les contrôles des navires sont véritablement mis en œuvre et s'ils ont été intégrés dans le comportement des acteurs maritimes. En outre, il en va de la crédibilité d'une entente comme les MoU d'être l'objet de préoccupations : « When it is difficult to observe whether governments are making an honest effort to enforce a cooperative agreement, the agreement is not credible. »¹⁵⁰⁰

L'effectivité est un constat de causalité direct entre des mesures normatives et un changement de comportement de ceux visés par celles-ci. Autrement dit, l'effectivité renvoie à la réalisation de la volonté de se conformer à la norme¹⁵⁰¹. Elle implique nécessairement l'adhésion : « l'effectivité ne dépend pas de la juridicité des normes, mais plutôt de l'adhésion qu'elle suscite chez leurs destinataires. »¹⁵⁰² À l'échelle internationale,

1499. En effet, au plan de la sécurité, ce processus permet de contrer l'effet relatif des traités : *supra*, p. 308. Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 274.

1500. G. MAJONE, préc., note 663, 90. Voir aussi J. K. MARTIN et A. PAINTER, préc., note 774, à la page 113.

1501. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 388, 391, 394, 398. Voir aussi O. R. YOUNG, préc., note 1026, à la page 95.

1502. K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 826.

les normes sont élaborées aussi bien sur des fondements relevant du droit positif contraignant, des mesures consensuelles ou encore les deux à la fois – comme dans le cas des MoU –¹⁵⁰³. Or, l’effectivité relève davantage de l’état de fait. En outre, cette dernière se mesure en fonction des infrastructures utiles à la mise en œuvre des engagements :

« *Effectiveness* is the first concern of governors. Government is not only about good intentions; it is also about getting things done. To be effective in society, a government must be able to mobilize and allocate resources to meet its commitments of public policy. In addition, a government must be able to organize the complex maze of institutions that constitute the modern state. A government is more *or* less effective, depending upon the resources and organization it commands. »¹⁵⁰⁴

Par conséquent, l’effectivité est donc associée à une analyse qui « englobe une véritable évaluation des effets du droit, prenant en compte le point de vue des usagers. »¹⁵⁰⁵ Or, mesurer le sentiment d’adhésion des acteurs à une règle n’est pas chose facile. Il faut s’en remettre à la vérification empirique des comportements. À cet égard, il existe peu d’outils utiles et les variables sont multiples¹⁵⁰⁶. Bref, aux fins de notre étude, l’analyse de l’effectivité des MoU tient en quelques dimensions essentielles qui doivent guider notre réflexion. Premièrement, les autorités maritimes membres de ces ententes se sentent-elles tenues de respecter les règles internes aux fins d’atteinte des objectifs ? Cette question nous ramène à l’effectivité interne des MoU. Deuxièmement, les règles de coordination des MoU sont-elles susceptibles de s’imposer aux régulés, en l’occurrence les transporteurs maritimes, qui devront intégrer ce système de contrôle dans les méthodes de gestion de leurs navires ? Cette préoccupation nous renvoie à l’effectivité externe des MoU. Troisièmement, comment les efforts de coordination des MoU peuvent-ils être considérés dans les instruments juridiques d’ordre législatif ou judiciaire ? Cet autre volet nous amène à étudier l’intégration des MoU en droit pour vérifier une situation d’effectivité juridique minimale.

1503. Richard BILDER, « Beyond Compliance : Helping Nations Cooperate », in D. SHELTON (ed.), préc., note 1268, p. 65, à la page 66.

1504. Richard ROSE, « The Nature of Challenge », in Richard ROSE (ed.), *Challenge to Governance : Studies in Overloaded Policies*, Beverly Hills, Sage, 1980, p. 5, à la page 7.

1505. J. CHEVALIER, préc., note 45, 118.

1506. B. LANGE, préc., note 683, 222.

Chapitre 1

L'effectivité interne des MoU : la portée normative de ces réseaux sur les autorités parties

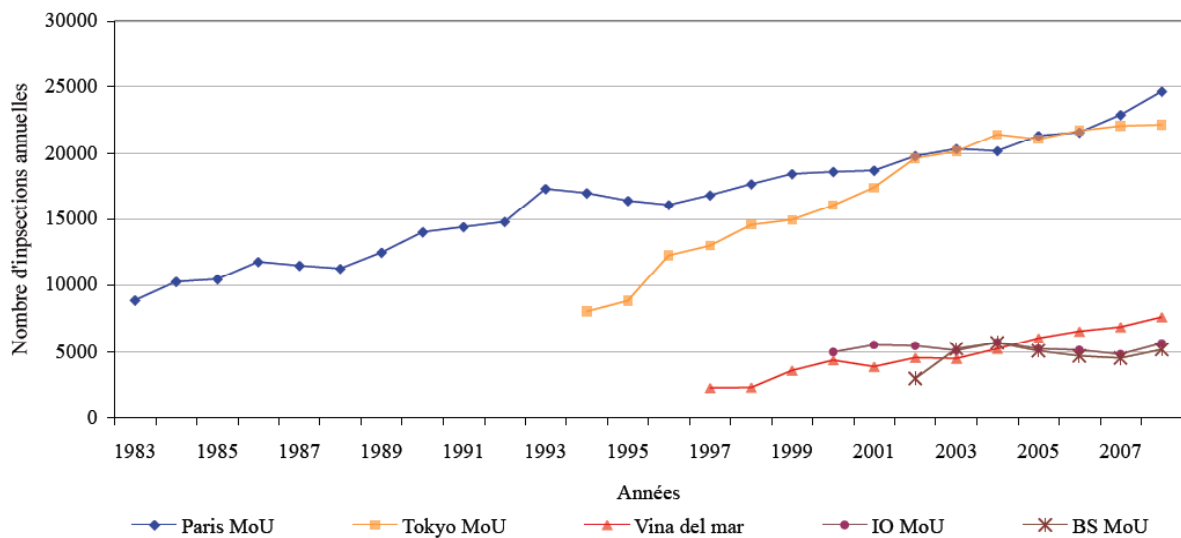
Le transgouvernementalisme met en jeu des mécanismes relationnels relevant d'une dynamique tantôt qualifiée d'affective à travers des sentiments d'appartenance, tantôt basée sur la persuasion par l'exercice de la *soft power*¹⁵⁰⁷. Malgré que ces mécanismes puissent laisser croire que les dispositions des MoU seront respectées, et ce, même en l'absence d'un caractère juridique obligatoire, il faut être en mesure d'évaluer par des constatations factuelles si les autorités maritimes des États membres appliquent véritablement les règles comme elles se sont engagées à le faire. Dans cette section, nous tâcherons d'évaluer, par une analyse quantitative, si des opérations d'inspection et d'immobilisation des navires sont réellement menées dans le cadre des MoU, tant au plan collectif qu'individuel.

Section 1 Évolution générale du contrôle et des détentions des MoU

L'étude de l'effectivité des règles de coordination du contrôle des navires par les autorités maritimes membres d'un MoU exige que nous puissions faire un constat préalable sur l'existence ou non d'inspections, et ce, en quantité significative. En somme, y a-t-il des inspections réalisées collectivement par les membres des MoU ? Si oui, en quel nombre ? Et finalement, la tendance est-elle à l'accroissement de ces opérations ou à une diminution de celles-ci ? L'approche d'une analyse diachronique permet d'apprécier autant les quantités d'inspections menées que les variations de celles-ci sur des périodes de temps. À cet égard, le graphique n° 1 intitulé *Évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU*, présenté ci-dessous, reprend sous forme de courbes diachroniques les données offertes dans la section des statistiques des rapports annuels du

1507. Sur le partage de valeurs communes au sein d'une communauté épistémique : *supra*, p. 261 et s. ; sur la persuasion : *supra*, p. 347 et s.

Paris MoU, du Tokyo MoU, de l'Accord de Viña del Mar, de l'IO MoU ainsi que du BS MoU – ces MoU sont les seuls qui offrent des données suffisantes à propos de leurs activités à l'échelle régionale pour traiter l'évolution des résultats –. Il expose des courbes liées au nombre annuel d'inspections réalisées par l'ensemble des membres du MoU que chacune d'entre elles vise respectivement. Les données exactes qui ont permis d'élaborer ces courbes sont compilées dans le tableau intitulé *Données comparatives sur l'évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU* présenté en annexe 1 de notre document.



Graphique n° 1 : *Évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU*

À la lecture du graphique n° 1, nous constatons non seulement que des inspections sont réellement menées sur les navires en escale dans les ports des régions visées par les MoU, mais que le nombre de ces contrôles est constamment en progression dans les cas du Paris MoU, du Tokyo MoU et de l'Accord de Viña del Mar. Le Paris MoU a enregistré 8 836 inspections en 1983 et 24 647 en 2008, représentant une progression d'environ 279 % en 25 ans. Pour sa part, le Tokyo MoU a enregistré 8 000 inspections en 1994 et 22 149 en 2008, une progression d'environ 276 % en 14 ans. Enfin, l'Accord de Viña del Mar a enregistré 2 259 inspections en 1997 et 7 596 en 2008, en progression d'environ 336 % en 11 ans! Ce sont des réseaux en pleine croissance. Dans le cas de l'IO MoU et du

BS MoU, le nombre d'inspections annuellement menées est généralement stable avec une très légère tendance à la hausse. Ces résultats permettent aussi de soutenir que les contrôles des navires par les autorités membres des MoU sont en nombre substantiel. Somme toute, leurs inspections sont une réalité qui s'impose aux intervenants maritimes. Qui plus est, collectivement, les autorités membres de MoU ont le souci d'accroître les activités ou du moins d'en maintenir le niveau. Toutefois, cet aspect ne peut être qu'un préalable à notre analyse quantitative. En effet, ces données grossières ne sont pas suffisantes pour établir le véritable caractère effectif des règles de coordination auprès des membres des réseaux MoU : des autorités maritimes pourraient mener davantage d'inspections pour compenser le nombre réduit d'opérations d'inspection d'autres membres. Dans ces conditions, l'effectivité des MoU serait discutable puisque les membres n'atteindraient pas tous le quota d'inspection convenu. La notion d'effectivité nous pousse donc à enquêter pour déterminer si tous les membres d'un MoU s'obligent au quota d'inspection convenu.

Section 2 L'atteinte des quotas de contrôle par les États membres

L'effectivité doit s'exercer à l'intérieur même du réseau afin que celui-ci acquière son caractère normatif. Or, les MoU sont des ententes administratives de coordination d'activités d'inspections dont les règles visent d'abord les autorités maritimes qui en sont membres. Malgré des statistiques qui démontrent le maintien ou la croissance d'une activité réelle de contrôle au sein des MoU, ces données seules ne peuvent indiquer si l'engagement de chacun des membres à respecter les règles du réseau est présent, et ce, de manière constante. D'ailleurs, traitant du contrôle par les États portuaires du Paris MoU, Henri de Richemont soulignait en 2000, dans son rapport, que « [l]es États réalisent d'une façon très inégale les contrôles leur incombant »¹⁵⁰⁸. Cette idée est confirmée par M. Michel de Fabiani, Président de *BP France*, qui souligne que « Si nous prenons l'exemple européen, nous voyons clairement que le niveau des inspecteurs de port et leur densité ne sont pas identiques actuellement dans tous les pays d'Europe. »¹⁵⁰⁹ Ce constat préliminaire

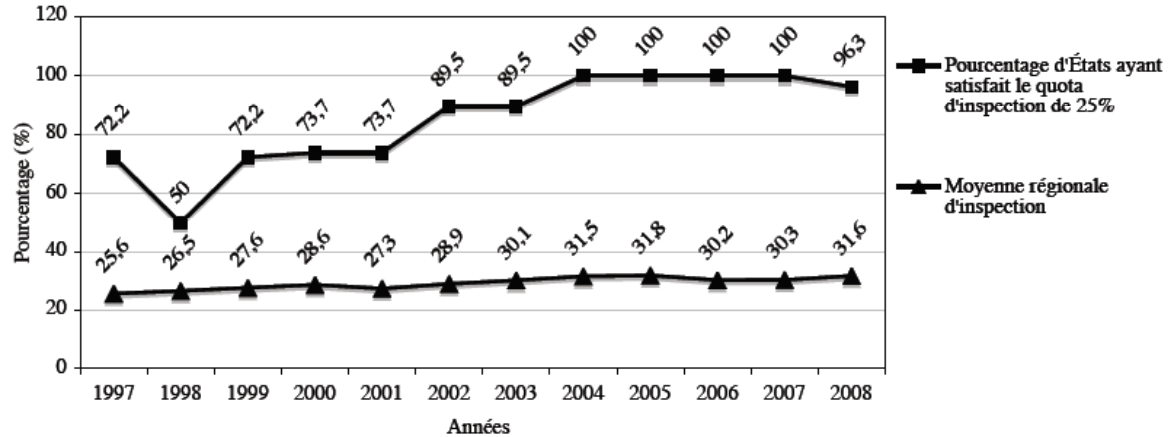
1508. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156 (pdf).

1509. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 158.

nous incite à mener une étude plus approfondie des statistiques fournies par des MoU. En outre, nous pouvons nous intéresser à l'atteinte des quotas relatifs au contrôle des navires en escale dans les ports comme indicateur d'effectivité interne des MoU.

Des quotas d'inspection qui ne sont pas toujours rencontrés, mais qui font l'objet d'une préoccupation grandissante — Chacun des États membres du Paris MoU est, encore aujourd'hui, soumis à un quota minimal d'inspection de 25 %. Sachant que les navires accostent dans plusieurs ports d'une même région, si chacun des États membres réalise le quota de 25 % auquel il s'est engagé, la proportion de navires inspectés devrait atteindre 90 % pour l'ensemble de la région européenne¹⁵¹⁰. En bref, ce système de quota permet, au plan quantitatif, d'assurer une couverture de contrôle presque totale. Sur le plan de l'effectivité, il est donc incontournable de s'interroger si ce quota est atteint individuellement et collectivement par les membres du MoU. Or, les rapports annuels du Paris MoU offrent pour chacun des États membres des données sur le pourcentage de navires qui ont fait escale dans au moins un de leurs ports. Ainsi, nous pouvons déterminer si les membres réalisent le quota minimal de 25 %. Par ailleurs, les données statistiques offrent aussi une moyenne régionale de ces pourcentages. Le graphique n° 2 intitulé *Effort d'inspection des États membres du Paris MoU* synthétise l'ensemble des données pertinentes, à savoir l'évolution de la moyenne régionale des pourcentages des inspection qui ont été réalisées par chacune des autorités membres ainsi que l'évolution de la proportion d'États membres ayant atteint le niveau minimal de 25 % d'inspection. Dans le premier cas, nous avons simplement retranscrit la moyenne régionale annuelle qui est inscrite dans chacun des rapports annuels. Dans le deuxième cas, nous avons calculé sur la base des données offertes par le graphique intitulé *Inspection efforts of members compared to target* des rapports annuels du Paris MoU, un ratio en pourcentage en opérationnalisant la formule du nombre d'États ayant atteint le quota de 25 % sur le nombre total d'États membres en multipliant le résultat par cent.

1510. M. CUTTLER, préc., note 243, 195.



Graphique n° 2 : *Effort d'inspection des États membres du Paris MoU*

L'analyse de ce graphique nous permet, dans un premier temps, de constater que, sur la base d'une moyenne régionale, l'objectif de 25 % d'inspection des navires en escale est généralement atteint ou même dépassé. En 2008, le pourcentage moyen a atteint son plus haut niveau avec 31,6 %. Évidemment, cela reste une moyenne et ne permet toujours pas d'affirmer que tous les membres atteignent cet objectif. En outre, indécélables parmi ces résultats, des resquilleurs peuvent exister au sein du groupe. D'ailleurs, à la vue de la seconde partie du graphique, on constate que durant longtemps certains États ne prenaient pas les mesures nécessaires pour réaliser cet objectif essentiel. À cet égard, tout en soulignant le caractère opportun des MoU comme système de riposte adapté au manque de sécurité maritime, le professeur Christian Scapel n'a pas manqué en 2000 de souligner, de manière tout à fait pertinente à l'époque, que « hélas, un certain scepticisme doit nuancer le bilan. Les obligations de contrôle des navires souscrites par les États ne sont pas effectivement et ponctuellement remplies. » Ajoutant immédiatement que « [I]es moyens, matériels et humains, ne sont pas suffisants dans la plupart des États. »¹⁵¹¹ En effet, sur une période prolongée, plusieurs membres du MoU n'ont pas su atteindre le quota d'inspection de 25 % prescrit par le Paris MoU. Un fait important est à noter, la France a été dans cette situation peu enviable à de multiples reprises. Bien que ce ne fut pas le seul pays au sein du groupe européen ayant eu ce type de problème, il y a ceci de particulier qu'elle a été la principale instigatrice du Paris MoU¹⁵¹². Jusqu'en 2003, la France n'a pas réalisé son

1511. C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 134. Voir aussi J.-P. BEURIER, préc., note 221, 102.

1512. C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 134. Voir aussi J.-P. BEURIER, préc., note 221, 102.

engagement d'inspecter 25 % des navires en escale dans au moins un de ses ports. D'ailleurs, pendant trois années, elle a occupé la dernière position, loin derrière ses partenaires avec un taux de 12,2 % en 2000, de 9,6 % en 2001 et de 16,6 % en 2002¹⁵¹³. La faiblesse de ses taux de contrôle en 1999 et 2000 lui a valu une condamnation par la Cour de justice des communautés européennes pour le non-respect de l'article 5 de la directive 95/21/CE¹⁵¹⁴. Répondant aux reproches formulés contre elles, les autorités françaises ont toujours invoqué le manque d'inspecteurs, l'accroissement considérable de leurs tâches – notamment avec les mesures pour enrayer le terrorisme, notamment avec la mise en œuvre du Code ISP – ainsi que les difficultés de recrutement. Pour pallier le manque d'inspecteurs, la France s'est vue obligée d'employer temporairement des capitaines à la retraite¹⁵¹⁵.

L'évolution de la courbe représentant le pourcentage d'États ayant atteint le quota d'inspection de 25 % des navires en escale indique que depuis 2002 les États membres respectent très largement le quota exigé. De 2004 à 2007, tous les États ont respecté

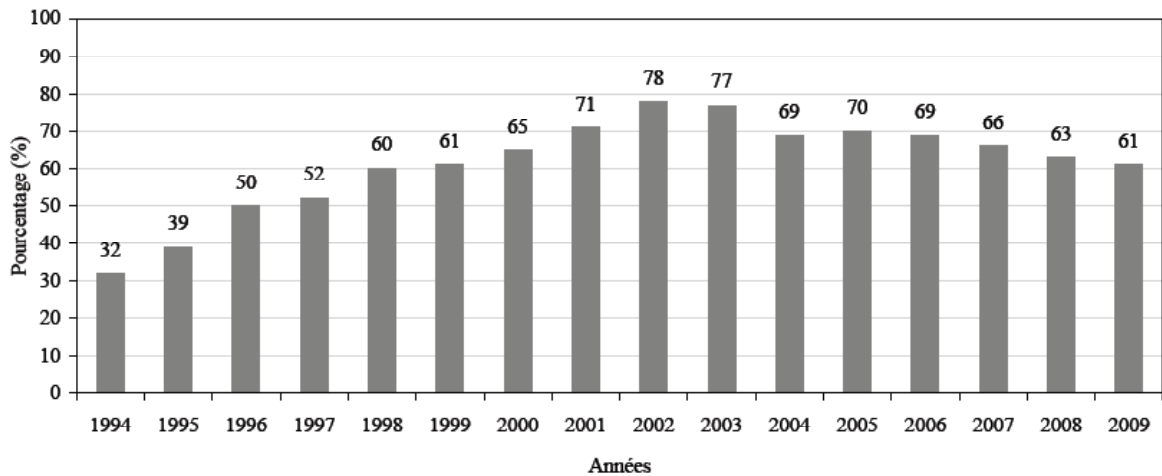
-
1513. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 154 (pdf). En 2004, François Goulard, alors secrétaire d'État à la Mer, a reconnu les difficultés de la France à rencontrer l'objectif d'inspection de 25 % des navires en escale. Par contre, ce niveau d'inspection a été atteint en 2003 avec 30 %. Ce niveau ne sera pas atteint en 2004 en raison de la lutte au terrorisme : M. Frat et F. LEMOINE, préc., note 292 (encadré particulier intitulé « Le secrétaire d'État à la Mer s'explique »). Voir aussi D. DUFRESNE, N. DE LA CASINIÈRE et É. JOSZEF, préc., note 648 ; Cédric MATHIOT, « Paris respecte à sa manière l'obligation européenne de contrôle des navires. Cargos poubelles : la France à bons ports ? », *Libération* 4 fév. 2004.13 ; Eddy SURMONT, « Sécurité maritime. La ministre Durant visite un cargo de Singapour rongé par la rouille - La Belgique renforce les contrôles des "rafts poubelles" », *Le Soir* 5 mars 2003 ; Philippe BROUSSARD, « Des inspecteurs au chevet des bateaux », *Le Monde*, Horizons, 18 déc. 2002.4 ; Pierre BOCEV, « La Commission prépare une « liste noire » de navires interdits de mouillage en Europe. Bruxelles épingle les bateaux poubelles », *Le Figaro*, International, Europe, 30 nov. 2002.6 ; F. GROSRIEUX, préc., note 238.
1514. Cour de justice des communautés européennes, 22 juin 2004, *Commission des Communautés européennes c. République française* (cinquième chambre), l'affaire C-439/02. Voir aussi C. MATHIOT préc., note 1514 ; « Contrôles des navires : Bruxelles condamne la France pour ses insuffisances passées », *JMM* 25 juin 2004.5 ; Yann BESSOULE, « Contrôle par l'État du port : Bruxelles épingle la France » *Le Marin* 28 sept. 2001.3 ; Yann BESSOULE, « Sécurité maritime : Bruxelles envoie la France au tribunal », *Le Marin* 19 juil. 2002.2 ; Michel LE TALLEC, « Contrôle des navires : la France condamnée », *Le Marin* 25 juin 2004.2.
1515. Michel NEUMEISTER, « Port State Control : La France de nouveau sous-norme? », *JMM* 18 juin 2004.4 ; Michel NEUMEISTER, « Inspections des navires : les effectifs se renforcent », *JMM* 16 mars 2001.444 ; Richard Vincent, Secrétaire général du Syndicat national CGT des personnels de l'administration de la mer, a souligné pour sa part que « [g]lobalement nous [(la France)] disposons d'un nombre suffisant d'inspecteurs bien formés mais largement sous-employés du fait de dysfonctionnements internes. Par ailleurs, la différence de rémunération entre civils et militaires effectuant le même travail est une cause de démotivation » : propos recueillis en entrevue par Michel NEUMEISTER, « Port State Control : un problème d'organisation et non pas d'effectifs », *JMM* 9 juil 2004.7.

l'objectif de 25 % d'inspection. En 2008, seulement l'Estonie n'a pas su atteindre cet objectif. Ainsi, malgré que le nombre de ses membres soit passé de 18 en 1997 à 27 en 2008, ces derniers s'efforcent d'atteindre l'objectif d'inspection prescrit. Sur la base de ces données tant collectives qu'individuelles, l'effectivité au sein même du Paris MoU est très bonne. Sur la base du même type d'analyse, le cas du BS MoU constitue un cas particulier d'effectivité totale.

L'atteinte du quota de 15 % par tous les membres du BS MoU — Concernant l'effectivité interne du BS MoU, le tableau intitulé *Inspection data by Authority* présent dans les rapports annuels de ce réseau offre des résultats impressionnants puisque tous les membres de ce dernier dépassent très largement le quota d'inspection établi à 15 % des navires qui entrent dans au moins un de leurs ports. En effet, depuis 2005 – date à laquelle les taux d'inspection sont inscrits dans les rapports annuels –, la Turquie reste le partenaire qui a les taux les plus faibles avec 23,39 % en 2005, 23,34 % en 2006, 32,97 % en 2007 et 26,92 % en 2008. Pour les autres membres, entre 2005 et 2008, les taux d'inspection se situent généralement entre 40 % et 60 %. À l'échelle régionale, le taux d'inspection a été 36,16 % en 2005, 38,11 % en 2006, 41,37 % en 2007 et 68,45 % en 2008. À la vue de ces résultats, il est évident que les autorités membres du MoU ont le souci d'atteindre et même de largement excéder le quota d'inspection prescrit par le MoU. En toute apparence, l'effectivité interne de ce MoU dépasse toutes les attentes.

Un bilan d'effectivité interne mitigé pour le Tokyo MoU en raison d'un objectif d'inspection exclusivement collectif — Au sein du Tokyo MoU, la situation est différente du Paris MoU et du BS MoU. En effet, le quota d'inspection de 75 % en vigueur depuis 2000 s'applique à l'ensemble des États membres et n'est pas exigé à l'échelle individuelle. Il s'agit dans ce cas-ci d'un objectif régional de contrôle qui exige la distribution équitable des efforts entre les pays développés et en voie de développement qui en sont membres. L'appréciation de l'effectivité en regard d'un indicateur fondé sur l'objectif fixé ne peut s'apprécier que sur une base collective. De 1994 à 2000, le quota d'inspection collectif était limité à 50 % pour toute la région, mais il a été rehaussé. En effet, depuis sa mise en place en 1994, ce réseau a rapidement atteint son objectif quantitatif de contrôle. Le graphique n° 3 intitulé *Effort d'inspection du Tokyo MoU* ci-dessous présente l'évolution de

la moyenne annuelle de contrôle colligée dans les rapports annuels du Tokyo MoU. Mis à part les années 2002 et 2003, les membres du Tokyo MoU n'ont pas réussi pas à atteindre l'objectif de 75 %. D'ailleurs, depuis 2004, le taux d'inspections régional ne cesse de diminuer pour se situer à 61 % en 2009. Par ailleurs, il faut souligner que la majorité des membres du Tokyo MoU n'atteignent pas individuellement un taux d'inspections de 50 %. En fait, un bon nombre de membres ont des taux d'inspection très faibles, ne dépassant pas même 10 %.



Graphique n° 3 : *Effort d'inspection des membres du Tokyo MoU*

À la lecture des données offertes par les rapports annuels du Tokyo MoU, des disparités apparaissent clairement et permettent de regrouper les États sous trois catégories. Il y a d'abord les autorités qui atteignent les quotas, à savoir celles issues de l'Australie, du Japon, de la Nouvelle-Zélande et de la Fédération de Russie. Ensuite, il y a les autorités qui sont en progression, notamment celles issues du Canada et de la Chine. Enfin, il y a le groupe d'autorités d'États en voie de développement qui disposent de peu de moyens de contrôle, comme la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Vanatu et la Thaïlande qui maintiennent des niveaux d'inspections en deçà de 10 %. En fait, les obligations collectives de contrôle établies par le Tokyo MoU posent un problème d'effectivité interne au réseau puisque, non seulement l'effort constaté est loin d'être uniforme, mais les membres ne réussissent pas non plus à maintenir le taux d'inspection désiré pour la région. Au surplus, la couverture de contrôle par les États portuaires membres doit être disproportionnée au plan

géographique. En effet, il est à supposer qu'elle est renforcée dans les pays de la première catégorie et beaucoup plus faible dans les États de la troisième catégorie. Néanmoins, il faut éviter de dresser un tableau trop sombre de la situation. En effet, il faut retenir que l'activité du Tokyo MoU est soumise aux fortes disparités des ressources de ses membres, lesquelles peuvent affecter la couverture du contrôle¹⁵¹⁶. Toutefois, retenons que, malgré cette contrainte, ce réseau dépasse amplement l'objectif initial de 50 % qu'il s'était fixé. Ce niveau d'effectivité est, somme toute, valable ; d'autant plus que nombre d'États qui en sont membres s'investissent dans les contrôles portuaires à la hauteur de leurs moyens. Et, si le Tokyo MoU n'existait pas, les États les plus faibles ne réaliseraient probablement aucun contrôle.

Des données insuffisantes ou absentes pour les autres MoU — Quant aux autres MoU, il est difficile d'apprécier l'effort de leurs membres à rencontrer le quota d'inspection, et ce, tant au plan individuel que collectif. D'une part, dans les rapports annuels de l'Accord de Viña del Mar et de l'IO MoU, les statistiques ne comportent aucun pourcentage sur l'effort d'inspection des navires en escale dans les ports de leurs membres. En effet, le nombre d'inspections n'est offert que sous une forme de valeurs absolues, et ce, sans fournir le nombre de navires ayant fait escale dans les ports. Il n'est donc pas possible d'en déduire un pourcentage. D'autre part, les données pour le C MoU, le Med MoU, l'Abuja MoU et le Riyadh MoU sont absentes. En bref, les données ne sont pas suffisantes pour assurer la pleine transparence des activités du réseau à l'égard des engagements. D'ailleurs, cette transparence quant à l'effectivité doit aussi se réaliser au plan qualitatif. Or, sur la qualité des contrôles, plusieurs aspects sont identifiables à commencer par le problème d'interprétation que font les membres des dispositions des MoU.

1516. R. P. BARSTON, préc., note 1097, à la page 97.

Section 3 Les problèmes d'interprétation quant au quota pour l'inspection

Il peut exister un problème d'interprétation des devoirs d'inspection qui sont prescrits par les MoU. Le cas des taux d'inspections de la France est un excellent exemple. En effet, le journaliste Cédric Mathiot révèle l'existence, durant plusieurs années, d'une controverse d'interprétation du Paris MoU à l'égard des obligations des autorités d'inspecter les navires en escale portuaire; ce qui aurait eu un effet sur les taux d'inspections réalisés par la France :

« La France, elle, considère qu'elle doit inspecter 25 % des «navires étrangers visitables», et retranche de ses calculs les navires récemment inspectés à l'étranger. « Il ne s'agit pas simplement de compter les escales, il faut tenir compte du fait que certains navires ont été visités en amont, en Allemagne ou en Belgique », affirme le chef du centre du Havre.

Sauf que cette interprétation est réfutée à Bruxelles. «La règle des 25 % s'applique à tous les navires étrangers escalant dans les ports d'un Etat. Elle n'a rien à voir avec les contrôles faits à l'étranger », assure un conseiller à la Commission. En clair, la France aurait tendance à diminuer sa charge de travail, ce qui mécaniquement ferait grimper ses pourcentages... »¹⁵¹⁷

Cette disparité d'interprétation révèle un problème d'effectivité des mesures normatives non contraignantes issues d'instruments relevant de la *soft law*. En effet, les participants peuvent faire une interprétation favorable des dispositions sans être inquiétés qu'une instance supranationale puisse préciser le tout. Il est possible que les activités d'un membre soient biaisées par l'interprétation qu'il fait d'une règle. Par contre, en raison de l'intégration des mesures du Paris MoU – en outre, les questions de quota d'inspection – au droit communautaire par l'entremise de directives européennes, il est envisageable que la France soit traînée devant la Cour des communautés européennes si elle devait persister dans cette interprétation. Toutefois, ce phénomène ne peut éclipser une autre forme de manipulation statistique qui est liée à la qualité des contrôles menés.

1517. C. MATHIOT, préc., note 1513.

Section 4 Le manque d'uniformité en regard de la qualité des contrôles

Nous avons basé notre analyse de l'effectivité interne des MoU sur des données statistiques fournies par les rapports annuels de différents MoU. Or, les données statistiques que fournissent les membres des MoU peuvent, insidieusement, avoir été manipulées sur le terrain lors de la création de l'information. En outre, cela peut impliquer un biais quant à l'aspect qualitatif sous-jacent à l'inspection. Henri de Richemont a rapidement identifié ce problème lorsqu'il souligne que les taux d'inspections sont des données statistiques qui sont manipulables sur le terrain puisqu'une autorité pourrait « choisir » les navires à contrôler, notamment ceux qui sont susceptibles d'avoir moins de problèmes. Cela permet d'augmenter le nombre d'inspections sans se charger pour autant des cas qui exigent des inspections renforcées ou des immobilisations :

« [...] un représentant d'un Etat du port a indiqué devant la mission que, compte tenu de l'insuffisance de personnel, les inspecteurs préfèrent souvent visiter cinq navires neufs dans une journée plutôt qu'un navire mal entretenu dont la visite prendrait toute la journée. Il faudrait au contraire cibler les mauvais navires pour que ceux-ci soient contrôlés de façon approfondie. On constate en effet que depuis 1995, le nombre de mauvais navires détenus décroît. Cependant, rien ne permet de dire si cette diminution résulte d'une amélioration de l'état de la flotte ou d'un accroissement des contrôles sur les navires neufs ou même de la réticence de nombreux Etats à détenir des navires. »¹⁵¹⁸

Une telle pratique serait révélatrice d'un contraste qualitatif concernant les opérations de contrôle menées par les membres d'un MoU. Cela incarnerait, au sein même des réseaux MoU, la réminiscence de la complaisance des États portuaires. Soulignons que les rapports annuels des MoU ne permettent pas de constater une faiblesse qualitative des inspections menées sur le terrain. Tout au plus, il est possible de déceler dans les statistiques sur les immobilisations et les bannissements des indices d'un manque d'uniformisation quant à la qualité des contrôles menés.

Des ratios d'ordonnances d'immobilisation et de bannissement disproportionnés entre des États membres du Paris MoU — Normalement, le navire contrôlé dans le cadre des activités d'un MoU doit faire l'objet d'une ordonnance d'immobilisation, si les inspecteurs montés à son bord jugent sa condition de dangerosité trop importante pour reprendre la mer. Dans le cadre du Paris MoU, un navire sous norme récidiviste doit faire

1518. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156 (pdf).

l'objet d'un bannissement des ports de la région. Même si l'immobilisation et le bannissement sont traités plus loin dans la perspective d'appréciation de l'effectivité externe des MoU, nous pouvons aussi déduire de ces mesures des éléments d'effectivité interne au réseau puisqu'elles sont de véritables indicateurs de la sévérité des contrôles réalisés. Or, les rapports annuels du Paris MoU nous apprennent que, pendant longtemps, les ratios d'immobilisations de navires non sécuritaires ordonnées par chacun des États participants sur le nombre total d'inspections que celui-ci mène se sont étendus sur une amplitude allant de 1 % à 10 %, et même de 1 % à 30 % pour certaines années. Une conclusion entre deux s'impose : les États ayant un ratio d'immobilisation sur le nombre d'inspections de navires beaucoup plus faible que les autres sont extrêmement chanceux de n'avoir que des bons navires en escale dans leur port ou encore, plus probablement, ces États n'appliquent pas les contrôles correctement, du moins avec la même sévérité¹⁵¹⁹. Les ordonnances de bannissement au sein du Paris MoU, présente aussi des incongruités. En 2003, une enquête journalistique révèle que plusieurs ordonnances de bannissement de navires ont été décrétées par chacune des autorités issues de l'Espagne, de l'Italie, de la Grèce, du Royaume-Uni et de la France alors que, pour leur part, celles de l'Allemagne, de la Belgique, de la Croatie, de la Suède et du Portugal n'ont chacune qu'un seul bannissement à leur actif, et ce, malgré le nombre élevé d'inspections qu'elles ont menées durant la même période. Pourtant, il s'agit de la même région et les disproportions d'ordonnance de bannissement entre des membres du Paris MoU touchent autant le front atlantique que le bassin méditerranéen. De deux choses l'une, les autorités maritimes issues de ces derniers États n'ont pas accueilli de graves cas de navires sous normes récidivistes dans leurs ports ou ils n'ont pas « su » les détecter. En fait, l'idée que la sélection des navires aux fins d'inspection par certaines autorités maritimes ait été réalisée en fonction de leur bonne condition sécuritaire – un cas d'aveuglement volontaire – constitue une hypothèse solide qui affecte l'effectivité interne du Paris MoU. En bref, il faut déplorer le manque de données statistiques plus précises sur cette question. Celles-ci permettraient l'identification des ports dans lesquels l'exercice de contrôle sécuritaire est le plus performant¹⁵²⁰.

1519. R. SALVARANI, préc., note 496, 228.

1520. Michel NEUMEISTER, « Quels sont les ports actifs ? », *JMM* 20 août 2004.7.

Les cas particuliers de la Géorgie et des Philippines au sein du BS MoU et du Tokyo MoU — Par ailleurs, toujours à l'égard du manque d'uniformité des contrôles, le cas de la Géorgie, au sein du BS MoU, est particulièrement frappant puisque ses taux d'inspection, les plus élevés de son réseau, laissent place à un ratio du nombre d'immobilisations sur le nombre d'inspections le plus faible de la région¹⁵²¹. Celui des Philippines au sein du Tokyo MoU est similaire au cas de la Géorgie puisque, malgré le grand nombre d'inspections que son autorité maritime peut réaliser, son ratio d'immobilisations sur le nombre d'inspections est quasi nul¹⁵²². Ces deux cas d'espèce nous font croire qu'un problème d'effectivité interne se joue sur le plan de la qualité des inspections menées sur le terrain.

Malgré que les autorités maritimes membres des MoU puissent manipuler sur le terrain les statistiques, il n'empêche que la transmission de leurs rapports d'inspection ainsi que leur rapport d'activités aux secrétariats d'un MoU incite au respect des règles. Par conséquent, il y a une plus grande effectivité du système de coordination :

« On peut être sceptique sur les mérites du système des rapports, estimant que les gouvernements qui les rédigent peuvent embellir leur action. Toutefois, le fait même de devoir rédiger ces textes exerce sur eux une certaine pression. En outre, le plus souvent ces rapports sont discutés au sein de l'organe de contrôle et les représentants des autres États, voire dans certains cas ceux d'organisations non gouvernementales, peuvent adresser des

1521. La Géorgie inspecte annuellement 500 à 900 navires. En 2005, 2006, 2007 et 2008 ses taux d'inspections ont largement dépassé le quota d'inspections de 15 % demandé par le BS MoU avec respectivement de 93,46 % (!), 87,39 % et 58,86 %, 68,8 % alors que son ratio d'immobilisations sur le nombre d'inspections est, pour les mêmes années, le plus bas de tous les membres du BS MoU, avec respectivement 0,13 % (moyenne régionale de 6,23 %), 1,24 % (moyenne régionale de 5,56 %), 1,24 % (moyenne régionale de 9,37 %), 0,81 % (moyenne régionale 8,46 %. Faut-il conclure que les navires du bassin de la mer Noire qui font escale dans les ports de la Géorgie sont particulièrement en bon état? Il faut en douter. Plus probablement, les inspecteurs géorgiens n'ont pas reçu la formation nécessaire et/ou ils ferment les yeux sur plusieurs lacunes et/ou encore ils répugnent à exercer leur pouvoir de détention. Pour les données, voir le tableau 1 intitulé *Inspection data by Authority and by Regions* des rapports annuels du BS MoU de 2005 à 2008.

1522. Les Philippines mènent un nombre grandissant d'inspections passant de 377 navires inspectés en 2005 à 1233 en 2009. Même s'il n'atteint pas l'objectif régional de 75 % du Tokyo MoU, son taux d'inspection va en s'accroissant et atteint maintenant un niveau très respectable (22,24 % en 2005, 31,78 % en 2006 41,46 % en 2007, 50,3 % en 2008 et 59,77 % en 2009). Toutefois, pour la même période, le ratio en pourcentage d'immobilisations des navires sur le nombre d'inspections est particulièrement faible : de 0,47 % en 2005 (moyenne régionale de 5,21 %), de 0,32 % en 2006 (moyenne régionale de 5,40 %), de 0 % (!) en 2007 (moyenne régionale de 5,62 %), de 0,08 % en 2008 (moyenne régionale de 6,91%), 0,13 % en 2009 (moyenne régionale de 5,78 %). Ces données font croire à l'hypothèse que l'autorité maritime des Philippines exerce un contrôle qui n'est pas de qualité comparable à ceux réalisés par les partenaires du Tokyo MoU et n'applique pas un contrôle sévère. Pour les données, voir le tableau 2 intitulé *Port State Inspections carried out by Authorities* des rapports annuels du Tokyo MoU de 2005 à 2009.

questions ou des demandes d'information à l'auteur du rapport. Le ressort du système est d'ordre psychologico-politique : certes, les États ne protègent pas toujours l'environnement comme ils devraient le faire, mais ils tiennent généralement à leur image de marque dans un domaine où l'opinion publique est particulièrement sensibilisée et cherchent à éviter les reproches formulés à ce sujet à leur encontre. »¹⁵²³

Nul doute que certaines statistiques exprimées dans les rapports annuels des MoU semblent avoir fait l'objet d'un « gonflement », mais ce maquillage permet de conclure qu'une véritable préoccupation anime les autorités maritimes à vouloir protéger leur image en voulant se conformer, du moins en apparence, aux objectifs fixés par les MoU; même si cela doit être au prix de résultats parfois surprenants, voire contradictoires. Comme quoi, l'effectivité interne des MoU est bien présente, mais elle n'est pas parfaite : un biais existe parfois sur le terrain. Il s'agit maintenant d'améliorer cette situation en renforçant l'effectivité interne.

La désignation des navires à inspecter par le centre d'information du MoU pour éviter le « choix » par les autorités — Compte tenu de ce qui précède, il y a place à l'amélioration du système de couverture régionale des contrôles, donc de l'effectivité générale de ces derniers. Dans son commentaire, présenté tout juste ci-haut, Henri de Richemont souligne que le moyen d'éviter la manipulation des statistiques est de mettre l'accent sur le ciblage des mauvais navires qui doivent être inspectés¹⁵²⁴. Un système qui permettrait un tel ciblage retirerait aux autorités maritimes la discrétion de « choisir » les navires qu'ils veulent inspecter. Il y a déjà la mise sur pied de systèmes composés des facteurs de ciblage et qui obligent les autorités à contrôler les navires avec un certain pointage. L'initiative d'inspection reste néanmoins entre les mains des autorités maritimes.

Toutefois, depuis 2004, les membres du Paris MoU ont travaillé à la mise en place du *new inspection regime* (NIR) qui permettrait d'abolir le système de quota de 25 % d'inspection des navires en escale pour plutôt exiger des membres qu'ils réalisent obligatoirement l'inspection des navires désignés par le système informatique de ciblage. De la même manière, les navires qui présenteraient des caractéristiques de qualité lors d'inspections se verraient récompensés par l'attribution de facteurs de ciblage favorables et leur inscription sur une liste blanche offrant le privilège de ne pas être inquiétés par une

1523. J.-P. BEURIER et A.-C. KISS, préc., note 1074, n° 75, p. 55 .

1524. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156 (pdf).

inspection durant une certaine période d'un maximum de deux ans. Quant aux navires pris en défaut sécuritaire et/ou associés à un État du pavillon ou une société de classification figurant sur une liste noire, ils seraient susceptibles d'être l'objet d'un suivi serré impliquant des contrôles répétitifs tous les six mois¹⁵²⁵. En Mai 2009, le PSCC du Paris MoU a adopté le système NIR qui doit être en service en janvier 2011¹⁵²⁶.

Évidemment, des réserves s'imposent à l'égard du NIR. D'une part, les membres doivent disposer d'inspecteurs compétents en nombre suffisant pour assurer des contrôles crédibles¹⁵²⁷. D'autre part, les inspecteurs des autorités maritimes doivent aussi être en mesure d'exercer un pouvoir discrétionnaire leur accordant la possibilité d'inspecter les navires en escale qui sont dénoncés d'une façon ou d'une autre comme étant sous normes ou qui à l'évidence le sont.

Section 5 Les problèmes inhérents au contrôle des navires qui affectent l'effectivité interne des MoU

Les MoU sont des systèmes normatifs de coordination des activités d'inspection. Toutefois, ces dernières comportent des lacunes inhérentes qui affectent aussi l'effectivité interne de ces réseaux. D'entrée de jeux, on peut identifier la superficialité des contrôles par

1525. Déjà en 2000, le Paris MoU soulignait qu'un système comme le NIR serait une solution au plafonnement des navires se qualifiant pour l'inspection que cette organisation entrevoyait déjà : Paris MoU, *Annual Report 2000*, p. 13. Par ailleurs le NIR se justifie par le fait que le nombre d'autorités participantes au Paris MoU est porté à 27 en 2007. Le système de quotas de 25 % d'inspection ne serait plus adapté à la situation et entraînerait des contrôles à répétition dans la région européenne. Le PSCC du Paris MoU souhaite un système plus performant visant une couverture d'inspection complète par laquelle les navires susceptibles d'être sous-normes sont désignés. Les efforts de contrôle sont répartis équitablement entre les membres d'un MoU selon le principe de *fair sharing*. Le NIR doit aussi être approuvé par les autorités de l'Union européenne et intégré en droit communautaire sous la forme d'une nouvelle directive (notamment celle issue *Paquet Erika III*). Le NIR devrait pouvoir être mis en place en 2010 ou 2011. Voir à cet effet : Paris MoU, *Port State Control. Making Headway : Annual Report*, 2008, p. 6, 8, 14 ; Paris MoU, *Port State Control. On Course for Safer Shipping : Annual Report*, 2007, p. 4, 6, 12 et 13 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady She Goes : Annual Report*, 2006, p. 6 et 15 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report 2005*, p. 4 et 15 ; Paris MoU, *Changing Course : Annual Report 2004*, p. 6 et 11.

1526. Paris MoU, *Port State Control in the offing : Annual Report*, 2009, p. 4, 7 et 8.

1527. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156 (pdf).

l'État portuaire, l'insuffisance du nombre d'inspecteurs, l'inexpérience de ces derniers, le manque d'uniformisation des contrôles ou encore le non-respect des outils de coordination.

Un contrôle superficiel des navires par les MoU — L'inspection réalisée par l'État portuaire est d'abord documentaire puisque le contrôle du navire vise à s'assurer de la conformité des certificats, des registres ou des autres documents sécuritaires nécessaires à bord. Il est accompagné d'un examen visuel général, souvent rapide, de la condition du navire. Dans la mesure où les documents sont conformes aux attentes et que la condition du navire paraît acceptable, l'inspection approfondie du navire n'est pas nécessaire. Il faut souligner que le temps d'escale et la disponibilité limitée des inspecteurs n'autorise qu'une inspection partielle : « Disposant de plusieurs heures seulement, alors qu'il faudrait plusieurs jours pour examiner de fond en comble un pétrolier, ces fonctionnaires n'ont d'autre choix que de réaliser un contrôle partiel, quand ils peuvent contrôler les navires. »¹⁵²⁸ En fait, ce système de contrôle est critiqué pour ses visites sécuritaires jugées trop superficielles pour permettre l'interception et l'immobilisation des navires sous normes :

« En effet, ces contrôles se limitent souvent à l'examen des documents du navire et à son état général apparent. Le navire étant en opération commerciale, les inspecteurs de l'Etat du port, que ce soit dans le cadre du mémorandum de Paris, du mémorandum de Tokyo ou de l'OPA 90 américaine, ne procèdent jamais à l'examen des structures, citernes ou ballasts. Seuls les contrôles en cale sèche par les sociétés de classification permettent de déceler les défaillances au niveau des structures »¹⁵²⁹.

En fait, la détection des lacunes structurelles exige des contrôles à sec. Or, à moins d'indices montrant que la structure du navire est source d'un danger, il est déraisonnable d'exiger un contrôle en cale sèche du navire lorsqu'il est en escale commerciale. Cela se comprend lorsqu'on considère les coûts et le temps qu'entraîne ce type d'opération :

« [...] les systèmes de contrôle préventifs actuels, quels que fréquents et attentifs qu'ils soient (ce qui a été effectivement le cas pour l'Erika) ne permettent pas de contrôler efficacement

1528. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 120. Voir aussi Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 11.27, p. 141 ; Paul OWEN, « Port State Control – A Practical Guide », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, préc., note 385, p. 2.

1529. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156 (pdf) ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 114 ; Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 11.27, p. 141 ; J. HARE, préc., note 7, 575 et 580. Voir aussi J.-P. BEURIER, préc., note 221, 102 ; I. P. GARCIA, préc., note 17, 1416 ; Y. LÉVESQUE, préc., note 505. Sur le contrôle documentaire réalisé dans le cadre des MoU : *supra*, p. 310. Par ailleurs, le parallèle peut être dressé avec les contrôles de *vetting* réalisés par les affréteurs de pétroliers dans lesquels les inspecteurs font un contrôle essentiellement visuel. À cet égard, le Tribunal de grande instance de Paris a longuement souligné le caractère superficiel de ce type de contrôle : Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 122.

les effets de la corrosion des structures, inéluctablement due au vieillissement. Il faudrait pour cela des contrôles à sec, de l'intérieur des tanks et des ballasts, dégazés, le navire étant en chantier, contrôles radicalement impossibles lorsque le navire est en escale commerciale, en cours d'exploitation [...]. »¹⁵³⁰

L'inspection documentaire se révèle, dans ce contexte, une mesure raisonnable, mais elle est vulnérable aux questions entourant la crédibilité des documents faisant l'objet du contrôle. Il y a d'abord le problème des faux documents. En effet, depuis que les autorités maritimes se préoccupent de la validité des certificats de navigabilité et de compétence, la falsification de ceux-ci se révèle un nouveau fléau. Il existe aussi les situations les certificats sont authentiques mais les organismes qui les délivrent ne sont pas crédibles:

« Réponse à l'exigence croissante de qualification des équipages, les faux ont envahi le marché. Les vrais faux et les faux vrais. David Cockroft, secrétaire général d'ITF, a ainsi acheté 4 500 dollars des papiers d'officier en second. Quant au journaliste de L'Express auteur de cette enquête, il possède depuis peu un joli certificat panaméen qui atteste sa compétence en matière d'équipements de survie. Un papier dûment tamponné par des autorités de référence. »¹⁵³¹

Dans les deux cas, l'examen visuel à bord des navires prend toute son importance pour apprécier directement leur condition sécuritaire. Cet examen s'exerçant sur les éléments pouvant s'offrir à la vue des inspecteurs est généralement de courte durée, soit entre deux à six heures¹⁵³². En outre, le contrôle par les MoU constitue simplement l'occasion pour des inspecteurs de percevoir des indices évidents qui permettront déjà d'identifier quelques uns des navires dangereux. D'ailleurs, traitant de l'examen du *vetting* – un contrôle des affréteurs pétroliers essentiellement documentaire et visuel –, le Tribunal de grande instance de Paris a souligné, dans le cadre de l'affaire Erika, qu'un examen seulement visuel permet parfois de déceler des indices de lacunes sécuritaires d'un navire :

« Pour les structures, le contrôle était en principe documentaire et accessoirement visuel, à partir des panneaux d'ouverture se situant sur le pont pour les citernes de cargaison et les ballasts, si ces capacités étaient visibles en tout ou partie. L'examen visuel pouvait apporter une indication sur l'état d'entretien des structures du navire en observant l'état de l'échelle d'accès de la citerne, de quelques lisses et éléments de cloisons, de la première plate-forme visible depuis le pont et du revêtement de la citerne au voisinage de l'échelle d'accès. En pratique, les inspecteurs de *vetting* remplissaient la partie du questionnaire relative aux structures en se référant aux documents des sociétés de classification qui se trouvaient à bord et, plus particulièrement, à ceux qui concernaient les visites spéciales. »¹⁵³³

1530. C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 128 ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 376, p. 167.

1531. G. DUPUY, préc., note 495 ; Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 11.24, p. 140.

1532, R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 126.

1533. Aff. *Erika*, préc., note 291, p. 123.

Dans le cadre de cette opération, les inspecteurs peuvent évidemment user de leurs prérogatives d'approfondir leur enquête, que ce soit simplement en demandant la prestation d'aptitude et de manœuvre de sécurité de la part de l'équipage ou, mesures autant draconiennes qu'exceptionnelles, exiger de vider les cales, de purger les ballasts ou encore de caréner le navire pour examiner sa structure¹⁵³⁴. Mais, comme le décrit le capitaine Hervé Desmeulles, il reste que les contrôles sont généralement limités :

« En effet, la mécanique des contrôles portuaires – quand ils ont lieu (entre 13 % et 18 % du trafic) – commence de manière immuable par un examen attentif des documents du navire, faute de temps (durée des escales, temps de chargement ou de déchargement limités) et d'inspecteurs.

Si les papiers ne sont pas en règle, il est procédé à un état des lieux plus précis avec, dans les cas les plus flagrants de non-respect des règles élémentaires de sécurité, l'application d'une amende forfaitaire et des recommandations de réparation (prescriptions) reportées à la prochaine escale dans ce même port et non dans le prochain port d'escale (excepté si le navire fréquente deux ports d'un même pays : il s'empressera alors d'éviter le second pour ne pas avoir à payer l'amende et à réaliser des travaux forcément très coûteux). Néanmoins, il est généralement accordé aux navires le droit de quitter le quai, afin de ne pas renouveler l'expérience du Kifangondo (resté cinq ans à la chaîne le long d'un quai du Havre), cauchemar des autorités de tous les ports autonomes du monde. »¹⁵³⁵

En bref, la condition sécuritaire des navires peut faire l'objet d'un camouflage tant au plan administratif, avec la falsification des documents, qu'au plan matériel du navire puisqu'il est évidemment toujours possible de maquiller le bâtiment pour rendre celui-ci conforme, du moins en apparence : « le dessus d'un pont peut être parfaitement peint et être pourri en dessous »¹⁵³⁶.

Conséquemment, l'expérience des inspecteurs est essentielle à cette démarche de contrôle. Ceux-ci doivent être aguerris à la tâche pour être en mesure, lors du contrôle visuel, de déceler des détails qui trahissent les lacunes sécuritaires et établissent des motifs non équivoques d'inspecter le navire plus en détail, de l'immobiliser ou encore de demander de réaliser des réparations : « « On sent tout de suite si un navire va bien ou non », commente Gonin. Il y a certes les critères objectifs, l'âge du bâtiment, son pavillon, sa compagnie, son histoire, ses incidents antérieurs. Mais l'aspect de la nourriture, la propreté des toilettes ou l'aménagement des cabines renseignent tout autant. Sans oublier l'armoire à

1534. P. OWEN, préc., note 1528, p. 3.

1535. H. DESMEULLES, préc., note 489, p. 15.

1536. Propos de M. Paul Jeanjean, expert consultant : B. LATRECH, préc., note 18, n° 340, p. 152, et n° 410, p. 189.

pharmacie. »¹⁵³⁷ Or, pour assurer l'interception de navires sous normes, les MoU doivent aussi prévoir des mesures qui garantissent la présence d'inspecteurs expérimentés. Toutefois, dans les faits, leur recrutement par les autorités maritimes est difficile.

Problème du recrutement d'inspecteurs compétents — L'effectivité du contrôle sécuritaire dépend en outre de la compétence des inspecteurs. Ainsi, les critères d'embauche de ces derniers doivent aussi faire l'objet d'un effort de coordination. Toutefois, les méthodes de recrutement peuvent diverger d'une administration à une autre. En France, le recrutement des inspecteurs pose problème depuis longtemps. En outre, l'embauche par concours des inspecteurs français est contestée puisque cette méthode a pour conséquence d'exclure les professionnels ayant accumulé plusieurs années d'expérience sur les navires : « Désormais, les inspecteurs bénéficient du statut des fonctionnaires et leur recrutement s'effectue par voie de concours. Par conséquent, sauf exception, toute personne âgée de plus de quarante ans et bénéficiant de ce fait d'une expérience professionnelle solide, s'en trouve exclue. »¹⁵³⁸ Cette conjoncture entraîne bien évidemment des conséquences sur le terrain puisque les inspecteurs ne seraient pas suffisamment expérimentés pour être en mesure de confronter les hauts officiers, les experts et les personnalités de grande notoriété qui sont recrutés par le milieu privé. Selon M. Jean-Paul Guénolé, chef du centre de sécurité des navires du port du Havre, le recrutement et la formation des inspecteurs ne sont pas assez crédibles auprès des professionnels de la mer :

« Nous souhaiterions, dans les centres de sécurité, pouvoir mettre en face des gens pouvant répondre à nos interlocuteurs, c'est-à-dire à des capitaines et des chefs mécaniciens dotés des plus hauts brevets de navigation et de la plus longue expérience qui soit sur les navires; à des gens des services techniques des armements; à des experts des sociétés de classification; à des experts maritimes; à des experts judiciaires; sur les navires de pêche, aux patrons pêcheurs, voire aux capitaines de pêche pour les anciens. [...]

Il est évident que si nous n'avons à mettre en face d'eux que des connaissances livresques, nonobstant les capacités personnelles des gens, ils nous riront au nez. [...]

[Il faut] au moins un subtil dosage entre les nécessités techniques, car il nous faut les mêmes experts qu'en face, et le fait que nous sommes une administration de la fonction publique qui, c'est normal, a ses propres contingences de gestion. [...]

1537. Recueillant les propos de l'inspecteur Gonin, capitaine au long cours possédant 17 ans d'expérience : G. DUPUY, préc., note 495. Voir aussi P. OWEN, préc., note 1528, p. 2 ; Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 11.27, p. 141.

1538. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 152. Concernant les exigences d'embauche des inspecteurs, voir *supra*, p. 274 et 314.

Tel qu'il est défini actuellement dans la fonction publique, le statut d'inspecteur des affaires maritimes du 10 novembre 1992, modifié en 1997, dispose qu'il faut telles compétences et quarante ans maximum. Nous pensons, quant à nous, qu'il faut une autre compétence, et quarante ans... minimum! »¹⁵³⁹

Ceci s'ajoute à l'idée qu'en pratique les pressions sont fortes pour que les inspecteurs ferment les yeux. Dans ces conditions, l'expérience est essentielle pour mener, avec confiance, une inspection poussée :

« Plus important, il faudra une bonne dizaine d'années avant que les inspecteurs venus de l'université soient aussi affûtés que ceux puisés dans les rangs de la marine marchande. « Ceux à qui on ne la fait pas » quand ils montent à bord. Ceux qui savent résister aux pressions, et Dieu sait qu'elles sont nombreuses. C'est ce port qui veut que l'on n'encombre pas ses quais ou qui craint de voir sa fréquentation baisser au profit d'un port concurrent moins sévère. C'est cet agent maritime qui accuse l'inspecteur de retenir un bateau pour des brouilles, alors que le radar est cassé, que le moteur de la chaloupe de sauvetage est hors service et que la pompe à incendie ne fonctionne pas. Ce sont ces petites sociétés de classification qui pinaillement sur les réparations à effectuer, de peur d'y perdre une réputation qu'elles n'ont plus depuis longtemps. C'est cet armateur grec qui supplie, des larmes plein les yeux, qu'on laisse partir son navire parce qu'un jour d'immobilisation de plus va le ruiner. »¹⁵⁴⁰

Nous l'avons déjà constaté, la décision d'immobiliser un navire est une décision difficile à prendre. Dans ce contexte, l'expérience devient utile aux inspecteurs pour assurer le niveau de confiance nécessaire afin d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires et dont les décisions concernent éventuellement des charges monétaires importantes en terme de dommages¹⁵⁴¹. Dans les cas les plus critiques où la condition du navire n'est pas tout à fait évidente, il y a d'un côté le risque de ne pas intervenir et laisser partir un navire au-

1539. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 152. Concernant l'inexpérience des inspecteurs, il faut dresser un parallèle avec les inspecteurs en *vetting*. Or, le Commandant Ardillon de l'AFCAN souligne l'inexpérience des inspecteurs en *vetting* et l'inégalité des résultats de contrôle des navires :

« On fait appel à des candidats de plus en plus jeunes et qui ont donc très peu d'expérience de navigants et quelquefois sur des navires de types autres que ceux qu'ils devront inspecter. [...] On se retrouve donc maintenant avec des inspecteurs qui n'ont que quelques mois d'expérience de second capitaine (la plupart ne vont même pas jusqu'au brevet final). S'ils ont une bonne capacité à apprendre des textes de loi, leur manque flagrant d'expérience les prive de la compétence nécessaire pour mener à bien une inspection. [...] Ainsi peut-on citer le cas d'un navire à bord duquel deux compagnies pétrolières avaient programmé une inspection au cours de la même escale mais pas en même temps. En effet, si une compagnie pétrolière peut accepter les résultats d'une autre compagnie, par contre ces compagnies refusent que leurs inspections soient effectuées simultanément. Dans l'exemple évoqué on a eu, en moins de douze heures, deux résultats complètement différents. En effet un des inspecteurs formulait 3 ou 4 remarques (d'ailleurs pertinentes) alors que l'autre en notait 43. C'était pourtant le même navire visité le même jour dans le même port !! » : Cdt ARDILLON, AFCAN, en ligne : <http://www.afcan.org/dossiers_securite/vetting.html> (consulté le 29 juin 2010)

1540. G. DUPUY, préc., note 495.

1541. *Supra*, p. 390-394.

devant d'un naufrage qui menace des vies et l'environnement marin; et de l'autre côté, le risque de détenir et d'immobiliser indûment un navire pour une inspection structurelle, augmentant les délais dans ses opérations commerciales et les risques de poursuite en dommages à cet égard¹⁵⁴². À ce propos, le capitaine au long cours Pierre Janssen de l'autorité maritime belge mentionne « qu'il n'est pas question pour ses inspecteurs de retarder un pétrolier en imposant le nettoyage d'une citerne, et d'ainsi risquer une demande d'indemnité faramineuse de l'armateur si aucun manquement ne devait être détecté par la suite... »¹⁵⁴³. D'ailleurs, pour pallier ce risque, une certaine immunité devrait primer dans la pratique. En effet, dans la mesure où l'immobilisation est ordonnée à la suite d'une inspection réalisée de bonne foi, les inspecteurs ne devraient pas être inquiétés du risque de poursuite en compensation en raison d'une immobilisation abusive¹⁵⁴⁴.

Qui plus est, les pressions exercées sur les inspecteurs sont aussi issues des administrations portuaires. En effet, les administrateurs des ports ne sont jamais enchantés de voir un navire occuper un quai durant une longue période : « L'immobilisation d'un bateau a pour effet d'encombrer les ports. En outre, les navires retenus sont susceptibles d'être abandonnés par leur armateur et de nuire, de ce fait même, à la gestion et à la réputation du port. »¹⁵⁴⁵

Or, nous l'avons constaté à de multiples reprises, il ne faut pas sous-estimer la valeur des relations interpersonnelles qui existent entre des individus qui oeuvrent au sein d'un secteur d'activités localisé. En l'espèce, les rapports sont étroits entre les autorités maritimes et portuaires d'une même localité. Cela est d'autant plus vrai que les gestionnaires des ports sont des partenaires essentiels avec lesquels les inspecteurs travaillent en étroite collaboration. Par exemple, le service de gestion portuaire du trafic des

1542. M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 476. Lord Donaldson souligne que cette crainte des autorités maritimes à l'égard des recours en dommages qui peuvent être exercé à leur endroit en raison d'une décision d'immobilisation qui retarde indûment le navire peut entraver l'exercice de contrôle conformément aux prérogatives de contrôle reconnues à l'État portuaire. L'effectivité et l'efficacité des MoU en serait d'autant diminuées : Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 11.30, p. 141.

1543. E SURMONT, préc., note 1513.

1544. H. YANG, préc., note 174, p. 98. D'ailleurs, indirectement, cette proposition d'immunité nous ramène à l'affaire du *Lanteau Peak* où le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale du Canada souligne que l'indemnité n'est possible que si la décision des inspecteurs est manifestement déraisonnable ou du moins qu'il s'agit d'une décision déraisonnable *simpliter* : *supra*. p. 393.

1545. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156. ; B. LATRECH, préc., note 18, n° 376, p. 167.

navires informe les autorités maritimes des diverses déclarations entourant l'arrivée des navires en escale¹⁵⁴⁶. Dans ces conditions, il est difficile pour les inspecteurs de refuser des demandes insistantes, presque personnelles, de permettre le départ d'un navire douteux.

Autrement dit, tout incite l'inspecteur à sombrer dans la complaisance. Cela est d'autant plus grave lorsque la corruption existe comme système de communication privilégié entre les membres des secteurs privé et public. Confrontés au chant des sirènes, les inspecteurs inexpérimentés peuvent, par leur manque de rigueur, compromettre, ou du moins réduire, l'effectivité des MoU et des prescriptions sécuritaires qu'ils induisent. C'est pourquoi il est nécessaire de préciser avec détails un processus d'embauche des inspecteurs de l'État¹⁵⁴⁷. Par ailleurs, les séminaires de formation au sein des MoU et entre les MoU permettent de former les inspecteurs et de leur offrir la possibilité de se forger des repères qui développent la confiance nécessaire pour décider d'immobiliser un navire¹⁵⁴⁸. Dans ce contexte, les autorités maritimes françaises ont instauré un système de tutorat sur le terrain entre les nouveaux inspecteurs et ceux qui exercent leurs prérogatives depuis plusieurs années. De cette manière, les jeunes inspecteurs sont en mesure d'acquérir plus rapidement l'expérience de leurs aînés, ferrés aux diverses combines et pressions du milieu¹⁵⁴⁹. L'acquisition d'expérience est une priorité pour assurer un contrôle sécuritaire effectif, mais encore faut-il que les inspecteurs soient en nombre suffisant pour réaliser les contrôles.

Des inspecteurs qui ne sont pas suffisamment nombreux — Les contrôles par l'État portuaire sont d'abord réalisés par des inspecteurs. Or, chacune des autorités maritimes doit entretenir une structure de contrôle qui exige du personnel présent dans les ports commerciaux du territoire. Il est d'usage d'employer les inspecteurs s'occupant déjà du contrôle sécuritaire des navires nationaux. Ainsi, ces inspecteurs voient leurs tâches s'accroître considérablement et leur nombre ne suffit pas. En 2000, un problème de ressources a été constaté :

« La problématique des contrôles par les États du port tient en une équation difficile à résoudre : les inspecteurs des États du port doivent effectuer des contrôles qui devraient

1546. M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 476.

1547. *Supra*, p. 274, 314, 433.

1548. P. OWEN, préc., note 1528, p. 5. Voir aussi *supra*, p. 331-337.

1549. N. DE LA CASINIÈRE, préc., note 989, p. 11.

théoriquement être exercés par d'autres intervenants (les Etats du pavillon, voire les sociétés de classification) et pour lesquels bien souvent ils ne sont ni suffisamment nombreux, ni suffisamment formés. Faute de temps et faute de moyens adéquats, certains navires sous-normes ou potentiellement dangereux passent à travers les mailles du filet. »¹⁵⁵⁰

Ce type de problème est particulièrement criant en France puisque « les inspecteurs consacrent la moitié de leur temps aux bâtiments français, qu'il s'agisse de navires de commerce, de bateaux de pêche ou d'embarcations de plaisance. »¹⁵⁵¹ En 2002 et 2003, le manque d'inspecteurs a été à ce point criant que l'Association des capitaines de la marine marchande a proposé, comme solution transitoire, de recruter des capitaines au long cours en préretraite comme inspecteurs¹⁵⁵². D'ailleurs, l'appel aux officiers naviguants à la retraite a aussi pour but de combler les lacunes liées à l'inexpérience des contrôleurs.

L'absence d'uniformisation et la subjectivité des contrôles dénoncés — Les MoU sont un outil pour accroître la coordination des activités de contrôle et éviter qu'une dynamique de complaisance puisse s'installer. Toutefois, l'uniformisation des contrôles n'est pas nécessairement réalisée jusque dans les détails :

« Dans le cadre de l'Europe, il n'y a pas d'uniformisation, à la fois des procédures et des moyens, selon les pays. Tout le monde participe à ce système de contrôle du Memorandum de Paris, mais chacun avec ses propres règles, sa propre autorité, son propre jugement, son propre classement, les points qui lui semblent importants et ceux qui lui semblent moins importants, et des crédibilités de rapport qui sont parfois sujettes à caution. »¹⁵⁵³.

Ainsi, une large discrétion d'intervention s'offre aux inspecteurs dans le cadre de leurs enquêtes. Il en résulte un risque que les inspecteurs développent des approches de contrôle différentes selon leur nationalité. Comme le souligne M. Christian Serradji à propos du Paris MoU : « les dysfonctionnements résultent de ce que l'on ne s'est pas assuré de deux choses : la première étant que les contrôles aient réellement eu lieu, et dans l'affirmative, qu'ils aient été bien faits ; la deuxième étant qu'ils aient été faits de la même

1550. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 118.

1551. G. DUPUY, préc., note 495. En illustration de cette situation voir P. BROUSSARD, préc., note 1513.

1552. Mathieu ECOIFFIER, « Marée noire : Bruno Rebelle, de Greenpeace, évalue l'évolution du droit maritime : « Trois ans après l'Erika, rien n'a été mis en oeuvre », *Libération*, 19 nov. 2002.3.

1553. Propos de Bernard Anne, directeur des transports maritimes du *Bureau Veritas* : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 158.

façon dans tous les pays. »¹⁵⁵⁴ Or, si l'uniformité n'est pas garantie au sein même d'un MoU, elle l'est encore moins entre les MoU¹⁵⁵⁵.

Par ailleurs, dans un contexte discrétionnaire, il est évident que l'inspection sécuritaire reste soumise à la subjectivité des inspecteurs. Parlant des inspections réalisées par les sociétés de classification, Philippe Boisson souligne que « [c]hacun ayant une interprétation légèrement différente de ce qui doit être considéré comme acceptable, le jugement de l'expert peut être source de litige et de contestation, s'il ne repose pas sur une solide expérience professionnelle. »¹⁵⁵⁶

Conséquemment, l'uniformisation des contrôles exige non seulement le développement et l'utilisation de bases de données partagées¹⁵⁵⁷, mais aussi des programmes de formation par des échanges de personnel afin que les inspecteurs puissent connaître les techniques de travail que leurs collègues étrangers mettent en œuvre sur le terrain. Jean-Yves Le Driant souligne l'importance d'uniformiser les inspections par des programmes d'échanges en formation : « Sur ce dernier point, la commission d'enquête se prononce en faveur d'échanges réguliers et fréquents sur une durée de plusieurs mois entre experts des treize Etats de l'Union européenne qui sont parties prenantes au Mémorandum de Paris. »¹⁵⁵⁸ Cela dit, même si les membres du Paris MoU développent des mécanismes d'uniformisation, ceux-ci ne sont pas nécessairement suivis scrupuleusement. En effet, il existe toujours des cas d'espèce qui font croire au manque d'effectivité de ces mécanismes.

L'effectivité des outils de coordination développés par les membres du Paris MoU mis en doute par des cas d'espèce — Les mesures de coordination des MoU ne sont pas parfaites et des cas d'espèce permettent de constater que ces réseaux de contrôle peuvent encore laisser place à la complaisance. L'exemple du navire *R-Jupiter* est marquant. En

1554. Propos de Christian Serradji, directeur des Affaires maritimes et des gens de mer : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 158.

1555. H. YANG, préc., note 174, p. 108.

1556. P. BOISSON, préc., note 3, 1998, n° 731, p. 479. Voir aussi l'exemple d'inspection dans le cadre de *vetting* donné par le Cdt Ardillon dans son commentaire cité à la note 1539.

1557. *Supra*, p. 383.

1558. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 158. Parlant d'une « européenisation » des inspections, le rapport du sénateur Henri de Richemont souligne l'importance que les inspecteurs puissent bénéficier d'une formation par un système d'échange de personnel entre les autorités maritimes partenaires du Paris MoU : Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 159 (pdf).

2000, ce navire était immobilisé en France pour des raisons flagrantes d'innavigabilité. Il a été vendu pour être démantelé en ferraille au Pakistan. Après son départ, il a été retrouvé au Pirée, en Grèce, où on effectua discrètement des réparations durant treize jours. Même si la France a inscrit le navire sur la liste des bateaux à signaler lors des escales, conformément aux procédures du Paris MoU, la Grèce a prévenu les autorités françaises de la présence du navire seulement trois jours après son départ de ses installations portuaires¹⁵⁵⁹. Ce type d'incident menace directement les mesures de suivi mises en place par les MoU. Comme le soulignent les journalistes David Dufresne, Nicolas De La Casinière et Érik Jozsef : « Dans un monde concurrentiel, il n'est pas sûr que les ports se prêtent au jeu de la transparence : le tonnage qui transite par leurs quais risque de se détourner vers d'autres rives »¹⁵⁶⁰. Même si dans le cadre des MoU l'effet de concurrence est fortement atténué, le *port shopping* peut persister :

« Aujourd'hui, les contrôles de l'Etat du port dépendent de l'autorité de chacun des Etats-membres de l'Union européenne. Ainsi, la rigueur de ces contrôles varie d'un Etat à l'autre en fonction de leur culture maritime ou de leur sens des affaires! Cette situation favorise nécessairement les ports où les contrôles sont moins rigoureux. »¹⁵⁶¹

Cela est d'autant plus vrai si une disproportion des ressources entre les parties des différents MoU existe. Le *port shopping*, même s'il est amoindri par les MoU, est toujours présent et peut perturber leur mise en œuvre.

La disproportion des ressources entre les membres d'un réseau peut perturber la mise en œuvre de ses mesures de régulation — L'absence de moyens et d'expertise de certains États peut réduire l'efficacité de la convergence de régulation par le jeu des réseaux transgouvernementaux. En effet, comme dans le cas du Tokyo MoU, les membres d'un MoU ne disposent pas nécessairement de ressources comparables pour mener des inspections sur les navires et leurs capacités asymétriques peuvent menacer l'intégrité du réseau en limitant l'uniformité du contrôle¹⁵⁶². L'assistance technique et de formation entre les parties prend tout son sens pour permettre une meilleure répartition des ressources.

1559. Benoit HOPQUIN et Vincent DURUPT, « Ainsi vont les tas de rouille flottants qui, rebaptisés et rafistolés, reprennent la mer », *Le Monde* 11 jan. 2001.11.

1560. D. DUFRESNE, N. DE LA CASINIÈRE et É. JOSZEF, préc., note 648.

1561. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 159. Voir aussi C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 135.

1562. D. K. TARULLO, préc., note 752, 111. Voir aussi *supra*, p. 421.

Conclusion à l'égard de l'effectivité des MoU entre États membres —

L'effectivité d'un réseau transgouvernemental dépend d'abord de la réalisation des engagements de chacun à l'effort collectif et individuel convenu pour atteindre les objectifs¹⁵⁶³. Ainsi, pour qu'il y ait des résultats consécutifs aux normes élaborées, encore faut-il que celles-ci soient effectives, donc tout simplement mises en œuvre comme attendu. En l'espèce, des données statistiques indiquent non seulement que les membres de plusieurs MoU effectuent des opérations d'inspection, mais que leurs inspecteurs font de plus en plus preuve de rigueur dans leur travail. Dans les dernières années, il y a véritablement eu une volonté des membres de MoU d'assurer un nombre suffisant d'inspections pour atteindre les objectifs fixés. Par conséquent, au plan quantitatif, l'effectivité interne des MoU est généralement bonne. Par contre, au plan qualitatif, l'effectivité interne est plus discutable. La coordination n'est pas parfaite et la part de discrétion laissée encore aux membres a tendance à permettre une sélection particulière des navires, ce qui biaise, à leur avantage, les statistiques annuelles. De plus, l'uniformité de la sévérité des contrôles exercés n'est pas encore assurée. Même si elle est fortement atténuée par le cadre des MoU, la dynamique de *port shopping* peut encore s'exercer sur le terrain de l'inspection. Notons que des instruments de coordination renforcée comme les facteurs de ciblage et le NIR offrent des perspectives prometteuses quant au renforcement de l'effectivité interne des MoU puisqu'ils restreignent davantage les pouvoirs discrétionnaires des autorités maritimes. En bref, l'effectivité interne des MoU semble toujours se renforcer. Cela dit, il faut encore mesurer l'effectivité externe des MoU où les normes de coordination du contrôle s'exercent à l'endroit des acteurs maritimes visés par les prescriptions sécuritaires.

1563. M. L. CHEEK, préc., note 763, 278.

Chapitre 2

L'effectivité externe des MoU :

l'aspect normatif de ces réseaux sur les acteurs maritimes

Les MoU seraient en mesure de jouer le rôle subtil de catalyseur du droit grâce à la mise en œuvre de mesures non pénales de renforcement des prescriptions sécuritaires. Des sanctions administratives comme l'immobilisation et la cessation d'exploitation des navires, leur bannissement ainsi que la diffusion élargie des rapports d'inspection les visant sont autant de moyens non pénaux d'inciter les armateurs, les sociétés de classification ainsi que les États du pavillon à être plus attentifs au respect des impératifs sécuritaires. Malgré le caractère purement administratif de ces mesures, celles-ci n'en constituent pas moins des instruments de renforcement du droit axé sur la dissuasion : « [l]'expérience montre que les contrôles par les États du port sont les plus efficaces, non pas en raison de leur technicité, mais plutôt à cause de leur caractère dissuasif à l'égard de l'exploitation de navires non conformes. »¹⁵⁶⁴ C'est probablement la coordination par les MoU qui amplifie l'effet dissuasif de ces mesures. En l'espèce, ces dernières sont une entrave à la circulation des navires et offrent une meilleure transparence par la diffusion de renseignements complémentaires sur la sécurité des bâtiments. En fait, ces deux éléments fondent l'effectivité externe du contrôle dans le cadre des MoU auprès des armateurs et des autres intervenants maritimes qui y sont associés.

1564. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 118, voir aussi p. 113.

Section 1 L'immobilisation, la cessation d'exploitation et le bannissement comme entraves à la liberté de circulation des navires sous normes

Le propre d'un navire de commerce est généralement de circuler pour transporter des personnes ou des marchandises vers une destination. Or, l'entrave à cette circulation devient vite un irritant en raison du préjudice financier qui en découle. En effet, la gestion d'un navire implique des frais quotidiens qui sont généralement compensés par les revenus que procure son exploitation. Or, le profit qu'un armateur peut tirer de son bâtiment est fondé sur la capacité de ce dernier à circuler rapidement afin de réaliser le plus grand nombre de voyages possible. Dans ce contexte, les ordonnances d'immobilisation d'un navire, de cessation de son exploitation ou encore de son bannissement de la région sont, pour chacune d'entre elles, de véritables entraves à sa circulation. Elles empêchent la création de profits. Fondées sur la nécessité de protection du territoire et des citoyens, ces sanctions administratives font parties du système de renforcement des prescriptions sécuritaires sous-jacent aux MoU. En bref, malgré l'absence de caractère pénal, ces mesures administratives de nature préventive ne manqueraient pas moins de « mordant » auprès des armateurs, assurant du coup l'effectivité des contrôles coordonnés des MoU et des prescriptions sécuritaires qu'ils mettent en oeuvre¹⁵⁶⁵. Par ailleurs, la source juridique de l'application de ces mesures reste évidemment le droit national et les prérogatives reconnues de l'État portuaire d'exercer des contrôles sécuritaires et des pouvoirs de police maritime, comme par exemple d'autoriser les départs et de formuler les ordonnances nécessaires pour assurer la conformité aux normes sécuritaires ou encore de refuser d'accueillir un navire sur le territoire¹⁵⁶⁶. Il reste que ces mesures administratives, dont la coordination est mise en œuvre par les MoU, constituent des mécanismes coercitifs « softs » tout au moins « quasi dissuasifs » auxquels il faut s'attarder pour comprendre l'effectivité des normes élaborées dans le cadre de réseaux transgouvernementaux comme les MoU. À cet égard, il s'agit d'aborder les questions de la mise en œuvre des

1565. G. C. KASOULIDES, préc., note 1220, à la page 452. ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 125.

1566. Les pouvoirs de police de l'État côtier/port : *Supra*. p. 74 et 86. voir aussi O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 119 ; Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16, par. 25.

prérogatives de l'État portuaire en matière d'immobilisation ou de la cessation d'activité des navires,

Sous-section 1 Les prérogatives de l'État portuaire d'immobiliser des navires étrangers ou de faire cesser leur exploitation

La capacité de l'État côtier d'immobiliser un navire étranger dans ses ports est reconnue depuis longtemps en droit coutumier. En effet, il s'agit là d'un arrêt de puissance – ou traditionnellement qualifié d'arrêt du prince – lié à l'exercice d'une juridiction d'autoriser ou non la sortie d'un navire du port. Cette activité est exercée selon des prérogatives de police reconnues en droit international¹⁵⁶⁷. Or, les MoU mettent en œuvre des mesures de coordination régissant l'immobilisation ou la cessation d'exploitation des navires qui ne respectent pas les normes sécuritaires.

Les MoU coordonnent l'immobilisation et la cessation d'activité des navires sous normes par les États portuaires — Les réseaux MoU exigent de leurs membres qu'ils immobilisent ou fasse cesser l'exploitation d'un navire sous normes et dangereux :

« Lorsque les anomalies présentent un risque manifeste pour la sécurité, la santé ou l'environnement, l'Autorité, à l'exception du cas visé à la section 3.11, fait en sorte que le risque ait disparu avant que le navire ne soit autorisé à reprendre la mer. A cette fin, des mesures appropriées sont prises pouvant aller jusqu'à l'immobilisation ou à une interdiction formelle au navire de poursuivre son exploitation en raison des anomalies constatées qui, prises individuellement ou ensemble, rendraient dangereuse la poursuite de cette exploitation. »¹⁵⁶⁸

1567. Emmanuel Langavant offre une typologie des formes de détention des navires par la puissance publique : réquisitionner les navires de commerce étrangers, en temps de guerre ou paix, c'est « l'angarie »; saisir un navire en gage à titre de représailles ou de moyens de pression, c'est « l'embargo »; suspendre la sortie des navires étrangers, c'est « l'arrêt du prince » (dans la mesure où il y a un caractère arbitraire et personnel de l'opération) ou « l'arrêt de puissance » s'il s'agit d'une manifestation de souveraineté. : E LANGAVANT, préc., note 291, p. 63 ; R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 125; R. L. NEWBURY, « Port State Control and the European Memorandum of Understanding », dans *The Nautical Institute on the Work of the Harbour Master and related Port Management Functions*, London, The Nautical Institute, 1988, p. 165, à la page 167. Par ailleurs, les pouvoirs de détention des inspecteurs de la sécurité maritime du Canada sont prévus par les articles 222 et 227 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, préc., note 271. Cette prérogative est maintenant reconnue en droit conventionnel par l'article 219 CNUDM : *supra*, p. 86 cité à la note 283.

1568. Paris MoU, art. 3.10.1. Les pouvoirs de détention sont associé aux prérogatives de contrôle prescrits dans les diverses conventions que mettent en oeuvre les mémorandums : *supra*, p. 84 et s. ; les MoU prévoient la prérogative d'immobilisation des navires : Paris MoU, art. 3.10.1 et s. ; Tokyo MoU 3.6

L'autorité maritime qui immobilise un navire ou fait cesser ses activités doit notifier par écrit l'ordonnance à l'État du pavillon de même qu'à la société de classification responsable des certificats tout en joignant à cet avis le rapport d'inspection dans lequel sont inscrits les motifs de l'ordonnance¹⁵⁶⁹.

Par ailleurs, dans la mesure où les anomalies ne peuvent être rectifiées sur place, l'autorité maritime peut autoriser le navire à se rendre au chantier de réparation disponible le plus proche, et ce, dans les conditions qu'il juge sécuritaires. Ces conditions peuvent inclure le déchargement de cargaison ainsi que des réparations temporaires sur place¹⁵⁷⁰.

Concernant l'immobilisation d'un navire représentant un trop grand risque, son propriétaire ne peut obtenir la levée de l'immobilisation par une simple lettre de garantie de son assureur et cette immobilisation peut durer indéfiniment jusqu'à ce que les défauts soient réparés ainsi que révérifiés et que les frais relatifs au second contrôle soient acquittés¹⁵⁷¹. Dans tous les cas, les inspecteurs sont tenus de remettre au capitaine un rapport d'inspection dans lequel figurent les résultats de l'inspection ainsi que les détails des mesures prises¹⁵⁷². Le capitaine du port est informé de la situation. Celui-ci ne peut laisser le navire quitter les installations portuaires, mais il peut, avec les précautions prescrites, procéder au déplacement du navire dans le port¹⁵⁷³. Par ailleurs, la suspension d'inspection et l'immobilisation permettent non seulement d'assurer la correction des lacunes identifiées à bord, mais elles sont aussi l'occasion pour l'autorité maritime d'effectuer les vérifications nécessaires concernant l'exactitude des informations colligées sur les bases de données, notamment sur l'identification du véritable propriétaire du navire¹⁵⁷⁴.

et s. ; Accord de Viña del Mar, art. 3.7 et s. ; Med MoU, art. 3.6 et s. ; IO MoU, art. 3.6.1 et s. ; BS MoM et Abuja MoU, art. 3.6.3 et s. et Riyadh MoU, art. 3.14. Voir aussi J. HARE, préc., note 7, 580 ; M.-Y. LE GARREC, préc., note 233, 478-479. Voir aussi les critères de l'annexe VI de la *Directive 95/21/CE*.

1569. Paris MoU, art. 3.10.2.

1570. Paris MoU, art. 3.11.

1571. CNUDM, art. 226 (1). Voir aussi P. Boisson, préc., note 3, n° 852, p. 550-551 ; P. RODGERS et E. COE, préc., note 272, 20. Un navire qui n'a pas respecté un ordre de détention exigeant sa réparation, il ne peut y avoir réalisation de la mainlevée sans que l'armateur ait réalisé les travaux et qu'il ait payé tous les frais : CONOR MAGUIRE, « Port State Control - Brussels Style », (1996) *IJSL* 118.

1572. Paris MoU, art. 3.14.

1573. R. L. NEWBURY, préc., note 1567, à la page 167.

1574. OCDE, préc., note 7, p. 12 et 14. Dans son rapport annuel de 2002, le Paris MoU révélait que dans

Soulignons, toutefois, que le navire qui a subi une avarie accidentelle lors d'un voyage ou lors d'une opération de chargement et qui se rend dans un port du Paris MoU pour y trouver refuge ne devrait pas faire l'objet d'une ordonnance d'immobilisation ou de cessation d'exploitation. Cependant, la situation doit être dénoncée et les réparations nécessaires doivent être réalisées¹⁵⁷⁵. Cette mesure d'exception est conforme aux règles d'assistance en droit de la mer qui reconnaît que les navires qui font une escale non prévue dans un port afin de se protéger d'un danger bénéficient d'une immunité et ne doivent faire l'objet d'une exemption de contrôle formel par les autorités maritimes de l'État portuaire.

Dans le cadre du Paris MoU, lorsque des lacunes sécuritaires sont repérées sans qu'elles entraînent un risque manifeste pour la sécurité, la santé ou l'environnement, les inspecteurs d'autorités maritimes peuvent exceptionnellement suspendre l'inspection « lorsque l'état général du navire et de ses équipements, en tenant également compte de l'équipage ainsi que de ses conditions de vie et de travail, sont inférieures aux normes »¹⁵⁷⁶. Cette suspension entraîne *de facto* l'immobilisation du navire pour le temps des réparations demandées, et ce, de manière à ce que les prescriptions soient réalisées ou qu'au moins le navire puisse reprendre la mer sans danger pour lui-même, l'équipage, les personnes embarquées ou le milieu marin¹⁵⁷⁷. À cet égard, la suspension d'inspection doit être notifiée le plus rapidement possible aux parties responsables – le capitaine, l'État du pavillon et la société de classification responsable – avec les renseignements utiles¹⁵⁷⁸.

En bref, toutes ces mesures administratives paraissent plus effectives et efficaces que des sanctions financières d'ordre pénal. En fait, le pouvoir discrétionnaire d'immobilisation des inspecteurs de l'État portuaire prend, dans ce contexte, une grande importance¹⁵⁷⁹. Or, c'est l'incertitude qui entoure l'exercice de ce pouvoir qui devient la

9,6 % des manquements (un des manquements les plus fréquents) les officiers seniors n'étaient pas en mesure d'identifier la compagnie responsable des opérations du navire (!): Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 12.

1575. Paris MoU, art. 3.10.3. Cette règle rejoint le principe qu'un navire en détresse bénéficie d'une certaine immunité au port où il a trouvé refuge : *supra*, p. 87.

1576. Paris MoU, art. 3.9.2. Dans le cas des autres MoU, la suspension d'inspection n'est pas abordée. Il s'agit plutôt directement d'une mesure d'immobilisation.

1577. P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 213 ; P. CHAUMETTE, préc., note 62, 79.

1578. Art. 3.9.2, Paris MoU.

1579. Les ordonnances délivrées par l'État portuaire peuvent exiger la rectification des lacunes de manière immédiate, dans les 14 jours, dans le prochain port, avant le départ. Elles peuvent aussi exiger le

source d'un véritable pouvoir dissuasif sur l'armateur¹⁵⁸⁰. En effet, celui-ci doit prendre au sérieux le risque de subir une ordonnance d'immobilisation ou de cessation d'activité s'il ne s'assure que son navire réponde aux normes de sécurité met pas son navire aux normes sécuritaires, car les coûts liés à l'entrave de la circulation du navire sont considérables et touchent la rentabilité d'un navire.

Sous-section 2 Les incidences financières pour l'armateur de l'exercice de la prérogative d'immobilisation par l'État portuaire

L'ordonnance d'immobilisation du navire ou la cessation de son exploitation peut exercer une pression financière sur les armateurs souvent plus importante que les sanctions financières d'ordre pénal, généralement distribuées sous forme d'amendes. En fait, cette immobilisation constitue plutôt une véritable sanction commerciale :

« However, while the punitive character of detention for the purpose of making repairs appears less onerous than that of a monetary penalty, owners or operators of large merchant vessels may often prefer the latter. For such ships an extra day or even a couple of extra hours of idleness in port may amount to a significant loss of income. »¹⁵⁸¹

D'abord, l'immobilisation du navire entraîne, pour l'armateur, non seulement des frais d'amarrage au quai, mais aussi des frais d'inspection supplémentaires¹⁵⁸². Plus important encore, le préjudice se calcule en journées d'exploitation perdues. Fernand Bozzoni, un armateur bordelais, souligne à cet effet l'importance du temps dans les activités de transport :

« Par destination, l'armateur est un homme pressé. L'élément essentiel de son fond d'exploitation, c'est le temps. Il faut savoir qu'un navire de taille moyenne, immobilisé, coûte à l'armateur quelque chose comme 25 000 \$ par jour, c'est-à-dire qu'une semaine d'immobilisation représente à peu près 10 % des charges d'équipage et des charges sociales d'un navire. Donc, en très peu de temps, tous les efforts patients et laborieux que l'armateur peut mettre en œuvre pour économiser sur les coûts d'exploitation, que ce soit par réduction d'effectifs, ou économie de fond, peuvent être réduits à néant par une immobilisation longue de quelques jours.

remplacement temporaire d'équipement, l'émission d'une lettre de garantie, l'immobilisation du navire, l'obtention d'une autorisation de départ après une détention et l'émission d'un ordre au prochain port d'effectuer une nouvelle détention : O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 134.

1580. A. JEAMMAUD, préc., note 396, aux pages 105-108.

1581. E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 197; voir aussi E. H. ANDERSON, préc., note 175, 167 ; Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 121.

1582. S. HABIB, préc., note 208, à la page 100.

L'autre élément essentiel pour l'exploitation du navire, en ce qui concerne l'armateur, est d'assurer la mobilité du navire. Sans mouvement du navire, il ne peut y avoir génération de voyages, donc génération de frets. »¹⁵⁸³

Jacques Loiseau, président de l'Association française des capitaines de navires, souligne comment le respect des horaires prévus au programme d'exploitation est d'une importance capitale pour assurer la rentabilité du navire :

« J'insiste sur le fait que tous les opérateurs mettent en permanence la pression sur les capitaines de navires, en particulier lorsqu'il s'agit de porte-conteneurs. Ne serait-ce que pour respecter les horaires, on vit avec une montre dans le ventre, car si l'on arrive à une escale avec 2 heures de retard tout le programme à suivre en est bouleversé – notamment pour les commerciaux qui sont dans les bureaux. »¹⁵⁸⁴

D'ailleurs, Raphaël Baumler et François Lille invoquent aussi cette importance de la valeur du temps et de la régularité dans le domaine du transport maritime :

« La régularité, il faut insister sur ce point, est devenue un souci majeur – ce qu'elle n'était pas dans la navigation ancienne. Ce qu'on appelle encore le « commerce international » intègre de plus en plus des maillons de processus de production transnationaux, fonctionnant à flux tendu, c'est-à-dire avec des stocks minimaux pour accélérer la rotation du capital. Les aléas du transport maritime sont un gêne que l'on a plutôt tendance à nier qu'à prendre en compte dans ce contexte, ce qui entraîne une pression constante qui peut amener à des prises de risque excessives. »¹⁵⁸⁵

À cet égard, M^c Alain Pilote, un praticien en droit maritime, invoque tout l'intérêt de l'armateur à voir son navire appareiller : « Les pertes financières sont importantes lorsqu'un navire est immobilisé. Il est probable que l'armateur voudra faire quelque chose pour que le navire reprenne la mer le plus rapidement possible. »¹⁵⁸⁶ Pour sa part, William O'Neil, secrétaire général de l'OMI, souligne l'efficacité relative de cette forme de sanction indirecte : « L'armateur doit envisager d'avoir un navire retenu à quai. Détenir un navire, ça veut dire pour l'armateur des dépenses supplémentaires et il cherchera à l'éviter. Cela, c'est une forme de sanction. Ce n'est peut-être pas parfait, mais ça s'est révélé raisonnablement efficace »¹⁵⁸⁷

1583. Exposé de Fernand BOZZONI, dans AFDM, préc., note 291, p. 13, à la page 13. Voir aussi Jonathan STONELEY, « A Charterer's Perception of Port State Control », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, préc., note 385, p. 4, à la page 5.

1584. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 75.

1585. R. BAUMLER, F. LILLE, préc., note 2, p. 39. Le temps est d'autant plus important en transport maritime que les capitaines subiraient d'énormes pressions directes et constantes des armateurs pour qu'ils continuent leur route malgré des conditions climatiques défavorables. En effet, le déroutement d'un navire engendre des pertes économiques considérables liées à la désorganisation du plan d'escales : *Id.*, p. 110. Voir aussi Rapport de la CNUCED de 1981, préc., note 279, n° 12, p. 4.

1586. Henri MICHAUD, « Les marins ont peu de recours légaux », *Le Soleil*, mardi 4 jan. 1994, p. A3.

1587. L. BAUMARD, préc., note 635, 4.

Par contre, si l'immobilisation des navires par l'État portuaire permet d'éroder l'intérêt d'un armateur à baser l'exploitation de son « entreprise » sur un système de complaisance maritime, cette forme de coercition administrative comporte des limites :

« La pénalisation commerciale des opérateurs maritimes n'est pas pour autant toujours efficace. En effet, la détention d'un navire est limitée par l'obligation de mainlevée après l'accomplissement des formalités raisonnables, telles que le dépôt d'une caution ou d'une garantie financière. De surcroît, lorsqu'il nécessite des réparations, le navire ne peut être empêché de partir à condition qu'il se rende au chantier approprié de réparation, condition qu'il est très difficile de rendre effective une fois que le bateau a atteint les eaux internationales. Rien n'interdit en effet à l'exploitant de revendre par la suite son navire, lequel pourra alors être exploité sous un autre nom, dans des régions maritimes moins rigoureuses, tout en présentant un fort degré de danger. »¹⁵⁸⁸

Ainsi, les armateurs qui ne souhaitent pas réaliser les réparations exigées, mais qui ont pu faire autoriser leur navire à quitter l'État du port en promettant de les faire réaliser ailleurs, peuvent décider de faire du commerce entre des États en voie de développement qui ont des ressources de contrôle sécuritaires réduites¹⁵⁸⁹. Évidemment, ce type de marché est moins payant. Éventuellement, un armateur pourrait être tenté d'accepter un dernier transport lucratif vers un pays plus exigeant au plan sécuritaire, et ce, même au risque d'y laisser son rafiote¹⁵⁹⁰. D'ailleurs, la perspective du délaissement d'un navire est un problème pour les autorités du port hôte.

L'abandon du navire à quai comme effet pervers de l'immobilisation ou de la cessation d'activité — La pénalisation commerciale par l'immobilisation du bâtiment ou la cessation d'activité devient caduque lorsque l'armateur décide qu'il est plus avantageux d'abandonner le navire que d'engager les réparations demandées :

« La détention n'est pas non plus nécessairement pénalisante pour l'exploitant-armateur. En effet, lorsque le navire retenu est dans un tel état qu'il ne vaut même plus le coût de ses réparations, il arrive que son propriétaire décide tout simplement de l'abandonner dans le port. A charge alors pour l'État du port de s'en débarrasser et de veiller au rapatriement de l'équipage. »¹⁵⁹¹

L'administration portuaire se retrouve alors avec un quai occupé pour longtemps, des marins abandonnés et une ferraille flottante qui ne peut être vendue en raison de l'indétermination de sa propriété. C'est d'ailleurs pour remédier à ce problème que le

1588. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 121.

1589. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 168.

1590. Voir le commentaire du capitaine Guy Germain du Bureau de la sécurité maritime du Canada : *infra*, p. 519. À cet égard il n'est pas rare de voir des navires abandonnés avec leur équipage car l'armateur n'a pas les moyens de payer les réparations ou ne trouve pas rentable de le faire.

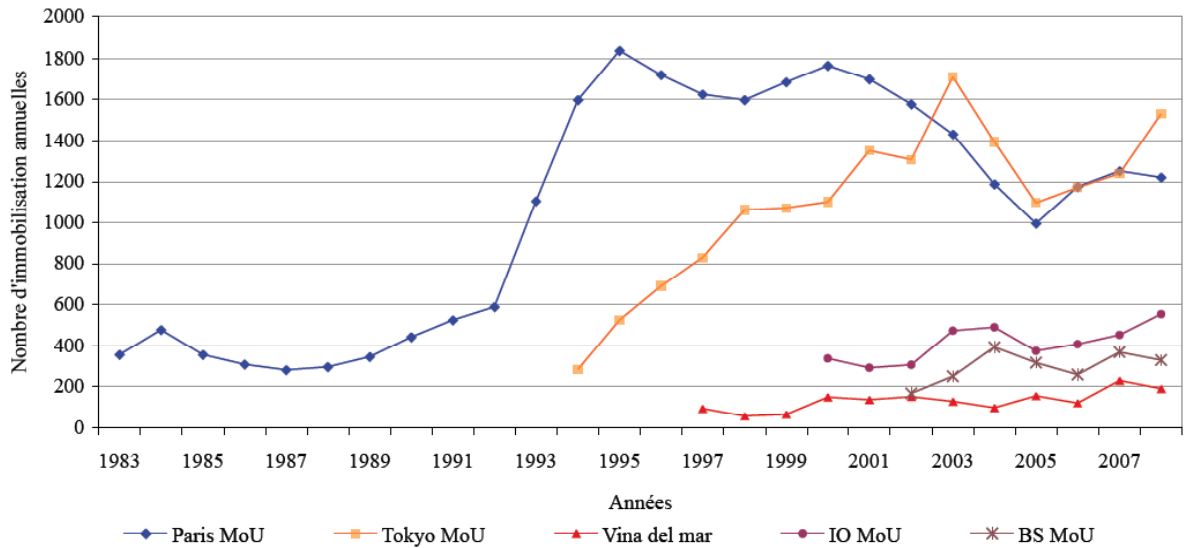
1591. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 121.

sénateur de Richemont recommande la simplification des procédures de vente des navires par justice¹⁵⁹². Malgré ces risques d'abandon de navire à quai, la pratique démontre que les autorités maritimes membres de MoU exercent leurs prérogatives en ordonnant des immobilisations de navires sous normes.

Sous-section 3 L'exercice de la prérogative d'immobilisation des navires au sein des MoU

Le nombre d'immobilisations réalisées par des MoU ainsi que le pourcentage d'immobilisations sur le nombre d'inspections réalisées par des MoU constituent des indicateurs utiles pour constater l'existence d'une activité de sanction à l'endroit des armateurs. C'est l'expression même de l'effectivité externe de ces réseaux. L'évolution de ce nombre et du pourcentage qu'il implique peuvent permettre de déceler soit une tendance au renforcement normatif ou encore au délaissement de cet outil. Le graphique n° 4 intitulé *Évolution du nombre d'immobilisations réalisées annuellement par des MoU* traduit en courbes graphiques la quantité d'immobilisation réalisée annuellement par certains MoU d'après les données disponibles dans leurs rapports annuels. Les données exactes qui ont permis d'élaborer ces courbes sont compilées dans le tableau intitulé *Données comparatives sur l'évolution du nombre de détentions réalisées annuellement par des MoU* en annexe 2 de notre document.

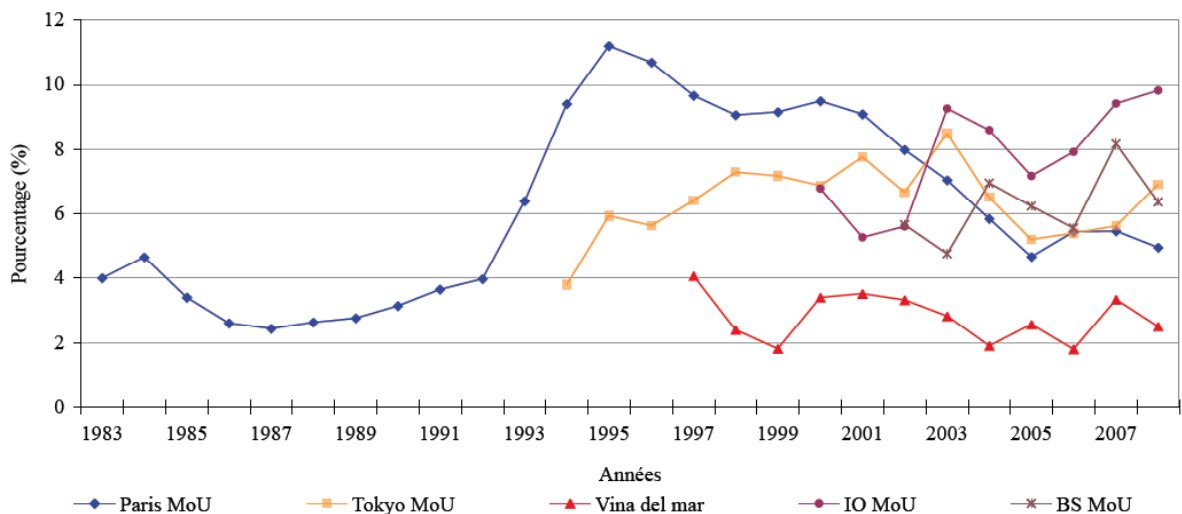
1592. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156 (pdf).



Graphique n° 4 : *Évolution du nombre d'immobilisations réalisées annuellement par des MoU*

À la lecture de ce graphique, on constate que le Paris MoU et le Tokyo MoU sont les réseaux de contrôle qui ordonnent généralement le plus grand nombre d'immobilisations comparativement à l'Accord de Viña del Mar, au IO MoU et au BS MoU. D'un point de vue quantitatif, le Paris MoU a connu ses résultats les plus forts en 1995 et en 2000 avec respectivement 1 837 et 1 764 ordonnances à cet effet. Par la suite, celles-ci ont diminué pour se situer à 1 220 immobilisations en 2008. Ces récents résultats sont surprenants compte tenu que le nombre des membres du Paris MoU est passé de 18 à 27 depuis 1999. Dans le cas du Tokyo MoU, les immobilisations n'ont cessé d'augmenter de 1994 à 2003. En 2003, le nombre d'immobilisations a atteint 1 709. Durant la période de 2004 à 2008, le nombre a diminué pour ensuite réaugmenter à 1 530 en 2008. Concernant les autres MoU, le nombre d'immobilisations est quasiment constant. En fait, il est en très légère augmentation, et ce, de manière presque imperceptible. Même si, par rapport au Paris MoU et au Tokyo MoU, le nombre d'immobilisations est plus réduit – se situant en 2008 dans la fourchette de 200 à 600 inspections annuelles –, il n'en demeure pas moins que ce type de sanctions est une réalité pour les armateurs lorsqu'ils font des escales dans des États en voie de développement.

C'est une réalité d'autant plus tangible pour les armateurs si un pourcentage significatif d'inspections mène à une ordonnance d'immobilisation puisqu'en faisant escale dans un port d'un MoU, ils courent le risque non seulement de subir une inspection, mais de voir leur navire être immobilisé s'il n'est pas conforme aux règles exigées. Le graphique n° 5 intitulé *Évolution du pourcentage représentant le nombre d'immobilisations sur le nombre d'inspections menées par des MoU* illustre la sévérité d'inspection de ces réseaux à l'égard de l'exercice d'inspection. Les données exactes qui ont permis d'élaborer ces courbes sont compilées dans le tableau intitulé *Ratios annuels en pourcentage des cas d'immobilisation de navires sur le nombre d'inspections qui sont réalisées dans le cadre de MoU* présenté en annexe 3 de notre document.



Graphique n° 5 : *Évolution du ratio en pourcentage du nombre d'immobilisations sur le nombre d'inspections de MoU*

À la lecture de ce graphique, on constate l'homogénéité des ratios d'immobilisation sur le nombre d'inspection entre le Paris MoU, le Tokyo MoU, l'IO MoU et le BS MoU. Pour ces deux derniers réseaux, il est intéressant de savoir que leurs membres réalisent un effort de sévérité comparable au Paris MoU et au Tokyo MoU malgré un nombre plus faible d'inspections et d'immobilisations. Par contre, les membres de l'Accord de Viña del Mar semblent, pour leur part, avoir mené des contrôles plus indulgents, même si la mesure d'immobilisation reste un outil d'intervention réellement utilisé. Néanmoins, on peut déjà

constater une bonne uniformisation du risque d'immobilisation entre les diverses régions, ce qui améliore d'autant l'effectivité externe des MoU.

On ne peut, éalement, manquer de souligner la diminution manifeste du taux de détention du Paris MoU. En effet, en 1995, les membres de ce réseau ont atteint un taux d'immobilisation sur les inspections de 11,21 %. Depuis cette époque, ce ratio a eu une forte tendance à diminuer. En 2008, il s'est situé à 4,95 %, derrière les performances de l'IO MoU, du Tokyo MoU et du BS MoU. Sans que nous puissions précisément expliquer l'origine factuelle de ces chiffres, ce résultat est directement en lien avec la chute du nombre d'immobilisations réalisées par les autorités membres de ce réseau. Une hypothèse pourrait offrir une piste d'explication : le nombre de navires sous normes dans la région aurait diminué en raison des mesures de bannissement mises en vigueur par le Paris MoU; cet instrument aurait, depuis 1998, permis d'épurer la région des pires navires qui y faisaient escale. En effet, n'oublions pas que l'exercice de prérogatives de police peut aussi se concrétiser sous la forme d'un bannissement.

Le bannissement des navires par le Paris MoU — Un navire soumis à une ordonnance d'immobilisation n'est pas physiquement contraint de rester à quai. Le navire pourrait appareiller sans l'autorisation de départ. Dans certains cas, ceux qui enfreignent l'ordonnance d'immobilisation ou de cessations d'activités pourraient faire l'objet d'accusations judiciaires pénales pouvant entraîner des amendes importantes ou encore une peine d'emprisonnement. C'est le cas notamment du Royaume-Uni dont les lois permettent de telles poursuites judiciaires¹⁵⁹³.

Par ailleurs, grâce aux mesures mises de l'avant en 1997 par le Paris MoU, le navire qui enfreint une ordonnance d'immobilisation en appareillant sans autorisation ou qui ne réalise pas les réparations demandées dans un chantier peut être banni de la région : « To prevent errant ship owners from running a detention, the MOU stipulates that such ships will be refused access to any port within other party states until the owner or operator has provided evidence of rectification of the defects. »¹⁵⁹⁴. Généralement, le bannissement est perçu comme une mesure d'ordre pénal, mais dans le cas des MoU, il est plutôt associé à

1593. C. MAGUIRE, préc., note 1575, 121 ; R. L. NEWBURY, préc., note 1567, à la page 167.

1594. J. HARE, préc., note 7, 580. Voir aussi Y. TASSEL, préc., note 19, 240.

un moyen d'intervention préventif et administratif à l'endroit de navires identifiés comme étant hautement indésirables, ceux dont la situation sécuritaire trop précaire persiste à leur bord¹⁵⁹⁵. D'ailleurs, en 2001, ce réseau a proposé le renforcement des règles sur le bannissement des navires pour ceux qui font l'objet de détentions multiples. Ces nouvelles règles, entrées en vigueur le 22 juillet 2003, font écho à la directive européenne du *Paquet Erika I*¹⁵⁹⁶. En outre, un navire dont le pavillon est inscrit sur la liste noire du SIRENAC doit être banni au terme de sa seconde détention en trois ans s'il est considéré à « haut risque » ou à « très haut risque » sur la liste noire des navires. Un navire doit aussi faire l'objet d'un bannissement au terme d'une troisième détention en deux ans, et ce, même s'il est considéré comme un navire avec un risque moindre¹⁵⁹⁷. En pratique, les cas de bannissement sont généralement liés au fait que les navires n'ont pas de certificats conformes au Code ISM, qu'ils ne sont pas allés au chantier de réparation convenu avec les autorités maritimes qui les ont inspectés, qu'ils n'ont pas respecté l'ordre de détention ou encore qu'ils ont été l'objet d'un trop grand nombre d'immobilisations. En pratique, depuis 1998, le bannissement est une mesure appliquée de plus en plus fréquemment par les membres du Paris MoU¹⁵⁹⁸. D'ailleurs, les autorités maritimes inscrivent le navire sur une liste de bannissement présente dans la base de données SIRENAC. Ce bannissement n'est toutefois pas irrévocable puisqu'il est possible pour un armateur de demander la levée de cette mesure pour son navire en alléguant que les réparations nécessaires ont été réalisées et que le bâtiment est maintenant conforme aux normes¹⁵⁹⁹.

1595. Paris MoU, *Annual Report*, 1997, p. 8.

1596. Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 8.

1597. Paris MoU, art. 3.10.5, ; Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 6 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 10.

1598. En 1998, 17 navires ont été bannis : Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 16 ; en 1999, 9 navires ont été bannis : Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 9 ; en 2000, 16 navires ont été bannis : Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p. 14 ; en 2001, 19 navires ont été bannis : Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 13 ; en 2002, 24 navires ont été bannis : Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 10 ; en 2003, 35 navires ont été bannis : Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 16 ; en 2004, 35 navires ont été bannis : Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 17 ; en 2005, 28 navires ont été bannis : Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 5 et 24 ; en 2006, 14 navires ont été bannis : Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 6 et 23 ; en 2007, 14 navires ont été bannis : Paris MoU, *Port State Control. On Course for Safer Shipping : Annual Report*, 2007, p. 4 et 22 ; en 2008, 19 navires ont été bannis : Paris MoU, *Port State Control. Making Headway : Annual Report*, 2008, p. 7 et 20.

1599. O. Z. ÖZÇAYIR, préc., note 21, p. 382.

Le système de bannissement du Paris MoU établit, en toute objectivité, une restriction d'accès aux ports de la région à certains bâtiments sans risquer d'agir illégalement, de manière discriminatoire¹⁶⁰⁰. D'ailleurs, ce système de bannissement ne serait-il pas aussi le moyen pour les autorités maritimes des États membres du Paris MoU de justifier leur intervention dans les zones côtières? En effet, sur la base de ces informations, les États pourraient suspendre le droit de passage inoffensif en mer territoriale des navires visés en alléguant le caractère non inoffensif de leur présence en se fondant sur les articles 19 et 25 de la CNUDM. Ils pourraient aussi intervenir dans la ZEE selon le principe de la légitime défense préventive prévue à l'article 56 de la CNUDM¹⁶⁰¹. Chose certaine, en 2004, le Paris MoU soulignait que les mesures de bannissement des navires à détentions multiples augmentent la pression sur les navires sous normes qui opèrent dans la région¹⁶⁰².

En bref, ces mesures de bannissement envoient un message non équivoque aux armateurs que leurs navires sous normes récidivistes ne sont pas les bienvenus et qu'ils doivent procéder aux réparations demandées s'ils veulent être assurés de circuler dans la région, sinon d'y faire escale. Il est probable que les mesures de détentions établies par les MoU et celles de bannissement prévues par le Paris MoU soient plus effectives que les mesures traditionnelles de répression concernant les infractions environnementales et qui sont exercées par les États côtiers dont le bilan répressif contre les navires en infraction est très limité. En effet, comme le souligne Jean-Yves Le Driant « en matière pénale, la dissuasion repose moins sur la sévérité théorique de la peine que sur la probabilité d'être condamné. »¹⁶⁰³ Ainsi, l'effectivité externe des MoU tiendrait non seulement de l'immobilisation et du bannissement des navires sous normes, mais aussi des

1600. L'utilisation d'une base de données et d'un système informatique qui désigne les navires bannis serait un moyen d'éviter que les États portuaires engagent leur responsabilité à l'égard d'une pratique discriminatoire quant aux principes d'accès aux installations portuaires d'un État : voir *supra*, p. 84. Voir aussi Michel NEUMEISTER, « Mémoire de Paris : Les navires fortement sous-normes quittent-ils réellement la zone? », *JMM* 20 août 2004.7.

1601. Le 26 novembre 2002, à la suite de l'accident du Prestige, le Portugal, l'Espagne et la France ont conclu l'Entente de Malaga pour interdire la circulation des navires sous-normes aux frontières de la ZEE et permettre aux forces côtières d'intervenir à cet égard. Or, certains États de tradition maritime prétendent que cet accord contrevient au principe de libre passage : F. GROSRIEGER, préc., note 238 ; M. ROYO, préc., note 238.

1602. Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 6.

1603. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 128.

renseignements qui en découlent. Par exemple, la dénonciation des navires sous normes sur une liste de bannissement ainsi que sur une liste spéciale qui désignent aussi les États du pavillon et les sociétés de classification qui leur ont délivré des certificats, inciterait ces derniers à améliorer leur contrôle de la sécurité à bord :

« At the same time, at some stage some flag states are likely to find a ban on entry of their ships into the main centres of port state control activity - countries within the Paris & Tokyo MOUs, and the USA. The objection is often raised that this will simply lead to ships migrating to another register, but there are some fairly simple ways of overcoming this, and meanwhile the flag state in question would face a loss in revenue which it would probably try to avoid by some efforts to increase its level of supervision. »¹⁶⁰⁴

Cela démontre l'importance du rôle joué par les listes de dénonciation publiques. En fait, la diffusion d'informations devient un autre instrument administratif de dissuasion qui assure la régulation du secteur d'activités par la seule force de son marché.

Section 2 La diffusion d'informations comme moyen de régulation

Le transport maritime n'étant pas un secteur d'activités transparent, les MoU complètent leurs activités de contrôle par l'échange et la diffusion d'informations produites par leurs membres afin non seulement d'atteindre leurs objectifs de coordination, mais d'assurer la régulation du secteur du transport. En effet, l'information sur la condition des navires, lorsqu'elle est diffusée, permet d'éclairer les choix des divers intervenants maritimes et d'exercer un moyen coercitif « soft ». Aujourd'hui, en raison de l'intérêt des divers intervenants, les listes noires, grises et blanches des MoU font maintenant partie du paysage maritime et des mœurs relatives à la gestion du transport.

L'intérêt des acteurs maritimes pour la transparence sécuritaire — Ceux qui font affaire avec des armateurs souhaitent connaître la condition de leur navire : « Aujourd'hui, le renseignement reste l'élément vital pour tous les usagers du monde maritime »¹⁶⁰⁵. À titre d'illustration, les institutions financières souhaitent vérifier que les capitaux investis dans un bâtiment ne sont pas menacés par son immobilisation dans un port ou sa perte dans un naufrage. De plus, les chargeurs et les affréteurs cherchent à faire transporter

1604. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 5 (pdf).

1605. B. LATRECH, préc., note 18, n° 191, p. 90.

sécuritairement leurs marchandises¹⁶⁰⁶. Pour les assureurs maritimes, il est essentiel de s'informer au mieux de la condition des navires pour lesquels une assurance est demandée. En effet, la navigabilité du navire joue un rôle primordial quant à l'existence même de l'aléa visé par l'assurance¹⁶⁰⁷. *A fortiori*, la possibilité pour l'assureur de confirmer ses informations avec une autre source d'informations, par ailleurs crédible, est non négligeable. Qui plus est, les consignataires sont aussi des personnes prudentes qui souhaitent être au fait de la qualité des armateurs avant de les représenter dans les procédures administratives et de prendre en charge leur navire dans un port. À cet effet, le courtier et consignataire François Blanchy, souligne que « [l]a vigilance du consignataire devra, également, surtout se porter sur la renommée, la réputation, la situation financière de son armement. »¹⁶⁰⁸ Ainsi, les intervenants de l'industrie appellent « à un accès plus large aux informations existantes relatives à la sécurité des navires »¹⁶⁰⁹.

Or, même en présence de certificats sécuritaires, l'industrie du transport maritime n'est pas transparente¹⁶¹⁰. C'est presque dire que de faire des affaires avec des groupes obscurs d'armement devient une entreprise au petit bonheur la chance. C'est dans ce contexte commercial que Lord Donaldson préconise la publication d'une liste noire des navires pris en défaut par laquelle seraient exposées les lacunes sécuritaires repérées¹⁶¹¹. Cette solution suit la logique d'imposer la transparence au marché avec la diffusion d'une information crédible et détaillée qui permettrait aux mécanismes d'autorégulation du marché de jouer pleinement leur rôle, notamment, en marginalisant les éléments

1606. M. Denis Tual, directeur du transport maritime chez *Ato Fina*, souligne qu'« [i]l faut [...] que le chargeur français puisse contrôler le transport aussi bien pour des raisons de qualité – il choisira, à cet effet, son armateur et son vecteur logistique, le navire - que pour des raisons de massification et de marketing - il pourra, en massifiant ses flux, avoir des taux plus intéressants et, en connaissant les armateurs, savoir quels sont les flux de ses concurrents. » : Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 68. Par ailleurs, Jean-Yves Legouas, de l'ITF, soutient que « [l]es moins bêtes des chargeurs veulent que leur marchandise arrive à bon port. Et la plupart des armateurs ne sont pas fous : ils savent que, sur un navire en bon état, on ne met pas un équipage minable » : propos recueillis par C. BUCHET, préc., note 9, p. 60.

1607. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 260-262 ; exposé de M. LATRON, dans AFDM, préc., note 291, p. 27, à la page 29.

1608. Exposé de François BLANCHY dans AFDM, préc., note 291, p. 20, à la page 21.

1609. *Mémoire d'entente sur la mise en œuvre du système informatique EQUASIS*, préc. note 478.

1610. Il peut y avoir distorsions du marché en raison d'un manque de transparence ainsi qu'un problème de faux certificats : *supra*, p. 137-139 et p. 431.

1611. D. ANDERSON, préc., note 268, 564 ; Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 6.28, p. 63, n° 11.68, p. 151, n° 23.65-23.69, p. 378-379.

indésirables¹⁶¹². Pour ce faire, les MoU rendent accessibles au public les rapports d'inspection et établissent des listes quantitatives. Non seulement faut-il décrire ces moyens, mais identifier les valeurs sous-jacentes à ce système.

Sous-section 1 La diffusion des rapports d'inspection et des listes noires, grises et blanches par les MoU

Les MoU cherchent à mettre en place par leur base de données un véritable système d'information d'abord utile à la coordination des activités des autorités membres. Incidemment, ces données permettent, lorsqu'elles sont correctement compilées, une catégorisation qualitative non seulement à l'égard des navires et de leurs armateurs, mais aussi à l'endroit des États du pavillon et des sociétés de classification.

La compilation et la diffusion des rapports d'inspection des navires par les MoU — En 1994, au grand dam des armateurs, le Royaume-Uni, l'Australie et les États-Unis se sont résolus à publier les noms des navires détenus dans le cadre d'inspections par l'État portuaire en raison de leur non-respect des prescriptions sécuritaires¹⁶¹³. En 1996, cette liste de dénonciation a été mise en oeuvre. Au même moment, le Canada et le Paris MoU se sont joints à cette initiative. En 1998, ce fut le tour du Tokyo MoU¹⁶¹⁴ : « Among possible future steps is increased pressure on the various sectors of maritime industry to act on the information released by port state authorities, possibly by releasing more names - such as those of the charterer, the bank, the P & I Club and possibly even the leading hull underwriter - so that the organization concerned can be embarrassed into compliance. »¹⁶¹⁵

1612. *Supra*, p.197 et 349-352. L'utilisation de listes noires est une pratique qui se fait dans d'autres domaines. Un exemple parmi tant d'autres, serait les moyens de contrer le blanchiment d'argent avec la formation par le G 7 du *Groupe d'action financière internationale sur le blanchiment des capitaux* lequel s'est engagé dans la publication d'une liste noire des pays et des territoires non coopératifs à cet égard : J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 127.

1613. D. ANDERSON, préc., note 268, 564. Par ailleurs, Matthew Marshall souligne que les armateurs ont tenté d'entraver par une procédure judiciaire la diffusion de leurs noms sur une liste noire, sans succès : M. MARSHALL, préc., note 244, p. 12 (pdf).

1614. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 12 (pdf).

1615. *Id.*

Avec leur centre d'information respectif qui compile et traite les rapports d'inspection, les MoU ont chacun l'infrastructure organisationnelle utile pour mettre en oeuvre une base de données sur la condition sécuritaire des navires. À l'origine, les informations compilées devaient être d'usage interne, aux seules fins d'une coordination régionale. Grâce à ces données partagées, les autorités maritimes peuvent diriger les opérations d'inspection vers les navires susceptibles d'être en mauvaise condition. Dans le cadre du Paris MoU, chaque autorité compile et transmet trimestriellement des informations sur les navires immobilisés au cours des trois derniers mois et qui ont déjà été immobilisés au cours des deux dernières années. De cette manière, les navires récidivistes peuvent facilement être identifiés et suivis. En l'occurrence, les listes noires des MoU sont pratiquement devenues des registres internationaux dans lesquels les navires sous normes sont publiquement dénoncés. D'ailleurs, ces résultats sont maintenant directement diffusés sur Internet par les MoU ou encore par l'intermédiaire d'EQUASIS¹⁶¹⁶. Ces informations sont d'ailleurs récupérées et interprétées par la presse spécialisée dans le secteur du transport maritime¹⁶¹⁷. À cet égard, le capitaine Jonathan Stoneley, qui œuvre en

1616. Paris MoU, art. 3.14 ; Tokyo MoU, art. 6.6 ; Accord de Viña del Mar, section 4, annexe 4 ; IO MoU, art. 7.7. ; BS MoU, art. 4.3 et 4.4. Ces dispositions prévoient la mise sur pied de bases de données gérées par l'entremise de leur centre de données, soit respectivement SIRENAC, APCIS, CIALA et IOCIS, BSIS. Les autres MoU mentionnent une procédure de transfert des rapports par les autorités membres à un centre informatique à mettre sur pied, lequel gère les bases de données : Abuja MoU, art. 4.1 et Annexe 8 ; Riyadh MoU, art.4.1 ; Med MoU, art. 4.1. Sur les sites du Paris MoU, Tokyo MoU, Med MoU, IO MoU, BS MoU, de l'Accord de Viña del Mar ou encore de la base de données EQUASIS, il est possible pour l'utilisateur d'utiliser une fonction de recherche à propos d'un navire et d'obtenir des renseignements sur les infractions aux normes et les immobilisations que celui-ci a essuyées. L'article 1.2 du *Mémoire d'entente sur la mise en œuvre du système informatique EQUASIS*, préc. note 478 souligne l'importance de rendre l'information publique :

« 1.2. En rendant les informations pertinentes publiquement disponibles sous une forme aisément accessible, Equasis permet aux personnes impliquées dans le transport maritime d'être mieux informées sur la performance des navires et des organisations maritimes. Equasis vise ainsi à améliorer la qualité du transport maritime et à réduire les pratiques inférieures aux normes de sécurité dans tous les secteurs de l'industrie maritime. »

Sur ces aspects liés à la diffusion de renseignements sur l'historique sécuritaire des navires : S. HABIB, préc., note 208, à la page 100 ; P. CHAUMETTE, préc., note 62, 80.

1617. S. HABIB, préc., note 208, à la page 98 ; P. CHAUMETTE, préc., note 62, 75. Par exemple, chaque année, ou presque, le *Journal de la marine marchande* publie un article sur les lacunes de navires sous-normes dénoncés ou faisant l'objet d'un bannissement par le Paris MoU, par exemple : Michel NEUMEISTER, « Paris MoU ; 142 navires retenus en avril », *JMM*, 11 juin 1999.1250 ; Michel NEUMEISTER, « Liste noire d'avril : un carton à S7TE; compliment à BP » *JMM*, 25 juin 1999.1365 ; Michel NEUMEISTER, « 141 navires détenus en mai dans les ports du "ParisMOU" », *JMM*, 23 juil. 1999.1566 ; Michel NEUMEISTER, « Les navires sous normes anonymes de la fin de l'année », *JMM* 7 jan. 2000.4 ; « Paris MoU : Business as usual », *JMM* 22 jan. 1999.139 ; Michel NEUMEISTER, « 70 navires retenus en France, en six mois », *JMM* 4 oct. 1996.2333.

affrètement, souligne que la consultation des données issues du contrôle par l'État portuaire par l'intermédiaire des bases de données des MoU ou encore les dénonciations de situations de risques sécuritaires publiés dans les journaux spécialisés en transport font partie du processus préliminaire de vérification de la condition sécuritaire d'un navire susceptible de faire l'objet d'un affrètement¹⁶¹⁸. Pour sa part, Peter Christmas souligne qu'en consultant les informations diffusées par les MoU, les assureurs sont en mesure de mieux cibler les navires à risque et de leur refuser leur protection¹⁶¹⁹. En définitive, cette diffusion publique des résultats des contrôles s'est révélée un moyen additionnel et alternatif d'atteindre les objectifs de régulation à l'égard de l'industrie du transport maritime, et ce, en améliorant sa transparence :

« Initially, port states were reluctant to publish detention information, particularly where owners were identified. They feared a rash of damages suits by irate shipowners. Indeed, there have been a number of protests of the content of detention publications. Publication, however, has in the past three years become the norm: Publication allows the brokers of the world to know what ships have been detained and why. Publication lets the world's insurers know who the miscreants are. It lets the consumer, passenger, or cargo shipper know who the delinquents are and lets them avoid using substandard ships as an effective means of ridding the oceans of their scourge. The port state authorities have become so comfortable with the publication of detention lists that one may now find them regularly in *Lloyd's list* (U.K., Australia, Canada and the U.S., on a monthly basis) and even on the internet. Indeed, the internet is likely to be a very valuable coordinating tool in the administration of port state control procedures in the future. It is the easiest way to access detention data bases and will certainly become the prime means of publication of detained ships in the future »¹⁶²⁰.

Conséquemment, en diffusant les détails des rapports d'inspection, les MoU améliorent la qualité de l'information, permettant du coup l'opérationnalisation des mécanismes d'autorégulation dans le marché du transport maritime, et incidemment, d'assurer la sécurité :

« L'information sur le navire est un élément essentiel de la sécurité dans la mesure où ces données vont permettre aux acteurs économiques d'avoir une photographie complète du navire, et donc de recourir à ses services en connaissance de cause. L'opacité de fonctionnement de certains propriétaires de navires a rendu nécessaire la constitution d'une base de données pour accéder aux informations que les États de libre immatriculation refusent de rendre publiques. »¹⁶²¹

Dès 1998, dans un souci d'accroître davantage la transparence en transport maritime, le PSCC du Paris MoU s'est décidé à joindre, dans SIRENAC, le nom des

1618. J STONELEY, préc., note 1583, à la page 9.

1619. P. CHRISMAS, préc., note 515, p. 18 ; P. CHAUMETTE, préc., note 62, 75.

1620. J. HARE, préc., note 7, 580. Voir Y. TASSEL, préc., note 19, 240 ; S. HABIB, préc., note 208, à la page 99.

1621. J.-P. BEURIER, préc., note 221, 101.

armateurs des navires détenus¹⁶²². Depuis 2003, les affréteurs des navires détenus sont aussi visés par cette base de données¹⁶²³. Il reste que les rapports d'inspection diffusés sont des données brutes qui doivent être traitées et vulgarisées pour être accessibles à tous. Aussi faut-il offrir les outils explicites qui distinguent les bons navires des mauvais. D'où l'intérêt, de créer des listes qualitatives.

Les listes « noires », « grises » et « blanches » des MoU visant les navires et leur armateur — Une liste dite « noire » a d'abord été créée en 1995 par le Paris MoU afin d'identifier les navires les plus à risque au plan de la sécurité. Cette pratique s'est ensuite répandue aux autres MoU. Ainsi, les navires faisant l'objet de constat de lacunes répétées y sont ouvertement dénoncés en étant associés à des comportements récurrents de négligence. Les navires inscrits à ces listes sont donc susceptibles de faire l'objet de contrôles répétés. En 1995, la *Directive 95/21/CE* est venue renforcer cette stratégie administrative de publication sur Internet des résultats des contrôles sécuritaires des navires et plus particulièrement la dénonciation sur une liste noire de l'identité des armateurs dont le navire a été détenu par une autorité maritime membre¹⁶²⁴ :

« Supplementing the MOU, and creating even more stringent port state inspection requirements, is the latest Council Directive of the European Union. This directive is specifically aimed at decreasing the number of substandard vessels in European waters. For example, the directive, which came in force on July 1, 1996, requires detailed inspections of vessels flagged from countries with an above average detention rate in the MOU database (which is housed in Saint-Malo, France). The new directive requires that the ownership of the vessels that fail inspection or are detained be published in its quarterly publication. As discussed earlier, one of the principle reasons for flagging under an open registr is the ability to conceal ownership. With the new directive, this advantage is beginning to erode. »¹⁶²⁵

Si les armateurs ont vertement contesté la publication des résultats de contrôles sécuritaires les nommant¹⁶²⁶, il faut comprendre, comme nous le verrons sous peu, que leur réputation peut maintenant être engagée.

1622. Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 4; Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 8.

1623. Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p 10 et 11.

1624. *Directive 95/21/CE*, art. 15. Voir aussi *supra*, p. 481.

1625. E. H. ANDERSON, préc., note 175, 168.

1626. E. DURUIGBO, préc., note 47, 130. L'ITF avait aussi amorcé un processus de publication de listes noires mentionnant les armateurs peu recommandables usant de pavillons de complaisance : ITF, *Flags of Convenience campaign*, en ligne : <<http://www.itfglobal.org/flags-convenience/index.cfm>> (consulté le 28 juin 2010). Voir aussi S. FRAWLEY, préc., note 190, 93.

En 2001, le PSSC du Paris MoU a mis de l'avant l'idée d'instaurer une liste blanche identifiant les navires qui respectent les prescriptions sécuritaires et d'alléger leurs contrôles par les États parties de manière à mieux diriger les ressources vers les besoins réels¹⁶²⁷. Incidemment, le Paris MoU et le Tokyo MoU mettent en œuvre un système de listes « grises » et « blanches ». Dans le premier cas, il s'agit d'une liste qui identifie, en guise d'avertissement, les bâtiments susceptibles d'être inscrits sur la liste noire. Dans le second cas, il s'agit de valoriser les navires respectant les prescriptions sécuritaires¹⁶²⁸. Par ailleurs, en 2002, une liste dénonçant les navires faisant l'objet d'un bannissement régional s'est ajoutée à la liste noire du Paris MoU. C'est d'ailleurs dans cette nouvelle structure de qualification sécuritaire que le Paris MoU souhaite mener sa réforme du *New Inspection Regime* (NIR) permettant aux navires inscrits sur la liste blanche de bénéficier d'un congé d'inspection pouvant s'étendre jusqu'à deux ans¹⁶²⁹.

En bref, l'identification obligatoire des armateurs et des sociétés de classification dans les procédures d'inspection des navires par les MoU a la vertu d'améliorer les informations pour suivre les navires problématiques et éviter que les propriétaires puissent voiler leur identité. Or, ce suivi est d'autant plus efficace lorsqu'il peut se réaliser dans le cadre d'une base de données globale comme EQUASIS.

EQUASIS comme source d'information globale — La base de données EQUASIS se révèle un véritable outil « catalytique » qui accroît l'effectivité des MoU par un partage d'informations au sein d'un forum élargi qui intègre d'autres autorités publiques, mais surtout des autorités relevant de l'ordre privé¹⁶³⁰. Grâce à l'élargissement de ses sources et au croisement des informations qu'elle recèle, EQUASIS offre une fiche précise de la condition sécuritaire des navires :

1627. Paris MoU, *Port State Control. Making Headway : Annual Report*, 2008, p. 6 ; Paris MoU, *Port State Control. On Course for Safer Shipping : Annual Report*, 2007, p. 4 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 4 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2004, p. 4 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 10 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 9 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 6 et 8.

1628. Les États-Unis ont établi une liste blanche par l'intermédiaire du programme *Qual Ship 21* à travers lequel les navires ne faisant pas l'objet de lacunes sécuritaires bénéficient de mesures de contrôle allégées ainsi que des réductions de frais relatifs aux services portuaires : O. Özçayir, préc. note 21, p. 441-445.

1629. Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 6 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 4.

1630. *Supra*, p. 287 et 300.

« La base de données EQUASIS constituée à la demande de la France, bien que non encore exhaustive, constitue quant à elle, un excellent outil d'information sur la qualité des navires car chaque fiche comprend non seulement toutes les caractéristiques d'un navire, mais aussi les dates des derniers rapports de classification, le certificat I.S.M. et sa date limite de validité, enfin et surtout la liste des contrôles des Etats du port, les dates des rapports, les détentions éventuelles et le nombre de déficiences retenues. »¹⁶³¹

EQUASIS permet d'approfondir et d'élargir l'information diffusée. Cela est d'autant plus vrai que le quota d'inspection de 25 % jusqu'ici en vigueur au sein du Paris MoU fait en sorte que SIRENAC n'offre pas des données exhaustives. D'ailleurs, jusqu'à tout récemment, la description des lacunes observées lors d'inspections à bord des navires était plutôt sommaire puisque le détail des motifs de détention était absent, ou du moins exclusivement accessible aux inspecteurs des autorités maritimes du Paris MoU. De plus, EQUASIS rend permanentes les informations des rapports de *vetting* qui ont été inscrites dans le système SIRE lequel rendait disponibles ces informations seulement pour une période d'un an, au plus de deux ans¹⁶³². Ainsi, le système EQUASIS offre des conditions de ciblage accrues en croisant des données qui étaient auparavant dispersées tout en offrant au public des détails qui n'étaient pas accessibles auparavant, notamment la fréquence des lacunes¹⁶³³. Par conséquent, ce système améliore davantage la transparence dans l'industrie maritime en diffusant publiquement l'ensemble des lacunes à l'origine de la détention, sans qu'il s'agisse pour autant d'un système de *rating*¹⁶³⁴. Les promoteurs d'EQUASIS misent sur une régulation du marché par ses intervenants grâce à la qualité supérieure de l'information à laquelle ils ont accès : « Le but d'Equasis est de fournir des données externes, factuelles, objectives, sans le moindre jugement. Il doit permettre aux utilisateurs de se forger leur propre jugement sur la qualité des navires »¹⁶³⁵. En fait, l'importance de l'information est telle que « cette base devrait permettre de délivrer un label de navigabilité. »¹⁶³⁶

1631. J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la p. 92.

1632. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 156 ; Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 180 (pdf) ; J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 92.

1633. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 181 (pdf).

1634. Michel NEUMEISTER, « EQUASIS, European Quality Shipping : la fin de l'ignorance? », *JMM* 19 mars 1999.591.

1635. Propos de Philippe Marchand, directeur départemental des affaires maritimes d'Ille et Vilaine : R. GOASGUEN, « EQUASIS : Démonstration publique au Havre », *Le Marin* 5 mai 2000.5.

1636. Propos tenus le 3 mai 2000 par M. Philippe TREPANT, président de l'Union française des industries du pétrole : C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 215.

La prochaine étape de cette base de données devrait permettre le versement des rapports d'inspections menées par les sociétés de classification, et ce, même si, dans un souci de confidentialité, il faut offrir un accès restreint à ce type de données par un système de « clé d'accès » aux armateurs. Tout cela est en vue de permettre aux différents utilisateurs internes d'EQUASIS de connaître des résultats d'inspections visant les structures des navires qui sont par ailleurs très difficiles à mener lors d'une escale¹⁶³⁷.

Les États du pavillon et les sociétés de classification sont eux aussi visés par le système de listes noires, grises et blanches — Dans un souci d'améliorer le système de ciblage pour identifier les navires prioritaires à l'inspection, les membres du Paris MoU ont convenu en 2000 d'élargir le système des listes noires, puis celles grises et blanches des États du pavillon et des sociétés de classification¹⁶³⁸. Peu de temps après, le Tokyo MoU a adopté le même type de système.

Ces listes sont issues d'un traitement comparatif des résultats d'inspections sur leurs navires respectifs qui sont en escale dans la région¹⁶³⁹. En fait, elles établissent les performances sécuritaires des États du pavillon et des sociétés de classification afin d'intégrer celles-ci comme facteurs dans les systèmes de ciblage des navires à contrôler. Ainsi, un navire dont l'État du pavillon et/ou la société de classification sont présents sur une liste noire est susceptible de voir se multiplier les contrôles à son bord ou pire de se

1637. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 182 (pdf).

1638. Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 15-16 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 15 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 12-13 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p. 7. Le Paris MoU se permet d'évaluer le travail de contrôle des sociétés de classification en invoquant qu'elles sont tout aussi responsables de la sécurité à bord que peut l'être l'État du pavillon pour le compte duquel elles effectuent le travail de certification : «When flags have delegated their statutory responsibilities to class, both parties should be held accountable for the safety records of the ships.» : Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 5.

1639. Dans la section « explanatory notes » à la fin des rapports annuels de 1999 à 2008 du Paris MoU, des informations sont offertes concernant la méthodologie des calculs statistiques – très complexes – permettant d'établir les listes noires, grises et blanches qui sont mises de l'avant par le Paris MoU : Paris MoU, *Port State Control. Making Headway : Annual Report*, 2008, p. 46-47 ; Paris MoU, *Port State Control. On Course for Safer Shipping : Annual Report*, 2007, p.48-49 ; Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report*, 2006, p. 50-51 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 56-57 ; Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 48-49 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2003, p. 44-45 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 39-40 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 38-39 ; Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p. 38-39 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 40.

voir restreindre l'accès aux ports de la région¹⁶⁴⁰. D'ailleurs, lorsqu'un État du pavillon ou une société de classification figure sur la liste noire du Paris MoU, celui-ci reçoit un avis du secrétariat l'informant que ses navires feront l'objet d'une priorité d'inspection durant une période d'un an¹⁶⁴¹. Ces listes noires, grises et blanches concernant les États du pavillon et les sociétés de classification sont diffusées dans les rapports annuels du Paris MoU et du Tokyo MoU.

De toute évidence, la catégorisation qualitative des États du pavillon et des sociétés de classification vise à contrer leur complaisance sécuritaire. En effet, les armateurs sont incités à se détourner de ceux-ci puisque leur participation à la structure d'exploitation devient une entrave à la circulation de leur navire. En fait, les armateurs sérieux au plan sécuritaire seront plutôt incités à faire affaire avec des partenaires désignés par les listes blanches et susceptibles d'offrir un allègement des contrôles¹⁶⁴². En bref, le système de liste s'exerçant à l'égard des intermédiaires sécuritaires permet d'espérer la renonciation aux politiques de complaisance. Par contre, concrètement, cette pratique partage le comportement des États de libre immatriculation selon deux pôles, à savoir ceux qui persistent dans la complaisance et ceux qui renforcent les contrôles : « Other notorious flags seem to be comfortable with their position on the Black List and have not shown any sign of improvement over the years. Several other flags have fortunately taken positive steps to improve their record and are no longer considered a "risk flag". »¹⁶⁴³ Ce résultat est peut-être modéré, mais il a la vertu d'évoluer en faveur d'un meilleur contrôle sécuritaire.

Par ailleurs, selon Andreas Chrysostomov, conseiller à la *Maritime Affairs Cyprus High Commission*, des États de libre immatriculation qui renoncent aux politiques de complaisance peuvent vouloir rapidement chasser les navires sous normes de leur registre maritime afin d'améliorer leur bilan au plan de la sécurité en espérant passer d'une liste noire vers une liste blanche. Par contre, cette situation risque de développer et même d'accélérer les sauts de pavillon, – phénomène connu sous le terme anglais de *flag*

1640. Les membres du Paris MoU exercent des mesures de bannissement des navires : *supra*, p. 452-455.

1641. Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 4.

1642. Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 6. Voir aussi A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, à la page 231.

1643. Paris MoU, *Annual Report*, 2001, p. 5.

hopping – comparable à celui rencontré dans le secteur de la classification¹⁶⁴⁴. De plus, l'amélioration du contrôle dans ces États peut devenir d'autant plus prioritaire que les renseignements diffusés par les MoU se précisent toujours davantage au point de concerner les individus. En fait, par le jeu de la transparence, ceux-ci sont poussés au zèle dans leurs activités de contrôle : « Dans les pays à registre ouvert, j'ai rencontré des responsables qui ne veulent pas voir leurs noms attachés à un navire ayant causé un problème. »¹⁶⁴⁵ Voilà une forme indirecte d'imputabilité des fonctionnaires de l'État pavillonnaire sur une échelle transfrontalière.

De la même manière, les listes qualitatives des MoU s'appliquent aux sociétés de classification. Elles mettent de l'avant un système de contrepois aux activités des sociétés de classification. En d'autres termes, par l'intermédiaire de cette liste, les MoU jouent le rôle de contrôleur externe à l'endroit de ceux chargés par les armateurs de faire le contrôle sécuritaire. D'ailleurs, en Europe, ces listes sont un instrument incontournable. En effet, la suspension ou le retrait de l'agrément des sociétés de classification sont fondés sur leur performance. Celle-ci est établie selon les données produites par le Paris MoU conformément aux directives 94/57/CE, 97/58/CE et 2001/105/CE établissant le processus d'habilitation des sociétés¹⁶⁴⁶.

D'ailleurs, ces listes qualitatives font dire à Matthew Marshall que cette technique de dénonciation publique devrait être étendue à tous les autres acteurs du domaine maritime¹⁶⁴⁷. Selon nous, si une telle dénonciation est envisageable pour des affréteurs qui peuvent d'ailleurs exercer un contrôle de *vetting* à bord ou encore intervenir directement à l'égard de la sécurité du navire dans le cas d'affrètement coque-nue ou à temps, une telle perspective n'est pas réaliste pour les autres situations puisque l'affréteur au voyage, le P & I Club, l'institution financière ou un autre intervenant maritime indirect ne sont pas en mesure de contrôler directement et valablement le respect des prescriptions sécuritaires à bord. Ces listes qualitatives des MoU visent ceux qui sont en mesure d'apprécier

1644. Andreas CHRYSOSTOMOV, « Flag States. What are they doing to ensure Compliance with International Regulations ? », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, préc., note 385, p. 6. Voir au aussi *supra*, p. 179.

1645. Propos de William O'Neil, secrétaire général de l'OMI : L. BAUMARD, préc., note 635, 4.

1646. P. BOISSON, préc., note 313, à la page 45. Voir aussi *supra*., p. 96.

1647. Voir la citation de M. Marshall, *supra*, p. 457, note 1615.

valablement la situation à savoir, au premier chef l'armateur, puis en second lieu l'État du pavillon et les sociétés classification.

Au-delà de la diffusion des rapports d'inspection et de l'existence des listes noires, grises et blanches en tant que telles, il faut apprécier les systèmes de valeurs auxquels ces instruments de régulation par l'information renvoient.

Sous-section 2 Les systèmes de valeurs inhérents à la régulation par l'information

La diffusion d'informations qualitatives visant des individus ou des entités interpelle nécessairement des valeurs émotives. Plus concrètement, la réputation de ceux-ci est directement concernée. Or la perte de réputation dans le milieu des affaires se traduit par le « démantèlement des bénéfiques » d'une politique d'exploitation axée sur la complaisance des autorités de contrôle.

Les listes qualitatives interpellent des valeurs émotives — La diffusion de rapports d'inspection et surtout de listes noires, grises et blanches est une mesure administrative de régulation qui touche les valeurs émotives des entités visées. En d'autres termes, elle est susceptible, en l'espèce, d'engendrer des sentiments de fierté chez ceux qui respectent les normes de sécurité et de honte chez les contrevenants¹⁶⁴⁸. En l'espèce, les MoU désignent de manière non équivoque les outils de publication de résultats afin de mieux qualifier les intervenants à la sécurité. Ainsi, ils peuvent inspirer tant une relation de confiance envers ceux inscrits sur une liste blanche qu'une relation de méfiance envers ceux « condamnés » à figurer sur la liste noire¹⁶⁴⁹. En outre, les armateurs ne tireront pas seulement des avantages économiques d'être sur une liste blanche, mais aussi une certaine fierté, du moins une satisfaction, quant à la reconnaissance publique de leurs efforts d'entretien de leur navire¹⁶⁵⁰. À l'inverse, aucun des armateurs ou des autres intervenants mentionnés sur une liste noire ne souhaite s'y trouver. Tout probablement, il investira des fonds pour améliorer

1648. B. LANGE, préc., note 683, 209.

1649. *Id.*, 217.

1650. À cet égard, les entreprises ne sont généralement pas peu fières de souligner l'atteinte de normes de qualité et l'affichent à cet effet. Nous n'avons qu'à penser aux diverses publicités d'entreprise à l'effet qu'elles ont atteint une norme ISO de l'Organisation internationale de normalisation.

ses résultats sécuritaires afin de redorer son image. Cet effort peut aussi être consenti à des intervenants associés à l'exploitation du navire et qui eux aussi cherchent à protéger leur réputation.

Les listes qualitatives influencent la réputation des armateurs et des autres intervenants qui leur sont associés — À l'instar des moyens de persuasion mis en œuvre par la *soft law*, la régulation par le traitement et la diffusion d'informations visent à améliorer la transparence concernant la réputation des entités dénoncées. En effet, celle-ci, répétons-le, est une valeur essentielle aux relations humaines et particulièrement aux relations d'affaires. À cet égard, la réputation permet autant la venue et la conservation d'une clientèle que sa fuite, la principale forme de régulation par l'information¹⁶⁵¹. D'ailleurs, le processus du choix des partenaires commerciaux irréprochables serait exacerbé par la nouvelle dynamique du « commerce éthique »¹⁶⁵². Dans ce contexte, la réputation des armateurs ainsi que des États du pavillon, des sociétés de classification et des affréteurs qui y sont associés devient rapidement un enjeu important.

Somme toute, la diffusion d'informations, vue comme une simple mesure administrative de régulation, qui est généralement prônée par les réseaux transgouvernementaux, se révèle être un moyen d'action hautement dissuasif par la mise en œuvre des mesures de sanctions non seulement morales, mais aussi économiques. En fait, c'est un véritable effet de levier qui permet l'essor d'un cercle vertueux d'autorégulation censé faire disparaître les navires sous norme¹⁶⁵³.

1651. *Supra*, p. 350-352. Voir aussi G. MAJONE, préc., note 399, à la page 190. D'ailleurs, le contrôle de l'information est une forme de *Soft Power* et, en l'absence d'imputabilité, la légitimité s'établit par l'efficacité et l'expertise : A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1177, aux pages 195 et 197.

1652. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 125. Une réflexion contemporaine poserait la problématique de la responsabilité légale, du moins morale, des entreprises de pays développés faisant affaire avec des partenaires internationaux à la réputation peu respectable quant aux traitements des droits humains et environnementaux :

« Jusqu'où va la responsabilité d'une entreprise en sol étranger? Germain Gutiérrez n'était pas le premier à se poser la question cruciale : s'il se passe des horreurs dans la cour d'un de ses partenaires à l'autre bout du monde, une entreprise est-elle responsable ?

L'avocat américain Daniel Kovalik a parié que oui. Il s'est servi d'une clause de la loi américaine qui dit qu'on peut entendre une cause aux États-Unis si elle implique une entreprise américaine et qu'elle ne peut être traitée justement dans le pays concerné. » : Stéphanie BÉRUBÉ, « L'Affaire Coca-Cola. Le film qui dérange le géant de la boisson gazeuse », *La Presse*, 20 fév. 2010, p. A 25.

1653. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 311 ; E. GOLD, préc., note 60, 254.

La publication des rapports et des listes qualitatives pour permettre l'essor d'un cercle vertueux d'autorégulation du marché — La diffusion des rapports d'inspection et de listes noires, grises et blanches par les MoU offre une information crédible. Ceci permet la transparence des activités de transport maritime qui met de l'avant un cercle vertueux d'autorégulation du marché. En effet, les navires sous normes peuvent dorénavant être identifiés, discriminés et finalement éjectés du marché :

« Certes la fixation des taux de fret est internationale et dépend du marché, dès lors si la pression des règles internationales devient plus forte, si les côtiers conviennent entre eux d'accords pour interdire la navigation des navires sous normes le long de leurs côtes, si les Etats du port renforcent leurs contrôles et retiennent les navires contrevenants à quai, si les primes d'assurance deviennent très élevées ou que les assureurs refusent de couvrir de tels risques, enfin si d'autres Etats comme les Etats-Unis obligent les navires pétroliers à se doter d'une couverture d'assurance illimitée en cas de dommage à l'environnement pour ravitailler leurs ports, le marché ne peut que réagir à la hausse sur les taux de fret. Dans ces conditions ce sont les chargeurs qui eux même feront la sélection des navires : si le transport est cher, le chargeur est en droit d'exiger un service de qualité. En conséquence, à coût égal le bon navire chassera le mauvais, facilitant les sorties de flotte, et incitant à un retour au professionnalisme donc au retour des véritables armateurs. »¹⁶⁵⁴

Jonathan Stoneley, avance que cette logique est tout aussi applicable au domaine de l'affrètement :

« One of the more obvious, and the easiest checks a charterer can make on a prospective vessel, is checking the individual ships Port State Control detention history, together with the Port State Control detention history for all vessels under the same management and/or ownership. Such data can, and does, provide extremely valuable information on maintenance standards and work practices of a vessel and her owner. Obviously, it is important that such data is reviewed by an experienced technical person so that a good ship and owner are not unreasonably penalised for minor defects to a vessel.

However, where a vessel and other vessels in a fleet are frequently seen to be seriously failing Port State Control inspections they will find it harder to operate with charterers. In this way charterers can support the work of Port State Control authorities and assist in forcing the rogue vessels/operators out of business. »¹⁶⁵⁵

Cette logique n'est pas exclusive à l'affrètement, elle est aussi transposable auprès de tous les autres intervenants qui interagissent avec les armateurs que ce soit les sociétés de classification, les assureurs ou les institutions financières disposant d'une meilleure information grâce aux MoU¹⁶⁵⁶. À cet égard, Matthew Marshall de l'*Insurance Institute of London* souligne comment la liste noire est un instrument de sanction administrative qui

1654. J.-P. BEURIER, préc., note 220, aux pages 98-99.

1655. J. STONELEY, préc., note 1583, à la page 8.

1656. P. CHAUMETTE, préc., note 3, à la page 274.

interpelle les armateurs en touchant à leur réputation, leur faisant craindre, du coup, d'être exclus du marché :

« Why should you name and shame? It is not simply a question of embarrassing the owner. The intention is to make it harder for him to trade, rather like publishing the name of a baker found guilty of selling bad bread. And this is where we have to be careful. The reason why governments - including our own - are stepping up their action is that they are getting dissatisfied that substandard ships seem to continue to trade. They are still finding charters, they are still getting insurance - direct and liability - and they are still getting mortgages. What had been hoped was that by removing the chance that the industries making it possible for the ship to trade were unaware that a particular ship was substandard, such ships would be driven out of the market. You could describe this as getting the industry itself to provide the sanctions which governments - and the IMO - have so far not managed to implement. The idea of banning ships flying flags with a poor record has been in existence for several years, but there has not yet been the political will in IMO or in the regional MOUs to achieve it. An easier alternative is to persuade the industry to police itself by marginalizing the substandard element. »¹⁶⁵⁷

En outre, cette transparence devrait normalement accroître les externalités liées à l'exploitation d'un rafiot. Autrement dit, sa rentabilité devrait normalement être entamée.

Perte de rentabilité des navires sous normes en raison de l'augmentation de leurs externalités d'exploitation liées au contrôle par les États portuaires — La publication des rapports d'inspection et la dénonciation des navires et des armateurs sur des listes noires obligent ces derniers à intégrer de nouveaux coûts qui découlent de leur mauvaise réputation. Pour eux, le profit associé à une exploitation de navire sous normes se réduit d'autant. C'est la notion de démantèlement du bénéfice d'exploitation. Dans ce contexte, les coûts d'exploitation liés à la sécurité augmentent au point de rendre les vieux navires déficitaires, les faisant du coup basculer dans le marché de la ferraille. De cette manière, un nouvel équilibre de l'offre et de la demande de transport devrait favoriser une hausse du coût du fret qui intégrerait les coûts de la sécurité¹⁶⁵⁸.

De plus, la réputation permettrait une attitude de raffermissement des assureurs maritimes exigeant l'amélioration sécuritaire des navires :

« Ainsi le navire représentant un mauvais risque coûte de plus en plus cher à assurer voire il ne peut plus être couvert. Dès lors, le marché de l'assurance devrait en se raidissant encore davantage à la suite du naufrage du *Prestige*, contribuer à assainir l'offre de transport dans la mesure où le chargeur aura intérêt à se détourner d'un transporteur dont le navire en propriété

1657. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 3 (pdf). Voir aussi A.-M. SLAUGHTER, préc., note 764, 315.

1658. W. O'NEIL, préc., note 383, à la page 293. Voir aussi J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 98 ; J.-P. BEURIER, préc., note 221, 112. ; OCDE, préc., note 474, p. 6 ; M. MARSHALL, préc., note 244, p. 6 (pdf). Voir aussi *supra*, p. 137-139.

ou affrété présente un risque élevé aux yeux de l'assureur. La concurrence commerciale tire les vraquiers vers le bas, les assureurs dont les intérêts sont ici convergents avec ceux des chargeurs, des réceptionnaires et des Etats côtiers, pourraient ainsi par leur politique actuelle contribuer à l'amélioration de l'offre de transport. »¹⁶⁵⁹

Dans un contexte où l'information circule librement et se révèle crédible, les assureurs maritimes sont en mesure de jouer un rôle accru au plan des mécanismes d'autorégulation sécuritaires du secteur du transport maritime : « Les assurances peuvent jouer un rôle en faveur de l'amélioration de la qualité des navires tout d'abord par le biais de leur politique de tarification, en faisant davantage payer les armateurs et les navires présentant des risques de sinistralité plus importants. »¹⁶⁶⁰

Le refus de couverture d'assurance ou l'augmentation de son coût à l'endroit des navires sous normes est souhaitable afin de responsabiliser davantage les armateurs à livrer à la ferraille les plus vieux navires et à entretenir davantage ceux qu'ils gardent. Néanmoins, il reste que l'assurance maritime est un domaine très concurrentiel où toutes les dérives sont possibles, surtout pour les assureurs les plus faibles¹⁶⁶¹. En définitive, il faut mesurer les coûts/bénéfices de ne pas maintenir une situation sécuritaire et de faire affaire avec des autorités complaisantes¹⁶⁶².

Conclusion à l'égard de la diffusion d'informations comme outil administratif de régulation — La diffusion d'informations relève d'une technique de régulation incitative

1659. J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 98.

1660. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 148. L'effectivité des normes de sécurité peut s'exercer à travers des sanctions informelles tant de la part des assureurs qui décident d'augmenter les coûts d'assurance ou refusent d'assurer les navires en raison des risques encourus que de la part des sociétés de classification qui peuvent exiger des armateurs le paiement de pénalités prévues au contrat de classification en raison du non-respect de leurs règles : M. FERRER, préc., note 34, n° 115, p. 69. Il faut ajouter à cette opinion que ce type de sanction informelle ne peut se réaliser qu'à l'aide d'une information crédible diffusée sur internet, d'où l'importance des MoU à cet égard.

1661. J. M. S. SMITH, préc., note 515, p. 3. Voir aussi *supra*, p. 149. Depuis 2003, les performances du secteur de l'assurance maritime se seraient améliorées par une combinaison de hausses tarifaires, d'une diminution du nombre de sinistres, d'une politique de souscription plus stricte, de la baisse des coûts de réassurance ainsi que de la diminution du nombre d'assureurs. Si ce secteur reste néanmoins précaire, le marché de l'assurance de corps se redresse peu à peu sans encore avoir atteint le seuil de rentabilité. Les professionnels estiment entre 20 à 25 % le manque de primes pour disposer de marges profitables. Les résultats sont plus satisfaisants sur le marché de l'assurance faculté, traditionnellement plus local et moins volatil. Mais là aussi l'équilibre serait aussi précaire : l'industrie n'aurait pas encore compensé les exercices déficitaires antérieurs : Guillaume MAUJEAN, « Les assureurs maritimes se redressent après plusieurs années noires », *Les Échos*, Finance, 15 sept. 2004.37. Voir aussi *infra*, p. 492

1662. R. HOWSE, préc., note 681, 461.

qui s'exerce par l'intermédiaire des usagés intéressés à des aspects techniques, politiques et économiques. Ce système de sanction est sans doute préférable aux moyens juridiques plus autoritaires puisqu'il se révèle globalement plus économique dans son usage, plus souple dans ses effets et sans doute plus efficace dans ses résultats¹⁶⁶³. Cette forme de régulation dérive d'une rationalité économique qui vise l'atteinte d'objectifs d'une régulation sans entraver le marché, donc généralement à meilleur coût¹⁶⁶⁴. Autrement dit, la régulation du marché par un contrôle collectif est toujours possible en conformité avec les forces du marché, lequel accordera du coup les ressources nécessaires pour atteindre l'objectif d'une meilleure sécurité¹⁶⁶⁵. En pratique, la publication des rapports d'inspection et la diffusion de listes de dénonciation qualitatives des MoU ont l'objectif d'initier un changement de comportement de tout un chacun en faveur d'un renforcement des normes sécuritaires dans le secteur maritime. À cet égard, l'*US Coast Guard* a pu constater que la publication de listes noires entraîne un changement des comportements chez les opérateurs maritimes¹⁶⁶⁶. De plus, aux dires du Paris MoU, les autorités gouvernementales, les affréteurs, les assureurs et les sociétés de classification sont continuellement intéressés à suivre leur performance et celle des autres en regard des résultats d'inspection sur son site Internet¹⁶⁶⁷. Mais, il faut ajouter à cet égard que les changements de comportement pourraient traduire une acceptation des MoU par les acteurs maritimes concernés.

Section 3 L'acceptation des MoU par les acteurs maritimes

L'effectivité de mesures normatives s'apprécie en fonction du degré par lequel les acteurs qui subissent ces dernières adhèrent à celles-ci. Or, les activités coordonnées de contrôle des MoU visent surtout les armateurs, mais aussi, nous venons de le constater, les

1663. J. CHEVALIER, préc., note 45, 124.

1664. R. HOWSE, préc., note 681, 458.

1665. *Id.*, 466.

1666. M. CUTTLER, préc., note 243, 196.

1667. Paris MoU, *Port State Control. Steady she Goes : Annual Report 2006*, p. 12 ; Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report, 2005*, p. 11 ; Paris MoU, *Changing Course : Annual Report 2004*, p. 9 ; Paris MoU, *Annual Report, 2003*, p. 8 ; Paris MoU, *Annual Report, 2002*, p. 8 ; Paris MoU, *Annual Report, 2001*, p. 7.

États du pavillon ainsi que les sociétés de classification. Il faut donc tenter de vérifier comment ces derniers réagissent à l'égard de ces systèmes de contrôle par l'État portuaire.

Dès sa mise en place, le régime de contrôle par l'État portuaire institué par le Paris MoU a été contesté par l'*International Shipowners Association* (INSA). Ses membres ont allégué que les inspections étaient illégales puisqu'elles entraînaient des délais indus dans la gestion des navires, et ce, au détriment de leurs intérêts économiques. De plus, ils ont aussi exprimé des doutes sur leur efficacité pour éradiquer les navires sous normes qui visitent les ports européens¹⁶⁶⁸.

Aujourd'hui, malgré les nombreuses réserves exprimées par les armateurs et leur position favorisant un système de contrôle sécuritaire uniquement mené par l'État du pavillon, plusieurs regroupements d'armateurs acceptent dorénavant d'être soumis aux contrôles coordonnés des États portuaires sous l'égide des MoU. À cet égard, Jeremy M. S. Smith, secrétaire général du *Liberian Shipowners' Council*, admet que le système de contrôle par l'État portuaire est un phénomène devenu incontournable : « Everybody knows the shipowners' view – we prefer flag state control, but accept that port state control is here to stay because flag states did not always do the job they were required to do. »¹⁶⁶⁹

Dans la même veine, le *North of England P&I Club* a diffusé un nouveau guide intitulé *Port State Control : a guide for cargo ships*¹⁶⁷⁰ qui convie les armateurs qui en sont membres à anticiper les inspections des États portuaires. Le document indique des mesures pratiques pour éviter les coûteuses immobilisations à quai. L'entreprise souligne que les inspections par l'État portuaire sont maintenant un phénomène incontournable avec lequel les armateurs et les équipages doivent conjuguer : « Les inspections par l'État du port font partie de l'exploitation courante d'un navire et sont un fait durable. [...] Plutôt que de critiquer le dispositif, il serait plus utile de prendre des mesures pragmatiques pour le gérer. »¹⁶⁷¹ En outre, les officiers et l'armateur d'un navire susceptible de subir des

1668. E. DURUIGBO, préc., note 47, 130.

1669. J. M. S. SMITH, préc., note 515, p. 1.

1670. NORTH OF ENGLAND P&I CLUB, *Port State Control : a guide for cargo ships*, en ligne: <http://www.ukpandi.com/UkPandi/Infopool.nsf/HTML/LP_Init_DetentionPrevention> (consulté le 25 fév. 2009).

1671. Propos de Tony Baker, directeur de la gestion à la *North of England P&I Club*, recueillis dans Michel NEUMEISTER, « Contrôle des navires : prendre les choses en main », *JMM* 2 juin 2006.5.

contrôles aux escales portuaires doivent les anticiper : « La présentation de tous les aspects du navire, de ses équipements et de son équipage doit être analysée, et si nécessaire, améliorée avant l'arrivée au port. [...] En plus d'être polis et coopératifs, les officiers doivent être sûrs de leur fait. Ils doivent connaître leurs droits et obligations et s'informer sur les procédures du contrôle des navires par l'État du port »¹⁶⁷². De plus, les armateurs et les officiers navigants sont incités à agir de manière transparente en mentionnant immédiatement aux inspecteurs les défauts sécuritaires et les mesures correctives prises ou envisagées¹⁶⁷³. Ces éléments nous font croire qu'il y a maintenant une réelle appréhension par les armateurs du contrôle sécuritaire de leur navire par les États portuaires, notamment ceux membres d'un MoU. Ils intègrent ces contrôles dans les mises à jour des règles de gestion nautique des navires via des documents d'information publiés par les associations auxquelles ils sont rattachés. Si certains groupes d'armateurs se résignent à accepter le développement du contrôle par les États portuaires sous le régime des MoU, d'autres sont, par ailleurs, enthousiastes à cette nouvelle dynamique, c'est notamment le cas des affréteurs.

Le contrôle par l'État portuaire soutenu par les affréteurs — Jonathan Stoneley est capitaine pour le *Marine Claims & Compliance Manager* de la division *Ocean Transport* de *Cargill*, une compagnie qui affrète les navires. Il soutient que malgré les contretemps que le contrôle par l'État portuaire peut faire supporter aux affréteurs, la majorité de ceux-ci sont en faveur d'un tel contrôle puisque tout compte fait ces inspections sécuritaires les assurent que la marchandise arrivera en bonne condition, qu'elle ne sera pas retardée par des opérations d'assistance rendues nécessaires par un naufrage, qu'ils peuvent avoir confiance d'engager des contrats d'affrètement de manière éthique et sans compromis avec les normes de sécurité¹⁶⁷⁴. Il faut ajouter que les contrôles par les MoU complètent les inspections menées dans le cadre d'opérations de *vetting*. D'où le transfert de données de la base de données SIRE de l'OCIMF vers celle d'EQUASIS principalement composée d'inspections menées par le Paris MoU, le Tokyo MoU et l'*U.S. Coast Guard*. Pour les

1672. Propos de Andrew Kirkhan, directeur de la prévention des risques à la *North of England P&I Club*, recueillis dans M. NEUMEISTER : *Id.*

1673. *Id.*

1674. J. STONELEY, préc., note 1583, à la page 5.

sociétés de classification les plus importantes, le contrôle par l'État portuaire peut aussi constituer un outil complémentaire à leurs activités.

Les MoU soutenus par les sociétés de classification — Le contrôle imposé par les MoU constitue un véritable motif pour des sociétés de classification de délaissier l'approche complaisante en leur permettant de renvoyer explicitement l'armateur à ses responsabilités sécuritaires : « [w]e request vessel owners to fully recognised their responsibilities for the maintenance of their vessel's fitness for purpose at all times. The owners should not attempt to utilise Class, Flag, or Port State to find their problems and impose their deadlines. »¹⁶⁷⁵

Évidemment, faire l'objet d'une liste qualitative comporte certains risques. Mais, pour les sociétés les plus sérieuses, notamment celles membres de l'IACS, la mise sur pied par les MoU de listes qualitatives visant toutes les sociétés constituent non seulement l'occasion pour l'ensemble des participants de cette industrie de vérifier et d'améliorer la qualité de leurs procédures de contrôle auprès de leurs inspecteurs¹⁶⁷⁶, mais c'est aussi le moyen de distinguer les meilleures sociétés des moins bonnes : « Whilst ABS supports the new "Name and Shame" initiatives by some Port State Controls by which negligent Classification Societies are identified, a new concern has arisen. »¹⁶⁷⁷ Ces listes qualitatives des MoU sont un bon moyen pour elles de faire valoir une bonne réputation et récupérer des parts de marché. Au-delà du geste de marketing, il ne faut donc pas s'étonner de voir une société comme ABS adhérer à la publication des résultats de ceux-ci : « We at ABS are willing to answer to our responsibilities in regard to class, statutory and ISM requirements. to be fully co-operative with Port State control authorities and to offer ourselves as a target

1675. D. EASTHAM, préc., note 385, p. 8.

1676. David Eastham, représentant de l'*American Bureau of Shipping* (ABS), a souligné comment les contrôles par l'État portuaire offraient, en cas de problème avec un navire, l'opportunité de vérifier les éléments de son dossier :

« In all cases that a port state detention is reported to this society, the boarding officer's findings are analysed, together with the attending surveyor's report in order to try and determine what went wrong. Sometimes it is necessary to go back to the survey office that issued the certificates concerned, in order to gain further insights into the problems. The results of the analysis will then dictate our immediate actions- including retraining of surveyors or re-writing of procedures if it is felt that our surveys have been at fault.» : *Id.*, p. 3.

1677. *Id.*, p. 6.

in order to improve shipping standards»¹⁶⁷⁸. Cette adhésion des intervenants amène un changement de mentalité dans le secteur maritime.

Vers un changement de mentalité dans l'exploitation des navires — Le contrôle exercé par les membres des MoU fait savoir clairement auprès des armateurs, des États du pavillon ainsi que des sociétés de classification les plus complaisants que les modèles d'exploitation de navires axée sur l'insécurité ne sont plus tolérés :

« With its roots founded in necessity bred of successive maritime casualties, port state control has come into its own as the most effective means of ridding the world's ports and oceans of sub-standard, unseaworthy and dangerous ships. This is not to say that international pressure on flag states, owners and classification societies to do their jobs properly and responsibly should be in any way relaxed. The reality, however, remains that there are good and bad ship owners. There are good and bad classification societies. And there are good and bad ship registers. Let the international message of port state control be loud and clear : bad ships, bad owners, bad flag states and bad classification societies are pariahs for which there should be no place in the shipping industry of the future. »¹⁶⁷⁹

La coordination des contrôles par les MoU aurait permis un bouleversement de la rationalité économique liée à la concurrence féroce et à la course vers le fond qui sévissait dans le secteur du transport maritime : « Autrefois la solution consistait à s'aligner plus ou moins sur la complaisance, et à le faire ouvertement, au nom de la nécessité, toujours éminente d'ailleurs, d'être compétitif. Aujourd'hui ceux qui pratiquent encore la complaisance se taisent et se cachent. »¹⁶⁸⁰ Comme quoi la stigmatisation des comportements complaisants et la responsabilité, du moins morale, des diverses autorités maritimes à vouloir assurer la sécurité des navires sont en progression. D'ailleurs, l'industrie maritime participe maintenant aux forums de réflexion sur le contrôle par l'État portuaire lesquels sont organisés par des MoU¹⁶⁸¹ et l'OMI¹⁶⁸².

1678. *Id.*, p. 7.

1679. J. HARE, préc., note 7, 593-594.

1680. F. VALLAT, préc., note 555, 7.

1681. Le Paris MoU a invité certains acteurs du milieu privé à intervenir dans le cadre de réunions de son PSCC. Par ailleurs, le Paris MoU a organisé en 2004 le *High Level Forum* : *supra*, p. 337.

1682. Lors des activités du *workshop* tenu du 9 au 11 juin 2004, des représentants de l'IACS et de l'ICS étaient présents comme observateurs : *Report of the Third Workshop for Port State Control MoU/Agreement secretaries and Directors of Information Centres*, IMO Headquarters, London, 9 to 11 June 2004, n° 1.2., p. 1, à l'annexe 1 du document OMI, Sub-Committee on Flag State Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Outcome of the third Workshop for Port State Control MoU/Agreement Secretaries and Directors of Information Centres*, préc., note 1210.

Ainsi, l'effectivité externe des MoU est démontrée par leur capacité d'influencer, sans contrainte pénale, les acteurs maritimes à respecter les prescriptions sécuritaires dans leur modèle de gestion nautique des navires.

En conclusion sur l'effectivité externe des MoU — L'acceptation par les acteurs maritimes du contrôle par les États portuaires tel que régi par les MoU constitue une preuve d'effectivité élevée. En effet, il faut constater que les armateurs se sentent dorénavant soumis aux régimes de contrôle des MoU. En fait, la contestation de l'existence des MoU est rendue dorénavant impossible. Or, les MoU ont su imposer l'idée que la coordination régionale des contrôles de la sécurité des navires entraînerait un « démantèlement des bénéfices ». Autrement dit, le coût du non-respect des normes sécuritaires dépasserait dorénavant les bénéfices d'une exploitation basée sur la complaisance¹⁶⁸³. Cette effectivité des MoU atteint son paroxysme lorsque ses mesures sont intégrées en droit positif. Nous qualifions cette situation d'effectivité juridique.

Chapitre 3

L'effectivité juridique des MoU :

l'intégration de ces réseaux au cadre juridique international

Les règles de coordination produites par les réseaux transgouvernementaux comme les MoU relèvent de la *soft law* et n'ont pas l'attribut d'être des règles de droit au sens restrictif et positif du terme : « les normes, produites par ces réseaux, ne constituent pas un élément du droit international. Elles n'en respectent pas les qualités de forme et de fond, ne serait-ce que parce que leurs auteurs ne sont pas des sujets de droit international »¹⁶⁸⁴. Néanmoins, dans la mesure où l'existence de ces règles tend à être considérée au sein de la *hard law*, ces dernières s'inscrivent davantage dans les mécanismes de renforcement juridique traditionnel. Ainsi, au plan juridique, l'effectivité de la norme s'en trouverait

1683. A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, à la page 231.

1684. K. BENYEKHFLEF, préc., note 405, p. 735.

renforcée. Ce raisonnement est d'ailleurs compatible avec les objectifs de la *soft law* exposés précédemment : les mesures mises en œuvre dans le cadre d'instruments non contraignants peuvent faire l'objet d'une intégration graduelle en droit en raison des incertitudes qui règnent notamment à l'endroit de leur portée régulatrice. En ce sens, elles sont annonciatrices d'un droit en formation. En l'espèce, il faut identifier les pistes d'intégration des MoU en droit international public ainsi qu'en droit privé international pour conclure à leur effectivité au plan juridique.

Section 1 L'intégration des MoU en droit international public et européen

Les instruments relevant de la *soft law* comme les MoU peuvent fonder un droit positif nouveau. De tels instruments sont parfois la première étape d'un processus d'élaboration de mesures relevant du droit positif¹⁶⁸⁵. Autrement dit, les règles de coordination régionales des MoU deviendraient éventuellement des prescriptions juridiques pleinement reconnues en droit positif. Or, une telle reconnaissance doit en outre s'appuyer sur la constatation d'un soutien politique et juridique à l'échelle internationale, sinon à l'échelle européenne dans le cas du droit communautaire.

La reconnaissance politique par les États et les organisations internationales comme source de légitimité juridique — La signature du Paris MoU par les ministres responsables de la sécurité maritime de États fondateurs¹⁶⁸⁶ et la participation des ministres responsables des affaires maritimes des États membres du Paris MoU et du Tokyo MoU à des conférences ministérielles visant une meilleure coordination interrégionale entre les deux réseaux¹⁶⁸⁷ sont autant d'éléments qui évoquent une véritable reconnaissance politique

1685. *Supra*, p. 344 .

1686. En 1982, les 14 ministres responsables de la sécurité maritime ont signé le ParisMOU : Paris MoU, *Annual Report*, 1997, p. 5.

1687. À l'initiative des ministres canadiens des transports, deux conférences ministérielles réunissant les ministres responsables de la sécurité maritime des États membres du Paris MoU et du Tokyo MoU se sont tenues à Vancouver. La première, intitulée « Tightening the net », s'est tenue les 24 et 25 mars 1998 : Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 8. La seconde conférence, tenue les 2 et 3 nov. 2004, visait à souligner la détermination politique à renforcer le « cercle de responsabilité » auquel toutes les

des réseaux comme les MoU et offrent du coup une véritable légitimité démocratique au système normatif qu'ils mettent en place¹⁶⁸⁸. Cette légitimité peut aussi se confirmer à travers les structures collectives des organisations internationales. En effet, en s'associant à une organisation comme celle de l'OMI, les MoU influencent favorablement leur image et rendent légitimes les actions gouvernementales de leurs membres¹⁶⁸⁹. Déjà, la présence, comme observateurs, des représentants de l'OMI et de l'OIT aux réunions annuelles du PSCC des différents MoU constitue, de la part de ces deux grandes organisations, un appui politique implicite de la communauté internationale à ces réseaux transgouvernementaux¹⁶⁹⁰. Au surplus, depuis quelques années, l'OMI offre des ressources et prend des initiatives afin de renforcer les liens qui l'unissent aux MoU. Notamment, nous l'avons déjà souligné, elle organise des rencontres de travail interrégionales qui réunissent tous les MoU sous son égide¹⁶⁹¹. Par ailleurs, en 2005, l'Assemblée générale de l'OMI a reconnu les MoU comme des organisations intergouvernementales ce qui leur procure les privilèges, au sein de l'Organisation, de soumettre des documents et de participer aux réunions en vertu de ses statuts et d'y trouver un soutien logistique¹⁶⁹². Ce phénomène rejoint l'idée que les réseaux transgouvernementaux s'inscrivent maintenant comme de véritables organisations régionales ou internationales, mais avec une structure alternative aux organisations traditionnelles :

« These organizations would be regarded as quite weak in traditional terms—weak in ways that could only be remedied by strengthening the supranational dimension and creating a separate set of officials with loyalty only to the organization and with as much independent power as possible. But from the perspective of a disaggregated world order, these entities are pioneering a different form of international organization, one that relies on horizontal relations among national government officials playing the same roles and performing the same functions; on the power of information, deliberation, socialization, and exclusion; and on a limited supranational entity that serves as a handmaiden to the national officials rather than as competitor. »¹⁶⁹³

Évidemment, les organisations internationales légalement constituées en vertu du droit international, sont incontournables. Ainsi, la cohabitation – harmonieuse ou

parties de l'industrie maritime sont tenus responsables pour un transport plus sécuritaire : voir Paris MoU *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 4-5.

1688. O. C. OKAFOR, préc., note 1218, 118.

1689. *Id.*, 119.

1690. Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 13 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 7.

1691. *supra*, p. 268 et 335

1692. Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 5 et 7.

1693. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 136.

conflictuelle – avec les réseaux transgouvernementaux est devenue inévitable¹⁶⁹⁴. La synergie qui existe entre l'OMI et les MoU illustre une relation cohérente. En fait, il existe une véritable volonté de l'OMI d'inscrire les MoU dans le cadre juridique international, sans pour autant menacer leur souplesse d'intervention. À ce phénomène doit s'ajouter le fait que MoU participe activement au processus de formation du droit sécuritaire maritime positif.

L'intégration des MoU en droit positif international — La résolution A.321 (IX) de l'OMI, adoptée en 1975, constitue le « canevas originel » des mécanismes de coordination qui vont être mis en œuvre plus tard par les MoU¹⁶⁹⁵. Ainsi, déjà le MoU de La Haye, le Paris MoU qui l'a remplacé et ceux qui ont suivi bénéficient par cette résolution d'une assise quasi juridique puisque les mécanismes qu'ils mettent en œuvre sont issus d'un instrument juridique. Plus tard, d'autres résolutions ont précisé les prérogatives de contrôle des navires qui ont été accordées en 1982 par la CNUDM à l'État portuaire. Généralement, ces documents font indirectement référence aux mécanismes des MoU. En 1991, constatant que le Paris MoU a su s'imposer aux armateurs faisant affaire en Europe, l'Assemblée générale de l'OMI a adopté la résolution A.682 (17)¹⁶⁹⁶ qui pose les assises quasi juridiques à l'avènement des autres MoU :

« Following the establishment of the Paris MoU in 1982, the IMO Assembly adopted resolution A.682(17), which encouraged the creation of similar regimes in other regions so as to achieve global co-operation and information exchange on PSC matters. To that end, IMO has supported numerous countries individually and collectively either for the building up of national PSC capacities or for the initial establishment and subsequent strengthening of eight regional PSC regimes, namely: Viña del Mar Agreement (1992); Tokyo MoU (1993); Caribbean MoU (1996); Mediterranean MoU (1997); Indian Ocean MoU (1998); Abuja MoU (1999); Black Sea MoU (2000); and Riyadh MoU (2004). »¹⁶⁹⁷

Les initiatives de coordination du Paris MoU ont été intégrées dans les procédures du contrôle par l'État portuaire qui sont présentées dans la résolution A.787 (19) de l'OMI. Cette dernière est venue, elle aussi, renforcer le développement de réseaux transgouvernementaux de contrôle par l'État portuaire, notamment en reprenant les règles

1694. *Id.*, p. 152.

1695. *Supra*, p. 84.

1696. OMI, Resolution A.682 (17), préc., note 306.

1697. OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, préc., note 1205, n° 2.1, p. 2. E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 207 ; voir aussi E. DURUIGBO, préc., note 47, 130 ; P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 37.

de coordination qui sont généralement acceptées et pratiquées dans le cadre des MoU¹⁶⁹⁸. Par ailleurs, le 25 novembre 1999, certaines des dispositions de cette résolution ont été amendées par l'adoption en Assemblée générale de l'OMI de la résolution A. 882 (21) qui intègre dorénavant les mesures mises en place par le Code ISM dans les règles de coordination des MoU¹⁶⁹⁹. En bref, toutes ces démarches au sein de l'OMI sont une reconnaissance formelle des MoU par la communauté internationale.

Qui plus est, les articles 33, 34 et 35 de la résolution 58/240 et les articles 44, 45 et 46 de la résolution 59/24 de l'Assemblée générale de l'ONU confirment, en droit international public, le rôle de l'État portuaire d'assurer le respect des normes de sécurité, encouragent l'intensification des échanges d'informations utiles entre les autorités portuaires et invitent l'OMI à renforcer le système du contrôle par l'État portuaire. Il est évident qu'un tel appui à l'OMI dans ses démarches à reconnaître juridiquement les MoU offre à ceux-ci une légitimité juridique au regard de leur existence et de la production de règles normatives¹⁷⁰⁰. Cela fait voir à quel point l'aspect politique participe à la reconnaissance juridique d'organisations transgouvernementales. Cette reconnaissance est encore plus manifeste dans le cadre du droit communautaire.

Intégration du Paris MoU au droit communautaire européen — La reconnaissance politique et juridique peut aussi passer par une organisation régionale bien établie comme l'UE. D'ailleurs, cette dernière a fait le choix d'intégrer formellement le Paris MoU dans son droit communautaire. Pourtant, rien ne présageait une telle situation. En effet, en 1982, des autorités maritimes d'États européens ont activement participé au processus de formation du Paris MoU en souhaitant éviter que les institutions européennes de Bruxelles investissent la scène des échanges maritimes – autrement dit, pour éviter des

1698. Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 7 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 13. Voir aussi R. C. WIGGER, préc., note 1136, p. 2.

1699. OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, préc., note 1205, n° 2.2, p. 2. Voir aussi Paris MoU, *Annual Report*, 1999, p. 7 ; Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 13.

1700. ONU, *Les Océans et le droit de la mer*, Rés. A/58/240, Doc. Off. A.G.N.U., 58^e sess, Doc. N.U. A/RES/58/240 (2004), art. 33-35 ; ONU, *Les Océans et le droit de la mer*, Rés. A/59/24, Doc. Off. A.G.N.U., 59^e sess, Doc. N.U. A/RES/59/24 (2005), art. 44-46. Voir aussi OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, préc., note 1205, n° 2.2, p. 2 ; O. C. OKAFOR, préc., note 1218, 124 ; E. J. MOLENAAR, préc., note 264, aux pages 192-193.

frictions internes, le Paris MoU ne devait pas participer au développement d'un fédéralisme européen –. À cette époque, la Commission européenne s'était refusée à intervenir à la condition que le Paris MoU atteigne l'objectif d'une diminution drastique de la présence des navires sous normes dans les ports d'Europe. Toutefois, au terme d'une période de dix années de mise en oeuvre du Paris MoU, les résultats sont mitigés, mais surtout des naufrages hautement médiatisés ont forcé l'UE à investir le champ de la régulation sécuritaire dans le domaine maritime. Il s'agissait d'assurer l'uniformisation et le développement du contrôle par les États portuaires d'Europe : « Therefore, the first objective of the EC Directive is to make the commitments of the Memorandum binding and uniform. The second objective was to upgrade it. »¹⁷⁰¹

La directive 95/21/CE comme première étape de communautarisation — À la suite des naufrages médiatisés de l'*Agean* en 1992 et du *Braer* en 1993, l'UE a voulu renforcer la prévention sur le plan de la sécurité maritime. Le 19 juin 1995, le Conseil des ministres de l'UE a adopté la directive 95/21/CE. Le préambule de cette directive fait explicitement référence au Paris MoU comme modèle de la coordination régionale du contrôle par l'État portuaire :

« considérant que l'adoption d'une directive du Conseil est la procédure appropriée pour établir le cadre légal et les règles et critères uniformes d'exercice du contrôle par l'État du port;

considérant qu'il faut mettre à profit l'expérience acquise dans le cadre du mémorandum d'entente de Paris sur le contrôle par l'État du port, signé à Paris le 26 janvier 1982 »¹⁷⁰²

La directive 95/21/CE directive reprend, dans le corps même de son texte, les mesures mises en oeuvre dans le Paris MoU. Son adoption est une véritable opération de renforcement juridique de ce réseau en « communautarisant » son entente non contraignante. Cela a pour effet de rendre ses règles de coordination contraignantes en obligeant les États de l'UE à les intégrer au sein de leur droit national. Ainsi, les États portuaires de l'UE sont obligés de réaliser et de coordonner l'inspection sécuritaire des navires commerciaux, le tout selon des mesures calquées sur celles du Paris MoU et en

1701. R. SALVARANI, préc., note 496, 228.

1702. *Directive 95/21/CE*, préambule.

fonctionnant de concert avec l'organisation de celui-ci¹⁷⁰³. À cet égard, il faut souligner que c'est de manière indirecte que le Paris MoU relève maintenant du droit positif communautaire puisque les deux systèmes – celui du Paris et celui des directives européennes – fonctionnent en parallèle.

Il reste que les États membres de l'UE devaient intégrer la directive 95/21/CE dans leur législation nationale avant le 30 juin 1996. À cet égard, l'Italie a été condamnée par la Cour de Justice des Communautés européennes, le 11 novembre 1999, pour ne pas avoir intégré cette directive dans sa législation nationale¹⁷⁰⁴. Cette décision incarne le choix des institutions européennes d'investir le champ de la sécurité maritime et de mettre de l'avant les mesures de coordination qui ont été élaborées au cours des années par le Paris MoU¹⁷⁰⁵. Cette « communautarisation » du Paris MoU permet dorénavant la mise en œuvre de procédures judiciaires auprès d'instances européennes en cas de non-respect de ses mesures visées par une directive¹⁷⁰⁶.

Qui plus est, le couplage de la directive 95/21/CE avec le système préexistant du Paris MoU ne s'est pas réalisé sans heurt. En effet, si la première innovait par sa liste de désignation des navires à inspecter prioritairement, le second conservait son système de ciblage qui désigne à l'aide de facteurs et de coefficients les navires prioritaires à l'inspection. Il va sans dire que cette situation n'a pas eu le mérite de simplifier le travail des inspecteurs, au contraire. L'existence d'un système parallèle était d'autant plus difficile à gérer que deux types d'États existent au sein du Paris MoU : les pays membres de l'UE, donc tenus aux directives de cette dernière et ceux qui n'en font pas partie, comme le Canada ou la Fédération de Russie. Ainsi, les inspecteurs issus du premier groupe donnent priorité au type de navires visés par l'annexe 1 de la directive, et ce, malgré qu'un navire qui n'en fait pas partie a un coefficient de ciblage qui le rend candidat à l'inspection. En

1703. E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 207 ; P. ANGELELLI, Y. MORETTI, préc., note 12, p. 37 ; P. CHAUMETTE, préc., note 3, aux pages 276-279 ; P. CHAUMETTE, préc., note 62, 79. D. ANDERSON, préc., note 268, 569 ; J.-P. BEURIER, préc., note 220, à la page 96.

1704. CJCE, 11 nov. 1999, *Commission c/ Italie*, Affaire 315/98. Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 62, 79.

1705. Martin NDEDE, et Bertrand VENDE, « La transposition par les États de la Directive portant communautarisation du Mémorandum de Paris », *DMF* 2000.307.

1706. Voir le cas de la France qui a fait l'objet de reproches de ne pas rencontrer les quotas d'inspection de la part de la Cour de justice des communautés : *supra*, p. 419-420

bref, cet imbroglio technique démontre que la légalisation des moyens mis en œuvre par les réseaux transgouvernementaux doit faire preuve de cohérence et éviter la distinction des mesures qui brouillent la coordination en raison d'une dualité du système.

L'amélioration du couplage entre la législation européenne et les mesures du Paris MoU — Depuis quinze ans, L'UE a su adapter sa législation en intégrant des amendements qui accroissent davantage la portée du contrôle coordonné par les États portuaires de la région, et ce, en priorisant l'expérience acquise par la mise en œuvre de mesures de coordination, particulièrement celles établies par le Paris MoU. Cette adaptation s'est réalisée en plusieurs étapes. D'abord, le 19 juin 1998, la directive 98/42/CE a été adoptée pour modifier les annexes I, III et IV de la directive 95/21/CE afin d'intégrer à celle-ci le système de ciblage des navires à inspecter du Paris MoU aux listes de navires prioritaires à l'inspection; le tout en précisant, en annexe III, les « motifs évidents » justifiant une inspection détaillée ainsi que les procédures pour le contrôle des navires prévues en annexe IV¹⁷⁰⁷. Cela démontre que le couplage entre les institutions européennes et le réseau du Paris MoU n'est pas un défi insurmontable.

Le 13 décembre 1999, la directive 99/97/CE a été adoptée pour à nouveau modifier la directive 95/21/CE en affinant davantage les facteurs de ciblage et le calcul du coefficient global de ciblage¹⁷⁰⁸. De plus, elle ajoute l'annexe VIII – qui autorise la publication concernant l'identification et les rapports d'inspection visant les navires ayant fait l'objet d'un contrôle par l'État portuaire.

Le 19 décembre 2001, sous l'impulsion du *Paquet Erika I*, la directive 2001/106/CE¹⁷⁰⁹ a été adoptée comme nouvel amendement de la directive 95/21/CE afin

1707. *Directive 98/42/CE de la Commission du 19 juin 1998 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port)*, J.O., n° L 184, 27 juin 1998, p. 40.

1708. *Directive 99/97/CE de la Commission du 13 décembre 1999 portant modification de la directive 95/21/CE concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port)*, J.O., n° L 331, 23 déc.1999, p. 67.

1709. *Directive 2001/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la*

d'accroître la performance du système d'information à l'aide de modifications au coefficient global de ciblage et des catégories de navires soumis à une inspection renforcée. De plus, les annexes IX, X, XI et XII ont été ajoutées. Celles-ci traitent respectivement de l'information minimale des rapports d'inspection, de l'obligation de fournir des renseignements de suivi des navires, des catégories de navires faisant l'objet d'un refus d'accès dans les ports de l'UE, des procédures relatives au refus d'accès dans les mêmes ports et enfin des catégories de navires devant posséder des dispositifs d'enregistrement de données du voyage. En bref, le système de bannissement des ports de l'UE des navires de plus de quinze ans d'âge qui ont été immobilisés plus de deux fois au cours des deux années précédentes sur la base d'une liste noire publiée tous les six mois constitue la principale innovation législative. En 2002, des amendements au texte du Paris MoU ont été réalisés afin que celui-ci soit conforme aux directives européennes du *Paquet Erika I*¹⁷¹⁰.

Enfin, le 23 avril 2009, le Parlement européen a adopté, dans la foulée des propositions du *Paquet Erika III*, la directive 2009/16/CE qui constitue une véritable refonte de la directive 95/21/CE maintes fois modifiée¹⁷¹¹. Ce texte qui est entrée en vigueur le 17 juin 2009 doit être intégré dans la législation des États membres avant le 31 décembre 2010. Cette directive impose de nouvelles modalités d'inspection¹⁷¹², affine davantage le système de ciblage, permet de bannir les navires indésirables des ports des États membres, attribue une obligation d'immobilisation ou de cessation d'exploitation lorsque des anomalies sont observées à bord autorise les recours des armateurs, précise les critères de compétence exigés des inspecteurs.

Cette dernière refonte s'inscrit dans les avancées du Paris MoU qui d'ailleurs, rappelons-le, a intégré plus d'une trentaine d'amendements. Cette directive doit permettre

Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port), J.O., n° L 019, 22 jan. 2002, p. 17.

1710. Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 10.

1711. *Directive 2009/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'État du port (refonte)*, J.O., n° L. 131, 28 mai 2009, p. 57.

1712. Deux catégories de priorité existent : les navires de priorité I pour lesquels l'inspection est obligatoire et les navires de priorité II pour lesquels l'inspection est facultative. Or, chaque État membre de l'UE est tenu d'inspecter tous les navires de priorité I et un pourcentage établi selon le principe du « fair share » du total de navires fréquentant les ports de l'UE. En général sont considérés comme prioritaires pour les inspections les navires qui font rarement escale dans les ports européens.

aux membres du Paris MoU de mettre de l'avant de nouvelles initiatives tout en évitant les contradictions : « Care should be taken that the port State control systems between the Paris MoU and the EU do not diverge. This would be hard to explain to the maritime industry. »¹⁷¹³

Ces diverses modifications de la législation européenne appuie l'idée qu'une interaction existe entre un réseau transgouvernemental, des organisations gouvernementales aussi complexes que l'UE ainsi que les États qui la composent¹⁷¹⁴. Cette interaction est maintenant réalisée sur une base presque quotidienne par la mise sur pied de l'EMSA.

Une supervision de la coordination des inspections par l'EMSA — L'EMSA, instituée le 27 juin 2002¹⁷¹⁵, réalise un contrôle supranational de la coordination du contrôle par les États portuaires d'Europe, donc indirectement du Paris MoU. En effet, cette agence a mis en place un programme de visites pour surveiller l'application des directives européennes à cet égard. Elle assure donc leur effectivité. D'ailleurs, les infractions qu'elle constate le plus fréquemment sont liées à l'omission des autorités maritimes d'appliquer les sanctions prévues par la législation nationale en cas d'infraction ou encore d'imputer aux armateurs fautifs la totalité des frais de la nouvelle inspection exigée à l'endroit des navires immobilisés. Récemment, sur la base de ses renseignements, des avis motivés ont été envoyés le 29 janvier 2009 par la Commission à l'Estonie, à la France et à la Lettonie en raison du non-respect de la directive relative au contrôle des navires par l'État du port, ceux-ci n'ayant pas encore mis en œuvre de manière satisfaisante la directive de 1995, dans sa version modifiée en 2002. En outre, la France invoque pour sa défense des problèmes techniques de facturation ayant entraîné l'impossibilité de faire payer aux

1713. Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 15.

1714. À ce stade d'analyse, les systèmes du Paris MoU et de l'UE sont, *a priori*, compatibles et symétriques. Toutefois, il serait raisonnable de vérifier si les réseaux transgouvernementaux comme les MoU, bénéficient de ces initiatives normatives qui ont la caractéristique de pouvoir être éprouver avant qu'elles soient intégrer en droit positif. De cette manière, l'empirisme resterait véritablement à l'avant plan comme source de changements législatifs, tel que le proposent les théories sur le transgouvernementalisme et la *soft law* : *supra*, p. 231, 322-323 et 365-366. En d'autres termes, il s'agirait de savoir si, dans les faits, les directives européennes succèdent aux amendements du Paris MoU ou vice-versa. Une telle problématique exige une étude comparée diachronique entre l'évolution du texte du Paris MoU et celle des directives européennes visant le contrôle par l'État portuaire. Souhaitant seulement constater l'effectivité législative du Paris MoU aux fins de notre thèse, il serait mal avisé pour nous d'engager cette utile, mais longue, analyse.

1715. *Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime*, J.O., n° L 208, 5 août 2002, p. 1.

armateurs les 105 euros/heure/inspecteur pour une nouvelle inspection de leur navire¹⁷¹⁶. Somme toute, l'EMSA impose indirectement aux membres européens du Paris MoU l'effectivité juridique du droit communautaire. Ainsi, la mise en œuvre de la normativité atteint un degré supérieur.

En conclusion à l'égard de l'intégration en droit international et européen —

Indéniablement, les MoU s'engagent dans un processus d'internormativité au sens où il s'agit du « transfert ou passage d'une norme ou d'une règle d'un système normatif à un autre »¹⁷¹⁷. Les organisations publiques tiennent davantage compte des MoU en intégrant dans un cadre juridique traditionnel les normes interstitielles que ces réseaux mettent de l'avant.

Dans le cas du Paris MoU, le passage de la norme interstitielle au système juridique communautaire est évident, ses règles administratives ont incontestablement basculé dans le droit positif. D'ailleurs, avec l'avènement des directives européennes et la redondance qu'elles entraînent, la question du maintien de l'organisation du Paris MoU se pose pertinemment. À la défense de ce dernier, Roberto Salvarani souligne que le Paris MoU reste, malgré les directives européennes, un instrument d'échange très utile :

« I hope that this Directive will not mean the end of the Paris Memorandum. There are two reasons why we should keep the Paris Memorandum alive. It is an excellent forum for technical debates, because the experts attending it are free to express themselves on the basis of their professional experience. And it promotes the European Union approach to Russia, Canada, Poland and Norway. »¹⁷¹⁸

Ajoutons à ce commentaire que le Paris MoU, comme moyen relevant de la *soft law*, permet d'expérimenter sur le terrain diverses techniques d'activités de régulation. La principale force de ce type d'organisation réside dans sa souplesse d'intervention. D'ailleurs, n'oublions pas que ce réseau a su, par ses techniques, devenir un chef de file tant au plan européen, régional, interrégional qu'international. Dans les faits, la présence encore aujourd'hui du Paris MoU et son développement toujours croissant atteste que les réseaux transgouvernementaux sont des organisations suffisamment autonomes pour

1716. Michel NEUMEISTER, « La Commission exige une application « satisfaisante » des règles sur le contrôle des navires par l'État portuaire », *JMM* 6 fév. 2009.13.

1717. Guy ROCHER, « Les “ phénomènes d'internormativité ” : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J. 1996, p. 25, à la p. 27 ; K. BENYKHLIF, préc., note 405, p. 810-811.

1718. R. SALVARANI, préc., note 496, 231.

survivre au processus d'internormativité. Au surplus, les réseaux MoU sont des organisations qui, grâce à leur production de rapports d'inspection, participent à l'élaboration des règles du droit maritime.

Section 2 L'intégration des MoU en droit maritime

Le manque de sécurité à bord des navires réside aussi, nous l'avons vu, dans les limitations de responsabilité contractuelle découlant de leur exploitation dans le cadre de l'opération de transport ou d'affrètement. Pour Christian Buchet, la sécurité est liée à une responsabilité solidaire des intervenants maritimes :

« La sécurité est liée à la question de la responsabilité : « La question des responsabilités en cas d'accident est également essentielle. Tant que ne sera pas déclarée la responsabilité conjointe et solidaire de l'armateur, de l'affréteur-chargeur, de la société de classification, mais aussi de l'État du pavillon, on ne fera pas de progrès sensible parce qu'on ne frappera pas la complaisance et la grande criminalité écologique là où elles craignent de l'être : à la caisse. »¹⁷¹⁹

Toutefois, une telle solidarité des intervenants maritimes est tout à fait improbable compte tenu de l'analyse des fondements juridiques des régimes de responsabilité auquel chacun est soumis. D'ailleurs, les fondements du régime de responsabilité renvoient essentiellement aux armateurs – à titre de transporteur ou de fréteur – qui n'ont qu'une obligation de moyen renforcée puisqu'ils sont simplement tenus d'exercer une diligence raisonnable pour mettre le navire en état de navigabilité. Si l'opinion de Christian Buchet ne tient pas la route, elle a au moins la vertu de démontrer l'existence d'un « pont » entre le droit de la mer et le droit maritime.

Ainsi, les coûts de la sécurité maritime sur l'armateur relèveraient aussi de l'intégration de cette dernière aux impératifs du droit maritime. À cet égard, le système d'information des MoU ouvre la porte à une telle intégration. Cette perspective est d'autant plus valable que l'effectivité toujours croissante des MoU fait en sorte que le contrôle par l'État du port est appelé à dépasser le cadre du droit international public afin d'investir celui du droit privé international. Autrement dit, les rapports dressés par les inspecteurs des

1719. C. BUCHET, préc., note 9, p. 61.

États portuaires et les nouvelles listes qualitatives constituent des sources nouvelles de renseignements consultables par les instances judiciaires ou arbitrales qui souhaitent apprécier la diligence de l'armateur à mettre son navire en état de navigabilité, cette exigence contractuelle étant la plupart du temps au cœur d'un litige maritime. Nul doute que le chargeur ou l'affréteur qui reprochent à l'armateur de ne pas avoir satisfait son obligation de navigabilité souhaitent déposer les rapports et les listes noires ou de bannissement diffusés par les MoU ainsi que par EQUASIS comme pièces au litige dénonçant les lacunes sécuritaires du navire. À l'inverse, l'armateur peut aussi vouloir présenter les rapports d'inspection ou encore les listes blanches sur lesquels sont inscrits ses navires pour montrer l'absence de lacunes, du moins apparentes, qui seraient en lien avec le dommage ou encore ses efforts à suivre les demandes de réparation soumises par les inspecteurs. En effet, il suffit, pour éviter de voir sa responsabilité engagée, d'une démonstration par une preuve prépondérante qu'il a mis son navire en état de navigabilité selon la norme de la diligence raisonnable ou qu'il existait un vice caché.

Ipsa facto, les rapports d'inspection et les listes qualitatives publiés par les MoU et EQUASIS constituent des pièces utiles au litige. Autrement dit, ils constituent des éléments de preuve juridique. Or, c'est précisément par le champ de la preuve qu'un canal d'information transite du concept de sécurité maritime vers celui de la navigabilité, autorisant du coup le couplage du premier au second. Le schéma n° 4, intitulé *Cadre opératoire relatif à l'interaction entre les concepts de sécurité et de navigabilité*, illustre ce passage des rapports d'inspection de l'État du port à travers un canal de communication, tel un flux d'informations unidirectionnel¹⁷²⁰.

1720. Le flux est unidirectionnel puisque, comme le souligne Philippe Boisson, l'état d'innavigabilité est une notion variable qui dépend d'une diligence requise dont l'intensité est établie selon les usages professionnels et les moyens normaux disponibles. Or, le flottement de cette norme est incompatible avec l'uniformisation des règles de sécurité maritime et l'homogénéité de ses conditions d'application. Ainsi, un navire déclaré innavigable au sens du contrat de transport ou d'affrètement n'est pas nécessairement sous normes au sens du droit de la mer. À l'inverse, un navire sous normes est généralement en état d'innavigabilité : P. Boisson, préc., note 3, n° 780, p. 508. D'ailleurs, la Cour d'appel de Rennes souligne la nécessité de faire inspecter le navire non seulement pour l'obtention d'une garantie d'assurance, mais aussi pour la sécurité des travailleurs. Le tribunal souligne que l'armateur qui évite les inspections engendre une situation d'innavigabilité du navire; au surplus, il aggrave sa responsabilité à cet égard : C.A. Rennes, 18 fév. 1974, navire *Scravick*, DMF 1974.355.

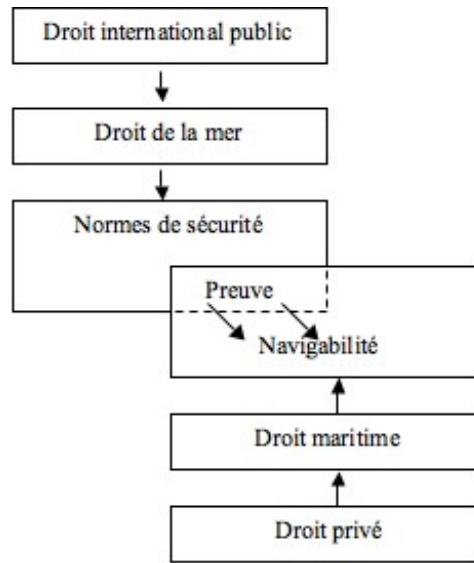


Schéma n°4 : *Cadre opératoire relatif à l'interaction entre les concepts de sécurité et de navigabilité*

Ce cadre opératoire, sous-jacent à l'ensemble de notre étude, balise notre réflexion sur l'intégration des MoU au droit maritime. En fait, cette structure a l'avantage d'être simple aux fins de notre raisonnement. Toutefois, pour mieux comprendre l'ensemble des liens et des mécanismes existant entre les concepts qui sont mis en jeu par les MoU, il faut se référer à un schéma plus détaillé du cadre opératoire présenté ci-haut, et ce, tel qu'on le retrouve au schéma n° 4, intitulé *Cadre opératoire détaillé relatif à l'interaction entre les concepts de sécurité et de navigabilité* ainsi qu'aux explications s'y rapportant, le tout se trouvant en annexe 4 de notre document. Cela dit, la preuve reste le moyen matériel d'établir une passerelle entre le droit public et privé.

Nous l'avons déjà constaté avec l'arrêt *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada*, les tribunaux s'intéressent davantage au contrôle sécuritaire des navires par les États portuaires¹⁷²¹. Mais, la diffusion des rapports d'inspection et des listes qualitatives

1721. Aff. du *Lantau Peak*, préc., note 16. voir aussi D. ANDERSON, préc., note 268, 570. Dans l'affaire *Erika*, le Tribunal de grande instance a considéré les éléments issus des rapports d'inspection d'inspecteurs d'autorités maritimes membres de MoU. Plus particulièrement, il tient pour avéré les résultats des contrôles réalisés par des inspecteurs des États portuaires. Le tribunal considère surtout la détention du navire le 11 décembre 1997 à Rotterdam décidée par l'autorité maritime des Pays-Bas : Aff. *Erika*, préc., note 291, p. 108 et 121. En appel de cette décision, la Cour d'appel de Paris constate l'existence du contrôle des navires par l'État portuaire réalisé dans le cadre des MoU. D'ailleurs, devant cette instance Me Valent et Me Corbier invoque que l'*Erika* a fait l'objet, le 20 mai 1998, d'un

que ceux-ci peuvent produire unilatéralement ou à travers les MoU est un processus encore peu documenté. Par conséquent, il est difficile de mesurer l'utilisation et l'appréciation que font les instances judiciaires ou arbitrales de ces éléments pour démontrer la satisfaction ou non de l'obligation de navigabilité. Par conséquent, notre analyse a l'inconvénient d'être plutôt prospective. Néanmoins, nous tâcherons, d'une part, d'établir pourquoi les rapports des MoU sont susceptibles de constituer des pièces pertinentes lors de litige en droit maritime. D'autre part, il s'agit de constater le niveau d'admissibilité de ce type de document auprès des tribunaux et des instances arbitrales. Enfin, nous essayerons d'apprécier la valeur prépondérante de ces rapports notamment en dressant un parallèle avec celle donnée par les tribunaux à l'égard des certificats délivrés par les sociétés de classification.

Sous-section 1 L'intérêt des rapports d'inspection et des listes qualitatives des MoU aux fins d'appréciation de l'obligation de navigabilité

L'obligation de navigabilité dans le domaine maritime se fonde parfois sur une norme absolue, sinon plus généralement selon une norme de diligence raisonnable¹⁷²². Or, l'appréciation de cette dernière est liée à la capacité de l'armateur de prendre connaissance ou non des lacunes liées à la navigabilité, notamment nautiques, du navire¹⁷²³. L'enjeu de la connaissance des lacunes s'exerce essentiellement à travers les contrats de transport, d'affrètement, d'assurance et de classification.

L'intérêt d'utiliser les rapports d'inspection et les listes qualitatives des MoU à l'égard de l'appréciation de la navigabilité en transport et en affrètement — Dans le cadre des litiges ayant pour objet des connaissements et des chartes-parties, notamment ceux fondés sur les *Règles de La Haye-Visby*, un jeu complexe d'étapes relatif au transfert du fardeau de la preuve s'exerce entre les parties. Toutefois, la pratique judiciaire et arbitrale veut que les parties déposent, d'emblée, l'ensemble des pièces qui seront utilisées

contrôle à Stavanger en Norvège durant lequel 11 déficiences ont été constatées : Aff. *Erika* en appel, préc., note 170, 81 et 224.

1722. *Supra*, p. 33 et s..

1723. *Supra*, p. 40-44

comme preuve aux fins du litige : « Most courts solve the problem by calling on both parties to make what proof is available to them. »¹⁷²⁴. Or, sans qu'il y ait de moyens privilégiés ou absolus, la preuve au soutien des prétentions se réalise par tous les moyens, notamment par le dépôt de documents pertinents¹⁷²⁵. Dans ce contexte, nul doute que les rapports d'inspection compilés et diffusés par les MoU peuvent avoir une incidence sur l'appréciation de la preuve relative à l'exercice de la diligence raisonnable de l'armateur – transporteur ou fréteur – à rendre son navire en état de navigabilité. Lorsque des problèmes existent à bord, des copies du rapport ou encore l'annonce que le navire sera inscrit sur une liste grise ou noire ou encore de bannissement sont remises au capitaine du navire, à l'armateur, à la société de classification et sont même diffusées sur internet sur le site du MoU et éventuellement sur celui d'EQUASIS. Elles sont donc particulièrement utiles pour établir la connaissance des lacunes par le transporteur ou l'affréteur. En fait, ce foisonnement de renseignements, permet de considérer la théorie en droit maritime du « Every dog is allowed one bite » avancée par William Tetley. Ainsi, à l'instar du propriétaire d'un chien qui sait que ce dernier peut être agressif et qui doit prendre des mesures de protection à cet égard, les transporteurs ou les fréteurs qui connaissent l'état d'innavigabilité de leur navire doivent prendre les mesures nécessaires pour remédier aux défauts de navigabilité déjà remarqués. À défaut, ils ne pourront alléguer s'être acquittés de leur obligation de navigabilité et encore moins invoquer l'exonération de responsabilité fondée sur un vice caché¹⁷²⁶. Un raisonnement similaire s'applique à l'égard de l'obligation de navigabilité contenue dans d'autres types de contrat maritime comme dans les cas de l'assurance maritime ou de la classification de navire.

L'incidence des rapports d'inspection diffusés par les MoU à l'égard de l'appréciation de la navigabilité en matière d'assurance maritime — Les rapports

1724. W. TETLEY, préc., note 30, p. 890. Voir aussi C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 196-198 ; G. LEFEBVRE, préc. note 33, 114 ; Emmanuel DU PONTAVICE, « Réforme du Livre II du Code de commerce. La loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes », *Rev. Trim. dr. com.* 1966.675.696.

1725. R. RODIÈRE, préc., note 123, n° 619, p. 261 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 197.

1726. W. TETLEY, préc., note 30, p. 931. Dans une affaire, la responsabilité du transporteur a été jugée plus sévèrement quant à l'évaluation de sa diligence raisonnable à rendre son navire en état de navigabilité, et ce, en raison de la connaissance de ce dernier de la piètre qualité de la soudure des rivets qui a été réalisée à la suite d'une fissure des tôles : *States Steamship Company c. United States*, préc., note 90. Voir aussi C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 183.

d'inspection colligés par les MoU peuvent aussi être utiles comme preuve dans les litiges impliquant des contrats d'assurance maritime. En effet, l'innavigabilité n'est pas couverte par l'assurance. L'assuré doit déclarer de bonne foi la condition sécuritaire de son navire, tout comme il est obligé d'exercer une diligence raisonnable de mettre son navire en état de navigabilité durant la période visée par le contrat d'assurance¹⁷²⁷. Dans la mesure où l'assuré connaît l'existence de lacunes rendant son navire susceptible d'être en état d'innavigabilité ou qu'il a fait preuve d'aveuglement volontaire à cet égard, l'assureur ne serait pas tenu de garantir les dommages découlant de cette situation¹⁷²⁸. Ainsi, à la présentation d'une réclamation à la suite d'un sinistre, l'assureur peut plaider l'exonération de sa garantie ou l'annulation du contrat d'assurance alléguant que les dommages sont causés par le vice propre du navire, à savoir sa défectuosité inhérente, qui a été portée à la connaissance de l'armateur. L'assureur peut aussi alléguer l'existence de fautes intentionnelles ou inexcusables de ce dernier qui sont elles aussi exclues de la garantie¹⁷²⁹. Toutefois, pour bénéficier de ce régime d'exonération, il appartient à l'assureur de faire la preuve de l'innavigabilité du navire assuré¹⁷³⁰. Tout particulièrement, il doit prouver l'innavigabilité antérieure à la mise en risque, qu'elle n'est pas la conséquence d'une fortune de mer ou d'un accident et que le lien de causalité existe entre l'innavigabilité et le dommage¹⁷³¹. Dans ces circonstances, il lui faudra aussi prouver la connaissance par l'armateur de la situation d'innavigabilité. Or, les prétentions d'un assureur d'attribuer le sinistre au vice propre du navire ne peuvent normalement être retenues lorsque le navire détient des certificats de bonne navigabilité¹⁷³². Toutefois, lorsque le navire est déclaré, par les inspecteurs d'un État portuaire, ne pas être en règle avec les normes minimales légales concernant sa sécurité et que les réparations n'ont pas été réalisées, l'assureur peut soutenir que l'armateur a agi avec un manque de soin raisonnable au sens d'une faute qui

1727. *Supra*, p. 60.

1728. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 274-281. Voir aussi C.A. Rennes, 18 fév. 1974, navire *Scravick*, préc., note 1720. Traitant de l'aveuglement volontaire: *The "Eurysthene"*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 171 (C.A.); *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Shipping Co Ltd. (The "Star Sea")*, [2001] UKHL 1, p. 4 (pdf), en ligne : <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010118/manifest-1.htm>> (consulté le 15 août 2010). voir aussi *supra*, p.470.

1729. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 271.

1730. *Id.*, p. 283. Voir aussi Cass., 15 oct. 1980, *C.D.E.M. c. Compagnie d'assurance "Le Nord"* et Cass., 22 oct. 1980, *Société d'assurance La Winterthur c. Société Fontana*, JCP 1981, II, 1961.1, obs. Bigot (J.).

1731. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 283.

1732. *Id.*, p. 290.

porte atteinte au caractère aléatoire de l'assurance et donc à l'application de la garantie¹⁷³³. Ainsi, les rapports des MoU aident à démontrer la mauvaise foi de l'assuré dans ses déclarations à l'assureur, à prouver la faute inexcusable de l'assuré de ne pas avoir réalisé les réparations demandées, à présumer de l'état d'innavigabilité du navire au moment de la mise à risque ou encore à renverser la présomption de navigabilité du navire assuré qui est établie par la présence de certificats de navigabilité.

L'incidence des rapports d'inspection diffusés par les MoU à l'égard de l'appréciation de la navigabilité au regard du contrat de classification — À l'instar du contrat d'assurance, le contrat de classification exige aussi de la part de l'armateur des déclarations de bonne foi ainsi que des interventions diligentes à l'égard de la condition du navire et le maintien de sa navigabilité tout au long de la durée du contrat de classification. Or, les rapports d'inspection antérieurs et présents peuvent offrir à la société de classification le moyen de démontrer que l'armateur n'a pas respecté ses obligations contractuelles à son endroit ce qui, du coup, engendre l'exonération de responsabilité ou encore l'annulation *ab initio* du contrat de classification¹⁷³⁴. En effet, des rapports de contrôle par l'État portuaire qui sont contradictoires avec les déclarations de l'armateur ou encore l'absence d'intervention diligente de sa part à la suite de la délivrance d'un rapport exigeant des réparations constitueront probablement une preuve prépondérante au soutien des prétentions de la société de classification.

En bref, que ce soit pour des litiges impliquant un contrat de transport, d'affrètement, d'assurance ou encore de classification, les renseignements fournis par les MoU ont une valeur juridique indéniable. Au surplus, nous constatons que la diffusion sur Internet des rapports d'inspection par les MoU et EQUASIS offrirait un système de « quasi-publication » dont les renseignements qui en émanent seraient à mi-chemin entre la preuve ordinaire et la preuve avérée en raison de sa diffusion par des autorités publiques. Toutefois, la principale réserve qui doit être formulée à l'égard de cette idée est en lien avec les contraintes imposées par les règles d'admissibilité de la preuve.

1733. C.A. Rouen, 5 mars 1998, navire *Marine Evangeline*, DMF 1998.890, obs. TANTIN (J.-F.) et NICOLAS (P.-Y.) ; Cass., 20 nov.1974, le chalutier *Adrien-Pla*, DMF 1975.267 . Voir aussi C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 283 .

1734. *Supra*, p. 101.

Sous-section 2 L'admissibilité des rapports d'inspection comme pièces au litige maritime

Les instances judiciaires et arbitrales s'intéressent de plus en plus au contrôle par l'État portuaire pour décider des litiges en droit maritime. La principale réserve qui peut être formulée à l'endroit du dépôt des rapports d'inspection rédigés et compilés dans le cadre des MoU sur le contrôle par l'État portuaire relève des exigences de justice naturelle concernant l'authenticité des documents ainsi que de leur contenu. En effet, normalement, une partie au litige à laquelle on oppose un document mis en preuve doit être en mesure de contre-interroger l'auteur de ce dernier afin qu'il confirme son authenticité et son contenu et qu'il expose les éléments circonstanciels de sa confection. Évidemment, l'admissibilité d'un document ne pose aucun problème lorsque les parties impliquées ne contestent pas son contenu et son dépôt comme pièce au litige. Par ailleurs, dans la mesure où l'une des parties conteste son admissibilité, que ce soit pour sa forme ou son contenu, il est normalement facile de faire convoquer au tribunal, par *subpoena*, l'auteur du document s'il est présent sur le territoire¹⁷³⁵. En l'espèce, l'inspecteur travaillant au sein l'autorité maritime du pays dans lequel le litige est décidé est facilement contraignable pour venir confirmer en interrogatoire et en contre-interrogatoire les éléments présents au rapport d'inspection qu'il a rédigé¹⁷³⁶. Toutefois, à la suite d'une telle convocation, la présence à l'instance d'un inspecteur étranger est autrement plus improbable. Dans la mesure où ceux-ci acceptent de se déplacer, la partie qui invoque le rapport contesté doit assumer les frais du déplacement et du séjour. Il s'agit d'une situation coûteuse et difficile pour la partie qui invoque un document émanant d'une autorité publique étrangère. Par conséquent, il faut trouver des solutions pour que les rapports d'inspection versés dans les banques de données des MoU ou d'EQUASIS par des autorités étrangères puissent être recevables à l'instance, et ce, même en l'absence physique de ses auteurs. Des solutions à cet égard ne sont pas

1735. L'article 295 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 [C.p.c.] du Québec prescrit qu'un témoin est contraignable pour venir témoigner devant une instance judiciaire saisie d'un litige civil. Conformément aux articles 280 et 281 C.p.c., ce témoin est contraignable par *subpoena* ou encore par *subpoena duces tecum* s'il doit apporter les documents qui y sont désignés.

1736. Parlant de l'admissibilité en preuve des rapports d'inspection réalisés par les sociétés de classification, le professeur Guy Lefebvre souligne qu'« [i]l va sans dire que le tribunal exige normalement que l'inspecteur soit présent lors de l'audition du litige afin que la partie adverse puisse contre-interroger. » : G. LEFEBVRE, préc., note 33, 120, à la note 136.

évidentes, mais trois mesures palliatives peuvent à l'heure actuelle se dessiner : le témoignage à distance, l'admissibilité des documents par la limitation des enjeux de la preuve ou encore un régime particulier d'admissibilité d'un document comme acte semi-authentique.

L'admissibilité des rapports d'inspection des MoU serait-elle possible par un témoignage à distance? — L'admissibilité des documents provenant de l'étranger pourrait passer par le développement des nouvelles technologies de communication. En effet, le « téléte moignage » judiciaire ou quasi judiciaire pourrait constituer la solution pratique la plus envisageable à l'égard des contraintes imposées par l'interrogatoire. Ainsi, la vidéoconférence permettrait d'interroger à distance des inspecteurs d'autorités maritimes étrangères sur le contenu de leur rapport. En outre, dans la mesure où l'instance et le témoin se trouvent chacun dans un environnement contrôlé et que la technologie permet une résolution tant sonore que visuelle suffisante pour apprécier l'attitude du témoin, le témoignage à distance est un méthode qui permet d'établir l'authenticité du document et de l'appréciation judiciaire des faits que celui-ci constate. Autrement dit, il est techniquement possible de convoquer un témoin sans que cela exige son déplacement physique hors du territoire sur lequel il réside. Cette méthode faciliterait d'autant la recevabilité des éléments de preuve que les parties souhaitent amener en litige. À l'heure actuelle, cette procédure relève davantage de l'expérimentation que de la pratique¹⁷³⁷. L'exploitation à l'échelle internationale de ce nouveau procédé juridique relève du défi, surtout lorsqu'on sait que les États ne sont pas tous au même stade de développement et que les procédés, surtout en droit, ne sont pas uniformes d'un État à un autre. Par conséquent, au stade actuel, il s'agit

1737. Dès l'automne 2010, la Faculté de droit de l'Université de Montréal met en fonction un laboratoire sur la cyberjustice. Celui-ci a pour objectif de développer des outils permettant la tenue d'un tribunal judiciaire dans lequel les parties ou les témoins ne sont pas physiquement présents, mais peuvent participer aux diverses procédures de l'instance, notamment à son enquête :

« À titre d'exemples, le Laboratoire entend notamment travailler à la création d'un système de dépôt informatisé des procédures qui éliminerait les frais d'huissier, de déplacement, d'avocat et de photocopie; à l'élaboration d'un système de visioconférence pour les procédures ne nécessitant pas la présence des parties; au recours aux technologies de réalité virtuelle ou même holographiques afin de recréer les lieux d'un crime; à la conception de logiciels d'analyse des traits faciaux pour aider à établir la crédibilité d'un témoin; à la production d'un outil d'assistance pour les personnes – toujours plus nombreuses – qui choisissent de se représenter seules. » : Daniel BARIL, « L'UdeM sera dotée d'un laboratoire sur la cyberjustice », *Forum*, 16 déc. 2009, en ligne : <<http://www.nouvelles.umontreal.ca/recherche/droit-gestion/ludem-sera-dotee-dun-laboratoire-sur-la-cyberjustice.html>> (consulté le 3 mars 2010).

d'une solution impraticable, mais elle est tout aussi sérieuse qu'avant-gardiste, compte tenu du processus de globalisation qui s'accélère en droit ainsi que des avancées technologiques et la diminution des coûts que celle-ci connaît au fur et à mesure de son développement. À défaut, pour le moment, d'une telle pratique judiciaire et arbitrale, il faut s'en remettre à l'établissement d'une présomption de fait, ou du moins d'une fiction juridique, qui réduit les enjeux de la preuve.

L'admissibilité en preuve des rapports d'inspection peut-elle être réalisée par une délimitation restrictive des enjeux qu'ils induisent? — En l'état actuel des choses, les rapports d'inspection étrangers sont *a priori* recevables; ce n'est que si leur admissibilité est contestée que le processus d'interrogatoire judiciaire doit être réalisé. Par conséquent, rien n'empêche une partie de tenter de les déposer comme pièce au litige en espérant qu'ils ne seront pas contestés. D'ailleurs, à l'instar des documents rédigés par les sociétés de classification dans lesquels ces dernières exigent de l'armateur qu'il réalise des réparations sur son navire, celui-ci peut vouloir déposer les rapports d'inspection de l'État portuaire pour démontrer sa diligence à réaliser les réparations demandées¹⁷³⁸. Dans ces circonstances, les rapports sont des éléments de preuve indirecte qui sont facilement admissibles. Le contenu du rapport qui fait état de lacunes sécuritaires n'est pas en lien avec le litige, c'est plutôt l'attitude de diligence à mettre le navire en état de navigabilité qui est l'objet du litige. Dans ces conditions, le rapport est une pièce secondaire qui établit la connaissance de l'armateur comme source des agissements qu'il allègue.

D'autre part, les contrôles par l'État portuaire peuvent être attaqués, rappelons-le, à l'aide de divers recours administratifs et judiciaires¹⁷³⁹. Or, une présomption de fait peut être déduite de cette situation. En effet, l'absence de contestation d'un armateur à l'égard d'une ordonnance d'immobilisation, d'une cessation d'activité ou du bannissement de son navire par des membres d'un MoU peut constituer un fait que l'instance judiciaire ou arbitrale saisie du litige peut interpréter comme une acceptation implicite de leur contenu, au moment des événements. En effet, à la suite de la remise par l'autorité maritime d'un rapport d'inspection négatif au capitaine, l'armateur qui n'entame aucune procédure de

1738. C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 184-186 et p. 196-197. CAMP, 24 nov. 1997, sentence n° 973, *DMF* 1998.170 ; CA Paris, 29 nov. 1978, navire *Maori*, préc., note 98.

1739. *Supra*, p. 388-394.

contestation serait mal avisé d'invoquer l'obligation de navigabilité. Autrement dit, celui-ci pourrait se faire opposer son immobilisme au moment où il pouvait contester le rapport, et ce, en toute connaissance du contenu de celui-ci, de sa transmission à l'État du pavillon et à la société de classification ainsi que son éventuelle diffusion publique. Par contre, cette thèse de l'acceptation implicite du contenu doit faire l'objet d'une réserve importante puisque cette omission de contestation doit être appréciée eu égard aux circonstances de la rédaction et de la réception du rapport d'inspection. En effet, un armateur pourrait se refuser d'exercer un quelconque recours pour de multiples raisons pouvant relever autant des politiques de l'entreprise, notamment celle de ne pas s'engager dans une confrontation avec les autorités maritimes locales, surtout si ces dernières sont réputées corrompues. Il n'empêche qu'en regard des aléas d'un procès ou d'une instance arbitrale, l'armateur auquel on oppose des rapports d'inspection négatifs non contestés pourrait être astreint à apporter des éléments supplémentaires afin de se décharger du nouveau fardeau de preuve que cette présomption de fait entraînerait à son endroit¹⁷⁴⁰.

L'admissibilité des rapports d'inspection diffusés par les MoU pourrait-elle être acceptée en alléguant leur caractère d'acte semi-authentique — Une solution alternative au problème de la recevabilité judiciaire des rapports d'inspection rédigés par l'inspecteur de l'une des autorités membres d'un MoU est envisageable. Il s'agirait, aux fins des litiges, de permettre un régime de recevabilité en preuve d'un document, et ce, en l'absence de son auteur. Même si cette avenue a l'inconvénient d'être plus improbable que les autres scénarios exposés plus haut, on peut s'interroger si le rapport d'inspecteurs étrangers peut constituer un acte semi-authentique au sens de l'article 2822 du *Code civil du Québec*

1740. Dans cette perspective, nous lançons l'hypothèse que l'armateur pourrait se décharger de cette présomption de fait qui pèserait contre lui en invoquant simplement des circonstances suffisantes afin d'établir un doute à l'égard de la prépondérance de cette (non) preuve qu'il faut tirer de l'absence de contestation des résultats de l'inspection compilés par l'État portuaire. En effet, n'oublions pas que c'est au demandeur d'établir par une preuve prépondérante, les éléments au soutien de ses prétentions. Cette charge ne doit donc pas être assumée par le défendeur par l'entremise d'un système de présomption de fait exorbitant : « [i]l reste, cependant, qu'en assumant la charge de la preuve, le demandeur en supporte en même temps le risque. C'est à lui qu'il revient de détruire l'apparence et d'établir que la situation est en réalité contraire à celle qui, *prima facie*, peut être considérée comme normale. Comme le dit très bien la jurisprudence, « l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être nécessairement retenus au détriment de celui qui a la charge de la preuve ». » : Philippe DELBECQUE, « Vues sur mer : Arbitrage et droit de la preuve », CAMP (Printemps 2008) 16 *Gazette de la Chambre*, en ligne : < <http://www.arbitrage-maritime.org> > (consulté le 23 oct. 2009).

(C.c.Q.)¹⁷⁴¹. En effet, il est possible qu'un inspecteur d'une autorité maritime étrangère puisse être visé par la définition d'« officier public compétent » mentionné dans cette disposition. Or, un acte semi-authentique a l'avantage de faire preuve de son contenu, du moins de façon *prima facie*¹⁷⁴². Cette interprétation reste très discutable. Mais, il ne faut pas perdre de vue que les inspecteurs de l'État portuaire sont formés du même personnel et des mêmes individus que ceux qui réalisent les inspections publiques pour la délivrance des certificats, lesquels constitueraient un acte émanant d'une autorité publique visée par l'article 2822 C.c.Q.

À défaut de pouvoir être considérés comme des documents semi-authentiques, les rapports d'inspection et les autres renseignements compilés par les MoU ou par EQUASIS pourraient très bien bénéficier de cette règle de *common law* de la meilleure preuve qui a été intégrée en droit québécois via l'article 2860 C.c.Q.¹⁷⁴³ Dans ce contexte, l'instance judiciaire ou arbitrale pourrait néanmoins vouloir connaître les circonstances générales entourant la genèse des rapports d'inspection établis par les inspecteurs de l'État portuaire, et ce, pour déterminer la recevabilité de leur contenu. Or, les inspecteurs de l'autorité maritime du territoire dans laquelle se tient l'instance au litige, seraient probablement en mesure de témoigner du processus unifié d'inspection ainsi que de la qualité, du moins de la conformité, de l'exercice d'inspection mené par leurs homologues étrangers qui ont rédigé les rapports. Cette appréciation serait fondée selon les échanges fréquents qui existent entre les responsables, les stages de formation d'inspecteurs au sein d'autorités

1741. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. (C.c.Q.), art. 2822 al. 1: « L'acte qui émane apparemment d'un officier public étranger compétent fait preuve, à l'égard de tous, de son contenu, sans qu'il soit nécessaire de prouver la qualité ni la signature de cet officier. »

1742. Enrico FORLINI, « Copie de loi, actes authentiques et semi-authentiques », dans Pierre-Claude LAFOND et Charles-Maxime PANACCIO (dir.), *Preuve civile*, Jurisclasseur Québec, Collection droit civil, Lexis Nexis, Montréal, 2009, p. 3/36. Voir aussi Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3^e éd., Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003, n° 314, p. 202.

1743. C.c.Q., art. 2860:

« L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu.

Toutefois, lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens.

À l'égard d'un document technologique, la fonction d'original est remplie par un document qui répond aux exigences de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information et celle de copie qui en tient lieu, par la copie d'un document certifié qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi. »

partenaires ainsi que l'unification des procédures d'inspection et des canevas pour la rédaction des rapports. Il reste que les inspecteurs témoignant pour leurs confrères étrangers peuvent être complaisants à l'égard de l'évaluation de leur travail, étant donné qu'ils sont appelés, comme collègues, à se rencontrer fréquemment.

De plus, même si les enjeux restent d'ordre monétaire, il faut rester prudent dans un contexte judiciaire où l'objection au oui-dire est reconnu par les tribunaux, surtout si la convocation extraterritoriale peut être réalisée. Par contre, les instances arbitrales qui restent maîtres de leurs règles procédurales peuvent être tentées d'assouplir ces dernières relativement à la recevabilité de la preuve selon les solutions explorées ci-haut et d'accepter le rapport d'inspection avec son contenu comme l'élément de preuve au litige, cela malgré la probabilité de voir la décision être annulée dans le cadre d'un recours en révision judiciaire en raison d'un manquement aux principes de justice naturelle¹⁷⁴⁴. Il faut dire que l'acceptation d'un témoignage d'un inspecteur national concernant des opérations d'inspection menées par des homologues étrangers serait la reconnaissance d'une fiction juridique que les MoU forment des entités organisationnelles unitaires qui serait élaborée autour d'un MoU, et ce, dans la mesure où les pratiques d'inspection sont parfaitement uniformisées au sein de ce réseau. Mais, soulignons que cette admissibilité des rapports étrangers sans le contre-interrogatoire de l'inspecteur relève du domaine hautement prospectif, presque funambulesque. Au-delà de cet aspect, il reste encore à déterminer la valeur probante des rapports d'inspection. À cet égard, un parallèle peut être réalisé avec la valeur qui est accordée aux certificats délivrés par les sociétés de classification.

Sous-section 3 La valeur probante des certificats délivrés par les sociétés de classification aux fins de transposition à l'égard des rapports d'inspection réalisés dans le cadre des MoU

Le contrôle par les États portuaires est un phénomène relativement récent; la coordination des inspections par l'entremise de MoU l'est encore davantage. L'utilisation

1744. Dans un éditorial datant du printemps 2008, le professeur Philippe Delbecque souligne qu'« [i]l est vrai que dans la procédure civile contemporaine l'arbitre a un pouvoir d'initiative » et d'ajouter plus loin «[a]u demeurant, la règle de la liberté de la preuve en matière commerciale, ce qu'est la matière maritime, autorise le recours à toutes les techniques, dans la mesure où, une fois encore, elles sont légalement admissibles : contradictoire et loyauté obligent » : P. DELBECQUE, préc., note 1740.

des rapports d'inspection diffusés par ces réseaux pour apprécier la diligence raisonnable d'un armateur à mettre un navire en état de navigabilité ne semble pas encore faire l'objet d'un traitement explicite par la jurisprudence judiciaire ou arbitrale rendue dans le cadre de litiges maritimes. En fait, pour évaluer la valeur de ces rapports, au sens de la prépondérance quant à leur contenu, un parallèle peut être dressé avec les certificats qui sont délivrés par les sociétés de classification. En effet, depuis longtemps ces derniers font l'objet d'une appréciation jurisprudentielle comme moyen de preuve au litige maritime. En effet, « [l]e certificat [de classification] représente la concrétisation matérielle de l'avis des experts sur la conformité du navire avec les normes fixées »¹⁷⁴⁵. Ainsi, à l'instar des certificats de navigabilité délivrés par les sociétés, les rapports d'inspection et les listes qualitatives peuvent constituer soit une simple preuve probante au soutien de la prétention du transporteur ou du fréteur de s'être acquitté de son obligation de navigabilité, soit une présomption de fait renforçant la thèse de l'innavigabilité soutenue par le chargeur ou l'affréteur.

Les certificats délivrés par les sociétés de classification comme preuve probante entourant l'obligation de navigabilité ou encore l'exonération de responsabilité en vertu du vice caché — Les tribunaux acceptent les certificats délivrés par les sociétés de classification comme pièces utiles à l'évaluation de la condition d'un navire avant le sinistre. En fait, ces documents sont des éléments de preuve parmi tant d'autres et sont susceptibles de faire l'objet d'une contestation par une démonstration contraire. En effet, les tribunaux retiennent le caractère probant de ces certificats surtout s'ils s'intègrent dans un ensemble d'éléments qui concourent à cette prétention :

« on doit se demander quelle est la valeur des certificats de navigabilité ou d'inspection émis par l'inspecteur du Lloyd ou encore par les experts des chantiers navals où le navire fait périodiquement l'objet d'une inspection. La production de certificats de visite et d'inspection ainsi que les attestations d'experts constituent une présomption favorable pour le transporteur, mais il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable : ce n'est qu'une présomption *juris tantum*. »¹⁷⁴⁶

1745. M. FERRER, préc., note 34, n° 220, p. 117; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 197; Cass., 27 juin 1995, navire *Arno*, *DMF* 1996.302, obs. REGNIER (F.) confirmant C.A. Paris, 25 mars 1993, navire *Arno*, *DMF* 1994.504.

1746 M. POURCELET, préc., note 85, p. 67. Voir aussi P. BOISSON, préc., note 3, n° 734, p. 481 ; G. LEFEBVRE, préc. note 33, 119 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 244-257, p. 125-130 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 216-232 ; P. CHAUVEAU, préc., note 105, n° 777, p. 525 ; Georges RIPERT, *Traité de droit maritime*, 4^e éd., t. 2, Paris, Éditions Rousseau, 1952, p. 585. Concernant la simple présomption

Récemment, cette règle jurisprudentielle a été nuancée en France par une décision de la Cour d'appel de Paris qui a été confirmée par la Cour de cassation. Ces deux instances ont admis que la navigabilité du navire peut être valablement établie par ses certificats de classe et d'inspection; cela offre un caractère quasi absolu à ces documents :

« Le plus souvent, pour satisfaire à l'exigence de preuve qui pèse sur lui, le transporteur se fondera sur les certificats de visites à lui délivrés par la société de classification en charge du navire. Les tribunaux sont assez réservés quant à la valeur probatoire de tels certificats et, dans nombre de cas, ils les écartent. Toutefois, la Cour de Paris, dans une dernière décision rendue en la matière, a admis que divers certificats, établis un mois avant la dernière traversée au cours de laquelle le navire avait brutalement coulé, répondaient aux exigences de la Convention de 1924 quant à la preuve par le transporteur de sa diligence. Dans un arrêt du 27 juin 1995, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la décision de la Cour de Paris. »¹⁷⁴⁷.

Au-delà de ce cas d'espèce, les certificats délivrés par les sociétés de classification devraient bénéficier, auprès des instances judiciaires, d'une valeur probante telle que nous pourrions presque la qualifier de « renforcée » en raison de la présomption que ces certificats induisent : « la compétence des inspecteurs fait en sorte que la délivrance des certificats de navigabilité constitue une présomption de fait que le navire était en bon état de navigabilité. »¹⁷⁴⁸ En outre, les certificats réalisés par des inspecteurs comme ceux de la *Lloyd's* sont des pièces incontournables à l'appréciation judiciaire du litige :

« However, although I reject *inter alia* the Lloyd's Certificates, I still feel that I must, from the evidence of the Lloyd's Surveyors, take judicial notice of the fact that the usual surveys

des certificats délivrés par les sociétés de classification en droit français : Cass. 19 juin 1912, *Siderides et Carras c. Dreyfus, Comptoir d'escompte de Paris et autres*, D. 1912.I.296 ; T. com. Marseille, 9 sept. 1975, navire *Circée*, DMF.1976.160 ; C.A. Paris, 12 déc. 1972, navire *Cheliff*, DMF 1973.292 ; C.A. Rennes, 13 juin 1985, navire *Gogofrio*, DMF 1986.625 ; C.A. Paris, 4 déc. 1973, navire *Med Star*, DMF 1974.233 ; T. com. Rouen, 9 mars 1962, navire *Mintake N'*, DMF 1963.407.410-411. En droit belge : C.A. Anvers, 17 oct. 1995, navire *Leon*, Dr. Eur. Transp. 1996.130. En droit américain : *The "Negus", Mowinckel & al. v. New York Bermudez Co.*, 298 F. 749 (S.D.N.Y., 1923) ; *The "Folmina"*, 212 U.S. 354 (1909). En droit anglais : *The "Muncaster Castle"*, préc., note 349. En droit allemand : *Bundesgerichtshof*, 29 oct. 1979, Dr. eur. transp. 1984.192. En droit canadien : *J. Laskin & Sons Co. v. Canadian Australian Line Ltd (The "Niagara")* 1944 AMC 1307 (BC.S.C., 1944).

1747. P. BONASSIES et C. SCAPEL, préc., note 100, n° 1092, p. 748. Cass. 27 juin 1995, navire *Arno*, préc., note 1745 ; CAMP, 24 oct. 1997, sentence n° 973, DMF 1998.710 ; C.A. Paris, 29 nov. 1978, navire *Maori*, préc., note 98.

1748. G. LEFEBVRE, préc., note 33, 119. Voir aussi R. RODIÈRE, préc., note 1725, n° 619, p. 261. Les examens périodiques réalisés par une société de classification reconnue et une surveillance des réparations par ses inspecteurs permettent à l'armateur de faire valoir sa diligence à mettre son navire en état de navigabilité : C.A. Aix-en-Provence, 18 mars 1977, navire *Beni Saf*, DMF 1979.72. Voir aussi Pierre. EMO, « Aperçu de jurisprudence maritime », J.C.P.1952.I.967 (section intitulée vice caché) ; C.A. Rennes, 15 oct. 1973, navire *Navipesa-Dos*, préc. note 90.29 ; Com., 3 déc. 1974, navire *Navipesa-Dos*, préc., note 90. Voir aussi M. FERRER, préc., note 34, n° 197, p. 127 et n° 248, p. 127.

were made. It appears to me that it would be mere stupidity to refuse to take judicial notice of the existence, function and reputation of such organizations as Lloyd's. »¹⁷⁴⁹

Au surplus, William Tetley souligne que la crédibilité des certificats réalisés par les inspecteurs des sociétés est d'autant plus grande que ces derniers sont des experts neutres à l'endroit du connaissance ou de la charte-partie en litige¹⁷⁵⁰. Soulignons au passage que, *a fortiori*, cette perspective d'une valeur probante accrue des documents délivrés à la suite d'une inspection doit d'autant, sinon davantage, s'appliquer aux inspecteurs des autorités maritimes des États portuaires puisque ceux-ci sont des experts neutres qui ne sont pas payés par les armateurs, contrairement aux sociétés de classification.

La valeur des certificats comme preuve dans les litiges en droit maritime fait l'objet de tiraillements extrêmes en raison des régimes de responsabilité contractuelle sous-jacents. En effet, les sociétés de classification insistent pour limiter la portée de leurs certificats en spécifiant explicitement dans les contrats de classification que ces documents n'ont qu'une valeur privée et qu'ils ne constituent en rien une preuve de navigabilité¹⁷⁵¹. À l'inverse de ce raisonnement, des transporteurs ont tenté d'enchâsser dans leur modèle de connaissance la règle voulant que les certificats de classification qui constatent la conformité aux normes puissent constituer une preuve irréfragable de la navigabilité de leur bâtiment et ainsi se réserver une véritable exonération de responsabilité en cas d'un événement de mer. Cela n'est toutefois resté qu'une tentative sans suite¹⁷⁵². Autrement dit, les certificats délivrés par les sociétés de classification établissent une simple présomption de navigabilité liée à une obligation de moyens :

« Le certificat de classe [...] constitue une simple présomption de navigabilité; lui donner une valeur différente avec obligation de résultat et non de moyens ne pourrait que modifier les comportements des sociétés de classification, les inciter à refuser de classer les vieux navires ou à contraindre ceux-ci à des réparations très coûteuses entraînant de longs séjours dans les ports. Ceci entraînerait également une dilution des responsabilités contraire aux principes du droit maritime. »¹⁷⁵³

Somme toute, il est évident qu'un armateur dont le navire visé par un litige possède des certificats en règle veuille déposer ceux-ci comme pièces au soutien de sa prétention

1749. *The Niagara*, préc., note 1746, 1312.

1750. W. TETLEY, préc., note 30, p. 928 et 929.

1751. *Supra*, p. 99 et s..

1752. *The "Australian Star"*, [1940] 67 Lloyd's Rep. 110 (ADM.). Voir aussi G. LEFEBVRE, préc., note 33, 118.

1753. L. JANBON, préc., note 380.568.

qu'il fût au moment du départ ou du sinistre en état de navigabilité ou encore qu'il ait agi de façon diligente pour mettre celui-ci en état de navigabilité¹⁷⁵⁴. L'objectif étant de simplement présenter une preuve raisonnable à cet égard pour se décharger de son fardeau : « The onus of proof does not mean providing all the circumstances to the point of absurdity, but means making proof to a reasonable degree »¹⁷⁵⁵. Les certificats délivrés par les sociétés de classification sont, sans conteste, admis à ces fins dans le cadre des litiges maritimes.

La valeur probante des certificats pour établir le caractère caché d'un défaut —

Par ailleurs, ces certificats peuvent aussi servir à présumer du caractère caché d'une lacune pour bénéficier de l'exonération liée à une situation d'innavigabilité causée par un vice caché¹⁷⁵⁶. Ainsi, les documents délivrés par les sociétés de classification peuvent être déposés par l'armateur comme pièces au litige afin d'établir, de manière probante, le caractère caché d'un défaut à l'origine d'une situation d'innavigabilité du navire. En effet, l'absence de mention par l'inspecteur de l'élément à l'origine de l'innavigabilité permettrait d'induire qu'un expert vigilant n'aurait pas identifié celui-ci : « Les certificats de sécurité délivrés [...] constituent une forte présomption que le vice du navire ne pouvait pas être facilement décelé »¹⁷⁵⁷. À cet égard, bien que quelques décisions d'instances judiciaires ont pu accorder au certificat de navigabilité une valeur probante quasi absolue¹⁷⁵⁸, il reste que généralement la valeur de ce type de preuve est déterminée par l'instance, selon le cas d'espèce¹⁷⁵⁹. Le même raisonnement pourrait s'appliquer à l'endroit des rapports d'inspection rédigés par les inspecteurs des autorités portuaires.

Les certificats des sociétés de classification soumis au processus contradictoire et à la disparition du lien de proximité — Malgré que la valeur probante des certificats de sociétés de classification soit liée à une présomption de fait, une limite s'exerce à leur

1754. M. FERRER, préc., note 34, n° 223, p. 118 ; CAMP, 25 mars 1991, sentence n° 797, DMF 1991.543.

1755. W. TETLEY, préc., note 30, p. 341. Voir aussi *Voest-Alpine Stahl Linz GmbH v. Federal Pacific Ltd.*, 174 F.T.R. 69, 75-77, par. 32.

1756. Régime d'exonération de responsabilité du transporteur lié au vice caché : *supra*, p. 44.

1757. R. RODIÈRE, préc., note 92, n° 146, p. 176 ; R. RODIÈRE, préc. note 85.394.

1758. T. com., Seine, 28 mai 1956, navire *Zelidja*, DMF 1958.243 ; T. com., Marseille, 5 mars 1971, navire *Berkane*, préc., note 124.

1759. *Peter Paul Inc. v. The M/S Christem Salem*, préc. note 90, 2147 ; Cass., 19 jan. 1959, navire *Paul Emile Javary*, DMF 1959.272.

endroit. En effet, cette valeur n'est certainement pas de l'ordre de l'absolu et la présomption que cette preuve peut induire n'est certainement pas irréfragable. En fait, cette preuve est susceptible d'être démontée par plusieurs autres éléments puisque, dans ce contexte, la preuve contraire est toujours admissible¹⁷⁶⁰. En fait, il faut souligner que les rapports judiciaires d'expertise devraient avoir une valeur probante supérieure aux certificats, les premiers étant soumis à un processus d'enquête contradictoire, notamment par témoignage, alors que les seconds ne le sont pas nécessairement¹⁷⁶¹. Par ailleurs, le caractère prépondérant des certificats est diminué lorsque le lien de proximité entre la certification et le sinistre est fortement réduit. En outre, le temps écoulé, le type d'inspection réalisée, un événement de mer survenu entre les deux moments ou encore une inspection réalisée ultérieurement à la constatation d'innavigabilité, sont autant d'éléments qui jettent le doute sur la valeur probante des certificats délivrés par les sociétés de classification¹⁷⁶². La même logique s'applique aux rapports d'inspection des États portuaires à cette nuance près que, dans le cadre des MoU, la coordination des inspections et la répartition régionale de ces réseaux font croire à un plus grand nombre d'inspections. Ainsi, les risques d'une rupture du lien de proximité sont plus ténus.

Une présomption de fait d'innavigabilité peut être tirée des modifications, de l'absence ou de la non-conformité des certificats délivrés par une société de classification — Il faut se rappeler que les rapports d'inspection réalisés par les sociétés de classification font généralement l'objet d'une clause de confidentialité¹⁷⁶³. Cette preuve est donc sous l'emprise de l'armateur puisque le chargeur ou l'affrèteur ont rarement accès aux éléments des rapports. C'est un avantage qu'il faut compenser en inférant, selon une

1760. R. RODIÈRE et E. DU PONTAVICE, préc., note 85, n° 368, p. 347; M. RÉMOND-GUILLOUD, préc., note 85, n° 590, p. 382 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 273 et s., p. 136 et s. ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 217 ; Cass., 20 fév. 1962, navire *Calédonien*, préc., note 90, 334 ; C.A., Rouen, 1^{er} fév. 1957, navire *Zelidja*, DMF 1957.418 ; C.A. Rouen, 27 oct. 1983, navire *St Dominique*, DMF 1984.240 ; C.A. Aix-en-Provence, 27 oct. 1987, navire *Knud-Sif*, préc., note 87 ; Cass., 10 nov. 1959, navire *Compiègne*, préc., note 90 ; C.A. Paris, 12 déc. 1972, navire *Cheliff*, préc., note 1746 ; C.A. Rennes, 13 juin 1985, navire *Gogofrio*, préc., note 1746 ; C.A. Aix-en-Provence, 20 juin 1972, navire *Acapulco*, préc., note 158.

1761. G. FRAIKIN, préc., note 123, n° 228, p. 223 ; M. FERRER, préc., note 34, n° 277, p. 138.

1762. M. FERRER, préc., note 34, n° 280, p. 139 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 221 ; G. LEFEBVRE, préc., note 33, p. 119. Concernant le temps écoulé : C.A. Paris, 12 déc. 1972, navire *Cheliff*, préc., note 1746. Concernant l'inspection postérieure au sinistre : C.A. Douai, 31 jan. 2002, *Sié Tristar Shipping Lines c. Sté Unitramp*, BTL 2002.151 ; C.A. Rennes, 13 juin 1985, navire *Gogofrio*, préc., note 1746.

1763. *Supra*, p. 182-185.

logique *a contrario*, des présomptions de fait à partir d'un constat d'absence du dépôt des certificats ou encore par leur modification :

« La valeur des certificats joue donc *a contrario*. Lorsque le transporteur peut les exciper, le juge ne les apprécie qu'en tant qu'éléments faisant partie d'un faisceau d'indices, comme simple présomption, par contre si le transporteur ne peut en fournir, le navire est directement déclaré innavigable. Cette pratique démontre la position de quasi monopole des sociétés de classification. Même si ces dernières stipulent qu'elles ne garantissent pas la navigabilité du navire, tout manquement à leur *Règlement* démontre l'innavigabilité, c'est dire l'importance juridique que leurs visites peuvent avoir. »¹⁷⁶⁴

L'absence, la suspension ou encore le retrait des certificats délivrés par une société de classification constituent une présomption de fait d'absence de navigabilité du navire ou de diligence de l'armateur à cet égard¹⁷⁶⁵. De plus, des certificats trop anciens pourraient démontrer que le transporteur a failli à son examen attentif et vigilant¹⁷⁶⁶. Enfin, une présomption d'innavigabilité peut aussi peser à l'endroit d'un transporteur qui néglige de respecter les restrictions inscrites sur les certificats délivrés¹⁷⁶⁷. Une telle dynamique quant à la preuve est à plus forte raison transposable aux rapports d'inspection et aux listes qualitatives des MoU qui pour leur part sont accessibles ou font l'objet d'une diffusion publique.

Les rapports d'inspection et les listes qualitatives établis par les MoU seraient des éléments de preuve animés d'une valeur prépondérante comparable aux différents usages en litige des certificats délivrés par les sociétés de classification — À l'instar des certificats délivrés par les sociétés de classification, les rapports d'inspection établis par les États portuaires doivent bénéficier d'une valeur probante comparable sinon supérieure pour certains éléments – en raison du désintéressement des inspecteurs de l'État portuaire et d'une plus grande fréquence de contrôle – .

Toujours à l'instar des certificats délivrés par les sociétés de classification, les rapports d'inspection issus d'un MoU ne peuvent constituer une preuve absolue de la navigabilité du navire; ce sont des éléments à considérer parmi tant d'autres et qui peuvent faire l'objet d'une preuve contradictoire. Il faut rappeler que le contrôle mené par les

1764. M. FERRER, préc., note 34, n° 259, p. 131.

1765. Id., n° 258-259, p. 130-131 ; C. LALLEMAND, préc., note 1, p. 220-221 ; C.A. Rennes, 18 fév. 1974, navire *Scravick*, préc., note 1720 ; C.A. Aix-en-Provence, 28 fév. 1984, navire *Kymi*, DMF 1985.402.

1766. C.A. Montpellier, 14 nov. 1951, navire *Finistère*, DMF 1952.87 ; C.A. Montpellier, 14 déc. 1951, navire *Jean Marc Richard*, DMF 1952.256.

1767. *C.N.R. c. E. and S. Barbour Ltd.*, préc., note 90 ; G. LEFEBVRE, préc., note 33, 120.

inspecteurs des autorités portuaires reste généralement documentaire et relève davantage d'un contrôle visuel superficiel. L'inspection détaillée à bord relève de l'exercice exceptionnel de la prérogative de l'État portuaire. En l'espèce, des rapports d'inspection positifs visant un navire ainsi que l'inscription sur des listes blanches sont, certes, des éléments probants, mais qui ne constituent pas nécessairement, à eux seuls, une présomption que le transporteur ou le fréteur s'est acquitté de son obligation de navigabilité¹⁷⁶⁸.

Les rapports d'inspection et les listes qualitatives diffusés par les MoU auront certainement une valeur probante supérieure qui pourrait aller jusqu'à constituer une présomption de fait lorsque leur contenu démonte ou confirme les allégations d'un armateur visant la condition de son navire ou ses actions entreprises pour mettre celui-ci en état de navigabilité¹⁷⁶⁹.

De plus, grâce aux rapports et aux listes qualitatives diffusés par les MoU ou EQUASIS, il est possible d'établir l'innavigabilité administrative du navire¹⁷⁷⁰, compte tenu de la connaissance de l'armateur à l'effet que son navire est susceptible de faire l'objet d'une immobilisation dans un port, du moins d'une inspection tatillonne.

Incursion des réseaux MoU en droit maritime — Le quasi-monopole des sociétés de classification à l'égard de la production documentaire sur la condition sécuritaire des navires est tout probablement chose du passé. Les États portuaires et surtout les réseaux

1768. Le contrôle sécuritaire, qu'il soit de l'État portuaire ou de l'État du pavillon, est réalisé par les mêmes inspecteurs étatiques. Or, l'arrêt *Charles Goodfellow Lumber Sales Ltd. c. Verreault*, rendu en 1971 par la Cour suprême du Canada, a modéré le caractère probant du certificat de navigabilité au regard du fardeau de l'obligation de navigabilité, et ce, compte tenu des circonstances de sa délivrance par les autorités canadiennes :

« Dans la présente affaire, la seule preuve présentée par les intimés pour s'acquitter de tel fardeau, est un certificat de navigabilité signé par un inspecteur de navires du ministère des Transports. À mon avis, ce document ne suffit pas à faire la preuve ainsi que l'exige la loi, sa valeur probante étant par ailleurs amoindrie du fait que l'inspecteur qui a délivré le certificat paraît avoir su que le navire comportait une faiblesse inhérente. La prépondérance de la preuve c'est que c'est cette faiblesse qui a causé la perte. » : *Charles Goodfellow Lumber Sales Ltd. c. Verreault et al.*, préc., note 87, 540.

Voir aussi W. TETLEY, préc., note 30, p. 927.

1769. Concernant la qualité de la preuve à amener au procès pour se décharger du fardeau de la preuve – à savoir, la seule prépondérance de la preuve ou encore l'exigence plus élevée d'une preuve claire et convaincante – : *States Marine Corp. v. Producers Cooperative Packing Co.*, 1963 AMC 246 (9th Circ., 1962).

1770. *Supra*, p. 39.

MoU qu'ils forment sont en mesure de diffuser, par leur site Internet ou par celui d'EQUASIS, des renseignements qui ont une valeur probante aux fins de la preuve. Le caractère objectif de ces informations offrent un bon niveau de crédibilité¹⁷⁷¹. La principale entrave à l'utilisation de cette preuve réside dans l'objection au dépôt comme pièce au litige. Or, à l'aide des nouveaux moyens technologiques ou des fictions juridiques, l'admissibilité des rapports pourrait s'accroître. Tout bien considéré, les fonctionnaires-cadres-spécialistes des autorités maritimes qui ont mis en place et développé les MoU ont, volontairement ou non, investi le secteur du droit maritime par l'entremise de leurs systèmes de régulation par l'information. En bref, l'incursion de ces réseaux transgouvernementaux dans le domaine privé est telle qu'elle est susceptible d'influencer l'équilibre du régime de responsabilité contractuelle lié aux activités de transport par eau et d'affrètement. En outre, l'armateur ne bénéficiera plus de l'absence de preuve sur la condition sécuritaire de ses navires qui était assurée par la combinaison de clauses de confidentialité des rapports auprès des sociétés de classification qui étaient seules à réaliser les contrôles de la sécurité à bord. Dorénavant, les MoU mettent en place des normes de coordination qui assurent la transparence et par conséquent la régulation du marché : les renseignements accessibles et utiles non seulement orienterait le choix des transporteurs et des fréteurs et assurerait meilleur appréciation des situations litigieuses. Autrement dit, ces renseignements produits par les MoU feront certainement partie intégrante des outils juridiques et des techniques du juriste maritimiste; cela, du coup, conforte l'idée que les MoU initient ou renforcent considérablement les bases d'une passerelle entre le concept de sécurité maritime, en droit public international, et celui de navigabilité, en droit privé international. Il est évident que cette situation particulière élargit le champ d'effectivité des MoU.

Conclusion à l'égard de l'effectivité des MoU — L'effectivité des MoU à assurer la mise en oeuvre des normes de sécurité n'est pas parfaite, mais elle tend à se renforcer tant au plan interne qu'externe. Ainsi, même si la qualité des contrôles peut potentiellement être biaisée, ce type de pratique est marginal. De plus, les MoU atteignent un certain niveau d'effectivité juridique grâce leur reconnaissance en droit. C'est le cas du

1771. Voir les propos de Philippe Marchand, *supra*, p. 462, note 1635.

Paris MoU qui a fait l'objet d'un processus d'intégration directe en droit communautaire, contraignant ses membres européens à suivre le cadre établi. De plus, les sanctions administratives que font peser les MoU sur les armateurs, les sociétés de classification et les États du pavillon obligent ces derniers à recentrer leurs activités en faveur de la sécurité. Par ailleurs, le champ de régulation des MoU est à ce point élaboré que l'effectivité des règles qu'ils mettent en œuvre permet leur incursion dans l'équilibre des obligations contractuelles entre les parties au connaissement ou à la charte-partie. Il faut conclure que les MoU ont acquis les attributs intrinsèques du droit à savoir la systématicité, la généralité et la stabilité¹⁷⁷². Ainsi, les MoU imposent des règles de contrôle des normes de sécurité qui sont devenues incontournables aux yeux de tous. Voilà l'élément qui rejoint la notion d'effectivité. Reste à savoir si ces MoU ont eu un véritable effet sur la condition sécuritaire des navires. Il s'agit maintenant d'évaluer leur efficacité.

1772. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 101.

Titre II

L'efficacité des MoU sur le contrôle par l'État du port

Toute régulation cherche à atteindre des objectifs déterminés. Cela induit l'idée qu'entre les efforts de régulation mis en place et la situation qui sera ultérieurement observée sur le terrain devrait avoir un lien causalité immédiat¹⁷⁷³. Ce lien permet évidemment de constater l'*efficacité* des mesures¹⁷⁷⁴. D'ailleurs, cette dernière est un concept qui réfère, dans le sens commun, à l'évaluation de ce « qui produit l'effet qu'on attend »¹⁷⁷⁵. En outre, le choix des règles est fait selon une démarche empirique qui lui permet d'être modifiée au vue des résultats qu'elle entraîne¹⁷⁷⁶. Pour être efficaces encore faut-il que ces normes soient bel et bien effectives, condition *sine qua non* pour que les objectifs puissent être atteints¹⁷⁷⁷. Comme quoi la notion d'*efficacité* est à rapprocher avec celle d'*effectivité*, laquelle intervient à un stade ultérieur à celle-ci. En d'autres termes, l'*efficacité* cible l'étape ultime de l'évaluation de la légitimité normative, celle que nous qualifions de *post-a posteriori*, celle qui intervient au-delà du processus de mise en oeuvre.

Le défi principal que représente l'évaluation de l'*efficacité* est qu'il implique non seulement un aspect quantitatif, mais aussi qualitatif de l'incidence d'une norme. Car, cet aspect n'est pas nécessairement quantifiable :

« Ce qui est efficace, c'est tout simplement ce qui est susceptible de produire le ou les effets attendus, la norme n'est assurément qu'un moyen. L'efficacité ne peut être fixée scientifiquement tout au moins dans la détermination de ce qui est attendu qui relève du domaine des préférences dont on sait qu'elles ne sont généralement ni claires, ni stables; l'efficacité est d'une certaine manière une notion sans contenu. Que l'efficacité pratique du droit ne soit pas une préoccupation du juriste peut se concevoir, mais peut-il récuser toute prétention à l'efficacité de la norme, là encore la réponse ne nous paraît guère évidente. »¹⁷⁷⁸

1773. R. MAYNTZ, préc., note 664, à la page 12.

1774. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 394.

1775. *Le Nouveau Petit Robert*, préc., note 398.

1776. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1039, 734 ; *supra*, p. 326-330.

1777. R. MAYNTZ, préc., note 664, à la page 13.

1778. P. DURAN, préc., note 541, 38. Voir aussi K. RAUSTIALA, préc., note 451, 391.

Sans parler d'efficacité, Jacques Chevalier souligne l'importance de l'évaluation des résultats tout en admettant qu'il est difficile d'entreprendre celle-ci :

« [...] la rigueur d'une évaluation est toujours aléatoire, en raison de l'enchevêtrement des facteurs, des difficultés d'appréciation des résultats (quels effets privilégier ?), de l'incertitude des objectifs, sur la nature desquels une certaine obscurité est, souvent à dessein, entretenue : la confrontation cible visée/cible atteinte, qui est le propre de l'évaluation, ne peut jamais être effectuée de manière aussi simple, étant donné l'interférence inévitable d'autres éléments, tant au niveau des objectifs que des résultats. »¹⁷⁷⁹

L'évaluation de l'*efficacité* des MoU est incontournable. En fait, cette question nous interpelle toujours depuis le début de notre étude : en fin de compte, ces MoU sont-ils vraiment ces réseaux transgouvernementaux qui auraient pu inverser le processus de complaisance et cette course vers le fond sécuritaire, en faisant respecter des normes sécuritaires dans le secteur maritime? Cette question fondamentale induit une évaluation qualitative, elle exige de disposer indicateur représentatif de l'objectif des MoU. Pour ce faire, l'objectif de ces derniers doit d'abord être précisé. Il faut aussi s'intéresser à l'appréciation qui a déjà été faite par les professionnels ou encore par l'interprétation qualitative des analyses quantitatives déjà effectuées. Même avec toutes les réserves nécessaires devant une telle démonstration, il faut oser une nouvelle méthode d'analyse qui puisse d'identifier correctement l'effet des MoU sur la sécurité. Au terme de ce processus, des conclusions pourront alors être tirées quant à l'*efficacité* des MoU.

Chapitre 1

Identification de l'objectif des MoU sur le contrôle par l'État du port

Il importe au plus haut point d'identifier l'objectif fondamental des MoU. Car il est celui qui circonscrit la raison d'être de ces réseaux. Si, la coordination des inspections menées par les autorités maritimes est le but recherché, quel en est le but essentiel? mais à quelle fin? Les textes constitutifs des réseaux MoU et les rapports annuels de ces derniers

1779. J. CHEVALIER, préc., note 45, 126.

ou même encore par la lecture d'un droit positif comme le droit communautaire permettent d'y trouver une réponse.

L'objectif des MoU dans les déclarations solennelles d'intention dans le préambule de leur texte constitutif — Le partage de valeurs communes constitue la source d'un engagement mutuel entre les parties d'une entente :

« L'engagement dans l'action présuppose toujours la fourniture de standards d'évaluation dont l'énoncé relève nécessairement de choix de valeurs qui fixent ce qui mérite l'attention, c'est-à-dire ce qui vaut que l'on s'engage, et à ce titre le droit n'a jamais été exempt de tels standards soit qu'il les incorpore dans l'énoncé de la règle, soit qu'il s'en inspire »¹⁷⁸⁰

Les textes fondateurs des réseaux MoU proposent des principes relatifs aux valeurs partagées. Car, le préambule d'une entente est toujours l'occasion pour les parties signataires de manifester explicitement à cette occasion les valeurs qui fondent leur intention, suscitent leur adhésion et motivent leur participation. Les préambules contiennent toujours l'expression de la volonté des autorités maritimes qui en sont parties de renforcer la sécurité maritime et la protection de l'environnement. Ainsi, elles ont signifié par là leur intention d'enrayer la course vers le fond sécuritaire en empêchant l'exploitation de navires sous normes, et ce, en réduisant sinon en interdisant les biais à la pratique de contrôle par l'État portuaire grâce à l'élimination d'une concurrence malsaine entre les ports d'une même région :

« Rappelant la déclaration finale adoptée le 2 décembre 1980 par la conférence régionale européenne sur la sécurité maritime, laquelle souligne le besoin d'accroître la sécurité maritime et la protection de l'environnement marin et l'importance à attacher à l'amélioration des conditions de vie et de travail à bord des navires;

[...]

Reconnaissant toutefois qu'une action efficace des États du port est nécessaire pour prévenir l'exploitation de navires inférieurs aux normes;

Reconnaissant également qu'il faut éviter la compétition entre les ports;

Convaincues qu'à ces fins il est nécessaire d'établir un système de contrôle par l'État du port amélioré et harmonisé et de renforcer la coopération et l'échange d'informations.»¹⁷⁸¹

De cette manière, les membres des MoU expriment explicitement leur volonté de s'engager mutuellement dans une approche préventive de la sécurité en intervenant à

1780. P. DURAN, préc., note 541, 38.

1781. Préambule du *Paris MoU*. Les autres MoU ont dans leur préambule des passages similaires. De la même manière, ils font référence à la nécessité de prévenir l'exploitation de navires inférieurs aux normes, d'éviter la compétition entre les ports ainsi que de mettre en place un système de contrôle qui améliore, harmonise et renforce la coopération et l'échange d'informations.

l'égard de l'exploitation des navires sous normes, et ce, tout en s'assurant par leur coordination qu'une quelconque forme de complaisance liée au *port shopping* ne puisse pas exister¹⁷⁸². L'objectif vise une amélioration de la sécurité maritime, de la protection environnementale et d'améliorer les conditions de vie et de travail à bord. Cet objectif est réitéré tout au long des rapports annuels.

La confirmation de l'objectif des MoU à travers leurs rapports annuels — De façon récurrente, la valeur axée sur la prévention des accidents à bord des navires sont présents dans les rapports annuels des MoU. Par exemple, les rapports annuel du Tokyo MoU réitère son objectif de permettre une coopération et une harmonisation des contrôles portuaires afin, ultimement, de s'assurer que les navires de commerce sont en bonne condition :

« The main objective of the Memorandum is to establish an effective port State control regime in the Asia-Pacific region through co-operation of its members and harmonization of their activities, to eliminate substandard shipping so as to promote maritime safety, to protect the marine environment and to safeguard working and living conditions on board ships. »¹⁷⁸³

Ce passage à la première page de tous les rapports annuels du Tokyo MoU illustre combien il s'agit des valeurs et des objectifs fondamentaux de ce réseau.

Par ailleurs, le rapport annuel de l'IO MoU précise, sans équivoque, que c'est bien l'élimination des navires sous normes qui reste l'objectif ultime de ses membres : « The ultimate goal is to identify and eliminate substandard ships from the region. »¹⁷⁸⁴ Or ce même objectif se retrouve aussi dans les directives européennes qui encadrent les activités du Paris MoU.

La confirmation de l'objectif fondamental du Paris MoU par les directives européennes — La directive 95/21/CE de l'UE souligne à son premier article que « L'objet de la présente directive est de contribuer à une diminution radicale des transports maritimes inférieurs aux normes naviguant dans les eaux relevant de la juridiction des États

1782. D. ANDERSON, préc., note 268, 566.

1783. Tokyo MoU, *Annual report*, 2007, p. 1. En fait, de 1996 à 2007, ce paragraphe est apparu à la première page de tous les rapports annuels du Tokyo MoU.

1784. IO MoU, *annual report*, 2007, p. 1. De 2001 à 2007, cette phrase est présente à toutes les premières pages des rapports annuels du IO MoU.

membres »¹⁷⁸⁵. L'article premier de la nouvelle directive 2009/16/CE traitant de l'objet de cette dernière, reprend l'objectif fondamental du Paris MoU de réduire le nombre de navires sous normes :

« La présente directive a pour objet de contribuer à une diminution radicale des transports maritimes inférieurs aux normes naviguant dans les eaux relevant de la juridiction des États membres :

- a) en faisant mieux respecter la législation internationale et la législation communautaire applicable régissant la sécurité maritime, la sûreté maritime, la protection du milieu marin et les conditions de vie et de travail à bord des navires de tous pavillons ;
- b) en établissant des critères communs imposant un contrôle des navires par l'État du port et en uniformisant les procédures d'inspection et d'immobilisation sur la base des compétences spécialisées et de l'expérience disponibles en vertu du mémorandum d'entente de Paris ;
- c) en mettant en œuvre au sein de la Communauté un système de contrôle par l'État du port reposant sur les inspections effectuées dans la Communauté et dans la région couverte par le mémorandum d'entente de Paris afin que tous les navires fassent l'objet d'une inspection selon une fréquence liée à leur profil de risque, les navires présentant un risque plus élevé étant soumis à une inspection plus approfondie à des intervalles plus rapprochés. »¹⁷⁸⁶

Ainsi, la directive confirme le caractère fondamental de cet objectif d'intercepter et de repousser les navires sous-normes des eaux européennes.

La diminution du nombre de navires sous norme comme valeur fondamentale des MoU — De ce qui précède, il faut retenir que les membres des MoU souhaitent non seulement de voir réduire le nombre de navires sous-normes dans leur région respective, mais aussi de laminier la gravité des lacunes à bord et des accidents qui en découlent. Les objectifs fondamentaux des MoU étant maintenant identifiés, nous sommes en voie d'apprécier l'efficacité de ces derniers. Déjà, lorsqu'ils entreprennent une telle appréciation de l'efficacité de ces réseaux, les auteurs divergent d'opinion..

1785. Directive 95/21/CE, art. 1. Voir aussi P. CHAUMETTE, préc., note 62, 79.

1786. Directive 2009/16/CE, art. 1.

Chapitre 2

L'efficacité des MoU comme objet de débats et d'analyses quantitatives

Au plan de la sécurité maritime, la coordination par les MoU des contrôles exercés par les États portuaires peuvent offrir des perspectives encourageantes :

« Flag states are just a laugh. You tighten up one flag state and another one starts. It is just ludicrous. You never get a lasso on all those different flag states. Most of the flag states are not serious players, they are just in it for the money. But port states have a serious interest in the quality of the ships coming in because of their local environment and because they do not want ships screwing up port facilities. I believe port state control is the best answer because ports have no axes to grind, no contractual liabilities or contractual obligations to the owner. If the port authority does not like [a] ship, they should have no problem about making it pretty damned public. »¹⁷⁸⁷

Par ailleurs, le capitaine Jonathan Stoneley affirme pour sa part que l'expérience prouve que les contrôles exercés par les États portuaires sont, sur le terrain. La meilleure incitation pour forcer les armateurs à mettre à la ferraille leurs navires sous normes¹⁷⁸⁸. Les MoU sont donc généralement présentés comme le moyen de colmater l'ultime faille des contrôles de la sécurité des navires, notamment, en brisant la dynamique de la concurrence et de la complaisance entre les États portuaires. Il est utile d'identifier ce qui a été écrit à ce propos.

Un constat d'amélioration générale de la condition sécuritaire des navires depuis le tournant des années 1990 — Grâce à l'analyse de différents indicateurs, plusieurs seraient généralement d'avis que la condition sécuritaire des navires a fait l'objet d'une amélioration.

Dans son rapport sur le naufrage de l'Erika, Jean-Yves Le Driant a utilisé des statistiques sur le nombre et l'importance des marées noires pour étudier l'évolution de la situation sécuritaire. Plus précisément, il propose comme indicateur d'insécurité maritime

1787. Propos tenu en juin 1993 par Roger Nixon ancien président du *Joint Hull Committee of the Institute of London Underwriters* : E. DURUIGBO, préc., note 47, 131. Voir aussi A. CLARKE, préc., note 6, 204. Les auteurs Edgar Gold, Aldo Chircop et Hugh Kindred soulignent que les MoU des mécanismes efficaces pour assurer l'ordre au large des côtes : «It is today considered to be the most effective mechanism in the international policing of navigation and the right of self-protection of coastal states.» : E. GOLD, A. CHIRCOP et H. KINDRED, préc., note 1220, p. 230.

1788. J. STONELEY, préc., note 1583, à la page 7.

l'évolution du rapport entre le nombre de déversements pétroliers et le volume mondial transporté. La conclusion de sa recherche lui a permis de constater une diminution progressive du phénomène des marées noires. Ce constat serait bien la preuve d'amélioration régulière de la condition des navires depuis la fin des années 1980, laquelle s'est prolongée tout au long de la décennie 1990¹⁷⁸⁹. Cette analyse souffre d'une carence méthodologique importante car elle ne s'intéresse qu'à une seule catégorie de navires, à savoir les pétroliers. Pire, elle ne prend pas en compte l'amélioration des moyens de prévention et de combat contre les marées noires qui brouille forcément le lien de proximité entre cet indicateur et la condition sécuritaire des navires¹⁷⁹⁰. Mais même si ces carences méthodologiques interfèrent dans le processus d'appréciation générale de la sécurité maritime, il est malgré tout rassurant de savoir que cette forme de pollution la plus agressive que sont les marées noires est en nette diminution. Sur le strict plan de la sécurité maritime, cela constitue indéniablement un progrès.

Une source journalistique, avance que malgré la concurrence entre les armateurs, on a pu constater, dès le début des années 1980, une amélioration générale de la condition sécuritaire des navires puisque le rapport entre le nombre d'accidents tous types confondus et le nombre total d'unités en service avait été réduit¹⁷⁹¹. Malheureusement, l'article ne révèle pas ses sources ni sa méthodologie au soutien de ses conclusions. Conséquemment, celles-ci doivent être considérées avec les plus grandes réserves.

Au terme d'une étude empirique, les auteurs K. X. Li et J. Wonham constatent une indéniable amélioration de la sécurité à bord des navires entre 1977 et 1996. Ils ont pu lier cette situation avec l'amélioration des mécanismes de contrôle et avec l'accroissement des normes :

« The study finds that the world fleet in general has been under-growing since 1977- 1996 with a mean growth rate of 1.02 % annually, total growth rate of 19.37 % from 1977 to 1996, nevertheless with some fluctuations. The safety record of the world fleet has been improved significantly since 1977, i.e. the total loss rate has been declining from 6.85 ‰ in 1978 to 2.12 ‰ in 1996, with a mean improvement rate of 6.28 % . This may be due to the implementation of safety regulations worldwide, and the improvement of technology and safety management. »¹⁷⁹²

1789. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 49 et 52.

1790. « Les accidents de pétroliers en régression constante... depuis 20 ans », *JMM* 9 fév. 2001.205.

1791. D. DA SILVA FARGE, « Bilan et perspectives en matière de sécurité maritime », *JMM* 8 oct. 1999.2065.

1792. K. X. LI et J. WONHAM, préc., note 582, 143.

Par ailleurs, Georges C. Kasoulides a pu recueillir les témoignages d'inspecteurs de plusieurs ports visés par le Paris MoU, lesquels ont pu constater que la qualité des navires tend, de toute évidence, à s'améliorer, même si ce processus exige beaucoup de temps¹⁷⁹³. L'appréciation que font les experts d'un instrument ou d'un système peut constituer une information valable, dans la mesure où les conditions d'entrevues peuvent être vérifiées. Or, aucun élément méthodologique n'est accessible dans ce document. Celui-ci doit donc être accueilli avec certaines réserves, et ce, même si l'auteur est reconnu pour être en contact avec le milieu maritime et le constat personnel qu'il rapporte dans son texte constitue un indice additionnel de l'amélioration générale de la condition sécuritaire de la flotte mondiale.

Cette soit disant amélioration de la condition sécuritaire des navires arrive à une période qui coïncide avec celle de l'apparition du Paris MoU et la multiplication graduelle de ce type de réseau dont le système coordonné de contrôle vise à surpasser les contrôles des États du pavillon et des sociétés de classification les plus négligents et donc chasser les navires sous normes ou encore obliger ceux qui s'y risquent à se faire réparer¹⁷⁹⁴. D'où l'idée que les MoU seraient cette forme d'organisation qui aurait initié un nouvel élan quant au renforcement des normes sécuritaires maritimes. Ce lien de causalité entre l'avènement des MoU et l'amélioration de la condition sécuritaire des navires reste purement hypothétique, mais il serait intéressant de trouver des éléments utiles à sa démonstration. Sur ce point, des opinions et des études confortent ou réfutent cette hypothèse. Il est donc pertinent de les exposer dès maintenant aux fins de notre étude sur l'efficacité des MoU.

Divers membres du milieu maritime soutiennent que les MoU sont efficaces pour faire disparaître les navires sous normes d'une région — Plusieurs sont d'opinion que les MoU, du moins le Paris MoU, sont des organisations qui ont su infléchir un changement sécuritaire au point de réduire le nombre de navires sous normes.

Déjà en 1988, Emmanuel Langavant soulignait que le Paris MoU – une organisation encore récente à ce moment – a pu avoir un impact positif au plan sécuritaire ; soulignant

1793. George C. KASOULIDES, *Port State and Jurisdiction: Evolution of the Port State Regime*, Dordrecht, Boston, Londres Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 162. Voir aussi M. CUTTLER, préc., note 243, 196.

1794. C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 133. Voir aussi E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 192.

qu'« entre 1985 et 1987, à un nombre plus élevé de navires inspectés répond une diminution des navires sous-normes »¹⁷⁹⁵. Ainsi, pour lui, la corrélation entre les deux phénomènes semble probante. Prenant en particulier le secteur du transport d'hydrocarbure, Emeka Duruigbo est d'opinion que le contrôle par l'État portuaire exercé dans le cadre des MoU a eu une incidence importante dans la prévention et le contrôle de la pollution maritime dans ce type de transport¹⁷⁹⁶. Malheureusement, comme pour les opinions sur l'amélioration des conditions de la sécurité de la flotte mondiale vu tout juste précédemment, ces deux opinions ne comportent aucune source ou méthodologie pour soutenir ces affirmations. Probablement s'agit-il d'une appréciation intuitive. Par conséquent, elles sont appréciables seulement à titre d'indices sur l'incidence des MoU.

De manière plus nuancée, le professeur Jean-Pierre Beurrier soutient que le Paris MoU est efficace pour repousser les navires sous normes des ports européens; mais, du même souffle, il reconnaît que ce système a des limites et génère des effets pervers :

«On connaît les limites de ce système du fait du temps nécessaire à une visite approfondie, de la difficulté à trouver des contrôleurs compétents, de la concurrence entre les ports européens, des abandons de navires par les propriétaires indécis. Cependant, ce système dans son principe a largement démontré son utilité. Globalement le nombre de navires sous-normes fréquentant les ports de l'Union européenne a diminué, malheureusement ils tendent aujourd'hui à se redéployer sur le trafic Sud/Sud.»¹⁷⁹⁷

Ainsi, le bilan positif des MoU ne peut s'apprécier qu'à la seule zone régionale à laquelle ils sont attachés. Ils contribueraient à la lutte contre les navires sous norme, mais à eux seuls, ils ne peuvent vraiment réduire les problèmes de complaisance et d'insécurité maritime qui sévissent à l'échelle mondiale. En effet, l'insécurité est susceptible d'être délocalisée vers d'autres régions du globe où les États sont toujours susceptibles d'être encore complaisants.

Pour sa part, Slim Habib constate l'amélioration de la condition sécuritaire des navires de commerce en zone européenne en se fondant sur un indicateur vérifiable. En effet, il relève que la « liste noire » du Paris MoU a vraiment réduit au profit de sa liste

1795. E. LANGAVANT, préc., note 291, à la page 65.

1796. E. DURUIGBO, préc., note 618, 87.

1797. J.-P. BEURRIER, préc., note 220, à la page 96.

blanche¹⁷⁹⁸. Ainsi, sous la pression du MoU, le nombre de navires sous normes faisant escale dans la région est en chute et ces derniers font place aux navires qui respectent mieux les prescriptions sécuritaires.

L'expérience professionnelle du capitaine Guy Germain de la BST l'invite à reconnaître la capacité du Paris MoU à dissuader les navires sous normes à faire escale dans les ports européens et canadiens, et ce, même si le système de coordination n'est pas parfait :

« Craignant ces sévères inspections, les plus vieux rafiots de l'Inde, de l'Amérique du Sud ou de l'Afrique évitent donc souvent de naviguer dans ces eaux et se contentent de naviguer dans ces pays où l'inspection se règle avec une généreuse petite enveloppe. Mais, un jour, ces vieux rafiots obtiennent un alléchant contrat et tentent leur chance jusqu'à Rotterdam ou Montréal... »¹⁷⁹⁹

Cette observation provenant d'une personne oeuvrant sur le terrain est intéressante, mais elle doit être nuancée car son auteur est un fonctionnaire susceptible d'œuvrer dans le cadre des activités du Paris MoU. Appelé à commenter le travail d'une institution à laquelle il participe, il risque d'en donner une image quelque peu embellie.

Évidemment, les premiers convaincus de leur propre efficacité à l'égard de l'amélioration sécuritaire ne seraient-ils pas les MoU eux-mêmes? En effet, leurs rapports annuels ne manquent pas une occasion d'interpréter favorablement les données qu'ils compilent à l'égard des opérations d'inspections menées par leurs membres. Ainsi, le secrétariat du Paris MoU fait-il un rapport entre les statistiques d'immobilisation sur le nombre d'inspections et celles sur l'évolution de la condition sécuritaire des navires. De plus, il constate la diminution des taux de détention qui résulte de ce rapport et en déduit une preuve de l'efficacité des MoU à réduire l'exploitation de navires sous normes :

« The number of ships detained in 1998 for deficiency clearly hazardous to safety, health or the environment amounted to 1,598. It compares with the number detained in 1997 of 1,624, 1,719 in 1996 and 1,837 in 1995, and represents a decrease of 13 % over four years. In the same period the overall detention percentage of individual ships inspected has dropped from 17.4 to 14.3 %. The figures indicate that the intensified control measures under the Paris MOU are taking effect and make the operation of sub-standards ships in the region increasingly difficult.

1798. S. HABIB, préc., note 208, à la page 99. Concernant les listes noire et blanche du Paris MoU : *supra*, p. 457 et s.

1799. Propos recueillis par Louise LEDUC, « La flotte peut-elle vraiment... flotter? », *Le Devoir* 1er nov. 2000, A3.

This fact, combined with port State control efforts in others areas in the world, is an incentive to ship owners to improve the quality of their ships or scrap and replace them with new tonnage. »¹⁸⁰⁰

Le rapport annuel de 2004 du Paris MoU en particulier a souligné une tendance prolongée à voir diminuer les ratios correspondants au nombre d'immobilisations sur celui des inspections. Cela serait un signe encourageant prouvant que les navires sous normes évitent dorénavant la région¹⁸⁰¹. À une autre occasion, un sous-comité de l'OMI avait même conclu, en 1999, à l'amélioration générale de la situation sécuritaire en constatant une diminution du nombre d'immobilisations imposée par les inspecteurs du Paris MoU, malgré l'augmentation paradoxale du nombre d'inspections en raison notamment de l'arrivée de nouveaux membres¹⁸⁰².

En 2000, le Paris MoU fait encore valoir son efficacité en soulignant la complète disparition de la fréquentation dans ses ports des navires appartenant à certains pavillons indésirables : « The flags of Mauritius, Bangladesh and Pakistan do not appear on any list. Apparently these registers have withdrawn most of their fleet from the region »¹⁸⁰³. En 2002, il réitère ses prétentions d'efficacité soulignant que sa liste noire visant la dénonciation des pavillons de complaisance a forcé plusieurs de ces derniers à resserrer la pratique de contrôle des normes de sécurité :

« For the future ship owners that register ships under flags on the black list may find that it is more profitable to operate under quality flags or have their ships scrapped. Several flags on the black list have now taken positive measures to improve their record. A sign that the determined action of port State control can make a difference. »¹⁸⁰⁴

Ainsi, en 2005, les membres du Paris MoU ont-ils félicité les autorités de Chypriotes et Maltaises, dont les gouvernements négociaient l'intégration au sein de l'Europe, pour avoir réussi à passer de la liste noire à la liste blanche :

« The Committee congratulated Cyprus and Malta who, by careful monitoring of their fleets' performance, have dropped off the Paris MOU's black list of flags. The new members have also benefited from a joint tutoring project, organised by EMSA and sponsored by the EU,

1800. Paris MoU, *Annual Report*, 1998, p. 14.

1801. Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, p. 4 et 16.

1802. OMI, Sub-Committee on Flag state Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Paris MoU Annual Report 1997*, 7th session Agenda item 7, FSI 7/7/4, 18 Jan, 1999, n° 2, 5 et 6 , p. 1 et 2.

1803. Paris MoU, *Annual Report*, 2000, p. 13.

1804. Paris MoU, *Annual Report*, 2002, p. 6.

which used expert Port State Control officers from the member States to provide practical, on-the-job training, in their own ports. »¹⁸⁰⁵

De la même manière, le Liberia, État de libre immatriculation traditionnellement complaisant, se serait converti aux vertus de la sécurité en devenant un pavillon plus recommandable. En effet, les taux d'immobilisation des navires sous son pavillon par le Paris MoU et le Tokyo MoU ainsi que par l'*U.S. Coast Guard* se sont considérablement réduits au cours des dernières années¹⁸⁰⁶. Il faut donc retenir que des pays ont décidé de mettre fin à une politique de complaisance ce qui constitue, en soit, un autre indice d'amélioration de la sécurité qui résulte de la formation des MoU.

Au surplus, en 2004, le Paris MoU soutenait que les mesures mises en place en 2003 visant le bannissement définitif de navires récidivistes auraient plutôt découragé les armateurs d'exploiter la part de leurs navires sous normes dans les eaux européennes¹⁸⁰⁷. Mais, cette conclusion semble encore être plus déductive que réelle compte tenu de l'absence totale d'enquêtes explicites et méthodiques sur ces fréquentations.

En bref, plusieurs professionnels et quelques organisations prennent comme argent comptant que les MoU sont bien à l'origine de l'amélioration de la condition des navires commerciaux dans le monde, sinon dans quelques régions particulière. Il faut souligner que malheureusement, ces démonstrations sont plus en rapport avec un travail de relations publiques qu'à des travaux de vérification statistiques. Au-delà des préjugés favorables sur l'effectivité des MoU, certaines réserves ont été, par ailleurs, formulées par d'autres.

Une efficacité des MoU dont la réalité est par ailleurs contestée — On a pu voir que plusieurs lacunes subsistent au sein des MoU, ce qui chez certains distille un doute sur l'existence d'une corrélation réelle entre l'avènement des MoU et l'amélioration générale de la sécurité maritime. En effet, plusieurs entraves fonctionnelles remettraient en cause cette corrélation : « On doit [...] reconnaître que ce mécanisme connaît des limites qui tiennent essentiellement à des considérations logistiques, financières et juridiques. »¹⁸⁰⁸ Un

1805. Paris MoU, *Port State Control on Course : Annual Report*, 2005, p. 7. Voir aussi Michel NEUMEISTER, « Contrôle des navires : prendre les choses en main », *JMM* 26 mai 2006.12.

1806. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 90. Voir aussi M. MARSHALL, préc., note 244, p. 11 (pdf).

1807. Paris MoU, *Changing Course : Annual Report 2004*, p. 6.

1808. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 113.

sous-comité de l'OMI a mis en lumière plusieurs éléments comme la corruption, la redondance des inspections, le manque de compétence des inspecteurs, la non-atteinte des quotas ou encore la sousperformance de certains membres de MoU sont des éléments qui minent la crédibilité des contrôles¹⁸⁰⁹.

Parmi les carences opérationnelles récurrentes des MoU, on a pu constater qu'ils ont cette réputation d'avoir été incapable de détecter les défauts de navires discrédite leur efficacité. Par exemple, le naufrage de l'*Erika* fait découvrir la faillibilité du contrôle par l'État portuaire. En effet, ce navire avait pourtant un bon pointage dans le système de ciblage du Paris MoU détournant ainsi l'intérêt des autorités maritimes des États portuaires à vouloir l'inspecter régulièrement et en profondeur¹⁸¹⁰. Henri de Richemont résume cette opinion communément partagée qu'il aurait été difficile pour les inspecteurs de l'État portuaire de pouvoir déceler les carences ou les négligences à l'origine du naufrage : « [...] toutes les personnes entendues par la mission d'information sur ces questions ont indiqué qu'aucun contrôle de l'Etat du port effectué en Europe ou en Amérique n'aurait pas permis de déceler les défaillances de L'Erika. »¹⁸¹¹. Il explique très bien d'ailleurs comment l'*Erika* a pu passer à travers les épreuves de contrôle mis en place par le système de ciblage du Paris MoU :

« L' Erika était un pétrolier dûment classifié et contrôlé. Ce navire présentait toutes les garanties normales en terme de contrôle et de certificat. Il avait, selon le BEA-Mer, subi un arrêt technique quinquennal, en juin 1998, était supervisé par la société de classification italienne RINA, qui a une réputation de sérieux. En novembre 1998, il avait subi successivement les contrôles positifs de l'Etat du port à Odessa, puis le « *vetting* » (contrôle effectué par les sociétés pétrolières) de Total. En novembre, il avait également reçu le certificat du RINA attestant l'intégrité de la coque et de la structure. Par la suite, de nouvelles inspections ont été positives : PSC (*Port State Control*) à Novorossisk, *vetting* de Repsol, Texaco, Exxon et Shell. Enfin, fin novembre 1999, une nouvelle inspection du RINA a confirmé le bon état des citernes et des ballasts.

Tous ces éléments ont conduit, dans le fichier SIRENAC établi dans le cadre du Memorandum de Paris, à attribuer à L'Erika un « *target factor* » ou coefficient de ciblage de 12. A titre de comparaison, un très bon bateau a un *target factor* inférieur à 10 et un « bateau poubelle » une note supérieure à 35 ou 40. L'Erika n'était apparemment donc pas un mauvais bateau. Aucun élément extérieur n'a permis d'attirer l'attention sur lui. »¹⁸¹²

1809. OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of Port State Control Activities*, préc., note 1205, p. 3.

1810. C. SCAPEL, préc., note 11, à la p. 127 ; Aff. *Erika*, préc., note 170, p. 140.

1811. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 156 (pdf).

1812. *Id.*, p. 153 (pdf). Voir aussi Christian SCAPEL, « Aspects juridiques et techniques de l'affaire Erika, l'une des leçons du naufrage de l'Erika, l'échec de la prévention », *Revue de droit commercial maritime, aérien et des transports* 77^e année. n°3.111.

Cela démontre qu'une compilation d'informations véridiques, mais incomplètes peut « pervertir » les systèmes de ciblage mis en place et, de cette manière, tromper la vigilance des autorités maritimes. Cet aspect est loin d'être rassurant lorsqu'on sait que la réforme NIR au sein du Paris MoU est fondée essentiellement sur ce système.

Cette faillibilité des MoU à remplir leur mission a aussi été évidente dans le cas du chimiquier italien *Ievoli Sun* qui avait pourtant lui aussi subi une inspection par l'État portuaire à peine une semaine avant son naufrage : quatorze défauts sécuritaires avaient été dénoncés obligeant alors le navire à être immobilisé pour mise en état de conformité¹⁸¹³.

Ces cas s'expliquent sans doute parce que le contrôle par l'État portuaire est réalisé par les MoU sous une forme essentiellement documentaire¹⁸¹⁴. Cette vérification superficielle est peu propice au contrôle d'aspects intangibles comme la structure du navire ou encore des conditions de travail et sociales à bord :

« Les contrôles de l'Etat du port peuvent s'efforcer de rétablir des règles impératives minimales; leur efficacité reste à démontrer sur le plan social ; les contrôles techniques du navire sont privilégiés, sans permettre d'appréhender le vieillissement des coques. Les qualifications, les conditions d'emploi, de travail et de rémunération de l'équipage ne donnent pas lieu à des contrôles effectifs, en dépit des textes adoptés »¹⁸¹⁵

Si le contrôle de la structure matérielle et architecturale des navires est complexe et lourde, cela l'est davantage lorsqu'il s'agit du contrôle des conditions de travail des équipages. En effet, même si le Paris MoU a développé les techniques de contrôle les plus performantes et qu'elle invoque l'application de la convention ILO n° 147, les pratiques d'inspection demeurent hésitantes à l'endroit des conditions de travail et de vie des marins¹⁸¹⁶. Inutile d'insister sur l'impossible mission des inspecteurs à recueillir les témoignages de marins qui ne souhaitent pas s'exprimer à ce sujet, surtout à des autorités étrangères. De plus, les contraintes de gestion notamment à l'endroit de l'administration des salaires et des droits sociaux des hommes d'équipage sont très variables d'un État du pavillon à l'autre, faisant souvent appel à des droits du travail obscurs ou plethoriques

1813. Louis BEAUMARD, « Un navire contrôlé le 23 octobre... », *Le Marin* 3 nov. 2000.4.

1814. *Supra*, p. 310.

1815. P. CHAUMETTE, préc., note 62, 83.

1816. *Id.*, 81. Voir aussi Rapport DONALDSON, préc., note 563, n° 11.28, p. 141.

Une autre critique à l'adresse de l'efficacité des MoU vise le manque de l'uniformité des contrôles autant au sein même de chaque réseau qu'entre eux. À cet égard, Jeremy M. S. Smith, secrétaire général du *Liberian Shipowners' Council*, invoque le manque d'homogénéité à tous les niveaux du contrôle par l'État portuaire qui empêche les MoU d'atteindre leurs objectifs d'enrayer l'insécurité maritime : « We know port state control is capricious, we know it is inconsistent between ports in the same area, let alone between different MOUs, and we regrettably know it has failed to eliminate sub-standard ships. »¹⁸¹⁷

Erik Jaap Molenaar rejoint cette même critique à l'égard du manque d'uniformité des contrôles à travers le monde. Pour lui, si l'effectivité des MoU est évidente, leur efficacité réelle n'est pas encore acquise¹⁸¹⁸. En outre, il va jusqu'à constater la persistance de la complaisance des contrôles dans les ports :

« Ports of convenience will continue to undermine these objectives until the remaining geographical gaps in global coverage are filled and the performance level of individual regional arrangements as well as inter-regional uniformity are adequate. Developing States will need considerable assistance if this goal is to be reached. »¹⁸¹⁹

L'efficacité des MoU est donc tributaire des ressources dont ces États membres peuvent disposer. Dans ces conditions, l'efficacité n'est pas la même pour tous les MoU du monde : « What about other memoranda on Port State Control around the world? While some Port State Control schemes could be successful in the medium to long term, other could just lead to an additional means of bribing at the expense of the shipowners. »¹⁸²⁰ On retrouve là encore une carence ridhibitoire que les MoU prétendaient pourtant surmonter par la coopération et une forme de mutualisation des ressources

À propos de cette question d'inégalité des contrôles selon la région visée par le MoU, Matthew Marshall explique l'inégalité de la qualité des contrôles entre les ports à la présence d'une corruption structurelle dans certaines régions liées au manque de ressources :

1817. J. M. S. SMITH, préc., note 515, p. 1.

1818. E. J. MOLENAAR, préc., note 264, à la page 207

1819. *Id.*, à la page 209. À cet égard, nous avons déjà constaté que ce type de phénomène avec le cas de la Georgie dans le cas du BS MoU et des Philippines dans celui du Tokyo MoU : *Infra.* p. 427 .

1820. R. SALVARANI, préc., note 496, 231.

« However, there are limits to the expansion possible. One of the main limits is the ability of a country to maintain a properly staffed, trained and paid inspection service; another, which is perhaps closely related, is the degree to which passing an inspection depends more on the quality of the ship than the inducements extracted by the inspectors. Even among the members of the Paris MOU some authorities inspection service does not seem to function properly, so if a system is introduced in less developed countries the likelihood is that it will be haphazard and of limited effectiveness. »¹⁸²¹

Au-delà de ces critiques sur le manque de ressources et les questions de corruption, le lien de causalité entre les contrôles réalisés dans le cadre des MoU et l'amélioration de la sécuritaire est remis en cause. À ce propos, Agustin Blanco-Bazan soutient pour sa part que cette corrélation peut être attribuable à une combinaison de facteurs, y compris l'intervention des MoU¹⁸²². George C. Kasoulides souligne que les statistiques du Paris MoU ne permettent nullement d'établir un lien direct et évident entre les deux phénomènes. Tout au plus, retient-il de ces données, que les navires sous normes récidivistes proviennent généralement de pays en voie de développement qui pratiquent la libre immatriculation, mais que des pays en voie de développement peuvent aussi avoir d'excellents résultats relativement à l'inspection sécuritaire des navires qui y sont enregistrés¹⁸²³.

En conclusion, il semble que l'efficacité des MoU ait à ce jour un bilan très mitigé. D'autant plus que les analyses réalisées sont fondées sur des données encore trop peu rigoureuses pour correctement affirmer ou infirmer que les MoU ont mis en place un système normatif efficace. Néanmoins, que ces réseaux puissent participer à l'effort de renforcement des normes de sécurité à bord des navires est une opinion généralement acceptée. Au surplus, malgré le caractère peccable des MoU¹⁸²⁴, il ne faut pas oublier que les contrôles qu'ils exercent est subsidiaire aux autres contrôles sécuritaires réalisés sur le terrain par d'autres intervenants qui, eux, sont responsable d'assurer la sécurité¹⁸²⁵. En d'autre terme, l'évaluation plus précise de l'efficacité des MoU exige d'avancer une autre méthode d'étude quantitative.

1821. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 13 (pdf).

1822. A. BLANCO-BAZAN, préc., note 204, à la page 228.

1823. G. C. KASOULIDES, préc., note 1794, p. 161-163. voir aussi M. CUTTLER, préc., note 243, 196.

1824. Y. LÉVESQUE, préc., note 505.

1825. H. YANG, préc., note 174, p. 98.

Chapitre 3

Méthode pour isoler la variable des MoU afin de mesurer leur incidence sur la qualité sécuritaire des navires commerciaux

L'effectivité des MoU et l'amélioration de la condition sécuritaire générale des navires de commerce depuis le début des années 1990 sont maintenant des éléments généralement admis. Toutefois, ces deux constats ne permettent pas d'établir à eux seuls une corrélation absolue qui témoigne de l'efficacité des MoU à améliorer la condition sécuritaire des navires de commerce. En fait, les prétentions d'effectivité doivent être confrontées à une étude empirique qui isole valablement l'incidence de la variable des MoU selon les meilleures analyses réalisables¹⁸²⁶. Sachant que chacun des MoU a été mis en vigueur à un moment différent, une enquête empirique comparative diachronique et géographique permettrait d'isoler leur incidence sur la sécurité maritime de la région. Or, afin d'identifier les éléments qu'une telle enquête implique, nous proposons de mener celle-ci, mais de manière rudimentaire. Par ce moyen, nous espérons non seulement identifier les embûches liées à la réalisation d'une telle enquête, mais aussi ajouter à notre analyse générale des résultats préliminaires concernant l'efficacité des MoU. Cette enquête exige dans un premier temps la détermination du type d'étude qui permettrait d'isoler l'incidence des MoU sur la sécurité. Dans un deuxième temps, un indicateur direct approprié à l'observation de l'évolution régionale de la sécurité maritime. Dans un troisième temps, la méthodologie quant au traitement des données doit être exposée. Dans un dernier temps, les résultats doivent être exposés sous forme de résultats graphiques pour chacun des MoU afin de faciliter le travail comparatif qui nous permettra de juger de l'efficacité des MoU.

1826. K. RAUSTIALA, préc., note 451, 398.

Section 1 Le choix d'une étude diachronique pour isoler la variable du contrôle par l'État portuaire

L'isolement d'une variable passe par la recherche d'une méthode d'analyse capable d'isoler le phénomène à l'égard d'autres variables. Or, le domaine de la sécurité maritime est très dynamique. D'ailleurs, un nombre croissant de normes visent des aspects diversifiés toujours plus nombreux et complexes. Ainsi, dans le cadre d'une analyse de l'effectivité des règles de coordination mises en vigueur par les MoU au regard de la sécurité maritime, des variables extérieures aux MoU peuvent biaiser les résultats.

Existence de plusieurs variables extérieures aux MoU qui sont issues de phénomènes globaux — Une grande quantité de variables peuvent influencer la condition sécuritaire de la flotte mondiale, laquelle influence à son tour les résultats d'inspection. Par exemple, Henri de Richemont souligne dans son rapport que le principe de la double coque d'abord prescrit par l'OPA puis par le Code ISM a contraint les armateurs à suivre des échéanciers pour remplacer les navires-citernes ce qui a eu l'avantage d'imposer un renouvellement rapide de la flotte mondiale de ce type de navire¹⁸²⁷. Cette régénération a probablement fait chuter le nombre de pétroliers sous normes, les plus vieux ayant été démantelés à la ferraille.

En fait, peu importe le type de navire, des changements normatifs et/ou économiques exercés à l'échelle globale peuvent inciter les armateurs à investir dans la sécurité des navires ou encore à remplacer ceux-ci par de nouvelles unités. Plus particulièrement, l'amélioration de la sécurité à bord des navires récemment constatée dans la littérature peut être attribuable à divers facteurs. En effet, cela pourrait être attribuable à la mise en œuvre de nouvelles mesures de réglementation du trafic maritime dans les zones les plus sensibles et au durcissement des normes internationales¹⁸²⁸, au resserrement des contrôles par les États du pavillon, les États du port ainsi que les assureurs¹⁸²⁹ ou encore à

1827. Rapport DE RICHEMONT, préc., note 312, p. 173 (pdf).

1828. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 49.

1829. Déjà en 1998, Matthew Marshall de l'*Insurance Institute of London* (IIL) soulignait que ce ne sont pas les contrôles par les États portuaires qui ont influencé la qualité des navires, mais plutôt les énormes pertes de 1990 et 1991 qui ont amené les assureurs à accroître leurs exigences :

un nouveau cycle mondial de renouvellement des navires découlant de la hausse du prix de la ferraille et du fret¹⁸³⁰. En bref, l'origine de l'amélioration de la sécurité à bord des navires peut être liée à différents facteurs internationaux ou à leur combinaison. Les MoU ne sont que l'un des éléments faisant partie du contexte. Si nous souhaitons affirmer qu'ils sont en tout ou en partie à l'origine d'une diminution du nombre de navires sous normes, il faut savoir isoler leur incidence de l'ensemble des autres variables.

Étude comparative diachronique et géographique — Les MoU ont été mis en vigueur à divers moments sur une période de plus de vingt ans, et ce, pour des régions géographiques différentes. Sur la carte n° 1, intitulée *La répartition géographique des MoU*, les différents MoU sont identifiés par des zones de couleur qui permettent d'apprécier la couverture régionale des MoU¹⁸³¹.

Ce contexte régional particulier autorise la réalisation d'une étude quantitative diachronique comparative sur le nombre de navires sous normes, et ce, entre chacune des régions concernées par un MoU. Dans l'hypothèse où la mise en œuvre d'un MoU est un événement qui force les armateurs à s'assurer du respect des prescriptions sécuritaires à bord de leur navire, chacune des régions visées par un MoU devrait voir diminuer le nombre de navires sous normes circulant dans les eaux de ses membres, et ce, quelques années après que le réseau fut mis en place. Ainsi, dans ce contexte, ce phénomène de diminution devrait être observable à différents moments, selon la date de mise en œuvre du MoU. Dans la mesure où ce phénomène hypothétique se produirait, il sera possible d'affirmer que le contrôle coordonné des MoU forme une variable indépendante qui influence le niveau général de la sécurité maritime. Ainsi, l'efficacité des MoU peut se démontrer dans la mesure où la sécurité maritime s'améliore. À l'égard de cet élément, il reste à trouver un indicateur représentatif.

« This regime continued for several years but in retrospect it is clear that it had little or no effect. As we know only too well in this market, ship quality continued to deteriorate until the heavy losses of 1990 and 1991 helped turn the marine hull insurance market round and gave our surviving underwriters the incentive to introduce pre-attachment Salvage Association surveys. » : M. MARSHALL, préc., note 244, p. 3 (pdf).

1830. *Supra*, p. 135

1831. Voir la carte n° 1 intitulée *La répartition géographique des MoU* : *supra*, p. 91

Section 2 La recherche d'un indicateur direct qui exprime valablement la variable sécuritaire des navires

Dans le cadre d'une enquête empirique, il est important d'identifier l'indicateur qui, dans les conditions de l'enquête, exprime le mieux l'objet dont nous souhaitons étudier l'évolution. Dans ce cas-ci, la sécurité maritime comme objet d'étude est au centre de nos préoccupations et nous souhaitons observer son évolution dans le temps à l'intérieur d'espaces régionaux. Autrement dit, nous souhaitons évaluer la présence de navires sous normes puisque leur présence est inversement proportionnelle à l'existence d'une situation sécuritaire. En effet, moins ils sont nombreux et plus il est facile d'affirmer que la sécurité est présente dans la région. Le lien entre la sécurité maritime et le respect des prescriptions sécuritaires est évident. L'indicateur qui doit être associé à ce phénomène devrait permettre la quantification la plus représentative au plan statistique, et ce, tout en étant le plus simple possible pour éviter de biaiser les données par des variables extérieures¹⁸³². Plusieurs indicateurs abordés par la littérature s'offrent à nous, mais à défaut de respecter ces deux paramètres essentiels, nous risquons d'apprécier le mauvais phénomène.

Le taux d'immobilisation des navires est un indicateur trop indirect — Le taux d'immobilisation des navires sur le nombre total d'inspections réalisées annuellement par les États membres d'un MoU a été utilisé par Jean-Yves Le Driant comme indicateur de la sécurité maritime : « Dans l'ensemble, quel que soit le nombre exact de navires inférieurs aux normes, chacun s'accorde à reconnaître leur prolifération au sein de la flotte mondiale. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux statistiques des navires détenus dans les ports pour déficiences et non respect de la réglementation. »¹⁸³³ Toutefois, la prétention qu'une diminution des taux annuels d'immobilisation sur une longue période découle nécessairement de l'amélioration de la condition sécuritaire des navires est simpliste puisque cet indicateur implique d'autres variables qui sont indésirables à cette étape de l'analyse. À cet égard, Matthew Marshall souligne que les taux d'immobilisation publiés par les MoU présentent d'abord l'activité d'immobilisation des autorités maritimes

1832. O. R. YOUNG, préc., note 1026, à la page 96.

1833. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 89. Voir aussi l'utilisation de cette technique pour invoquer l'efficacité des MoU : *supra*, p. 516-520.

membres plutôt que la qualité même des navires¹⁸³⁴. Or, nous l'avons déjà constaté, la quantité et la qualité des inspections sont loin d'être uniformes que ce soit au sein même d'un MoU et entre les MoU. À cet égard, le nombre et les taux d'immobilisation peuvent varier considérablement¹⁸³⁵. Tout cela est sans compter l'existence des activités d'inspections ponctuelles qui sont établies selon des priorités concertées entre les partenaires ainsi que les pratiques abusives et dissimulées liées à la corruption des inspecteurs. Tous ces éléments peuvent directement influencer les données statistiques prétendument associées à la présence de navires sous normes¹⁸³⁶. Ainsi, les taux d'immobilisation sont liés non seulement à la condition sécuritaire des navires, mais ils sont aussi indissociables des aspects organisationnels ou subjectifs des inspecteurs : « One of the biggest problems to overcome is the danger that detentions reflect the priorities of the inspectors at the time of inspection. »¹⁸³⁷ Conséquemment, contre toute apparence, le taux d'immobilisation est un indicateur indirect de la qualité des navires dont l'usage est susceptible de fausser les conclusions sur l'efficacité des MoU. D'autres indicateurs sécuritaires pourraient aussi être abordés étant donné qu'ils font référence à un phénomène extrinsèque aux activités des MoU. Ainsi, un événement survenu à bord d'un navire, comme la rupture de coque, serait un indicateur de la mauvaise condition de ce dernier.

Le nombre de cas de rupture de coque — Il faut privilégier des indicateurs directs qui expriment bien la condition sécuritaire à bord. Or, Jean-Yves Le Driant dans son rapport suggère de considérer aussi les accidents causés par une rupture de coque comme indicateur de la mauvaise qualité des navires¹⁸³⁸. Le lien entre cet indicateur et la condition matérielle déficiente des navires sous normes paraît évident. Toutefois, l'usage de cet indicateur est hautement improbable. D'une part, la portée de cet indicateur se limite seulement à la condition structurelle du navire. Or, l'innavigabilité du navire peut être liée à d'autres types d'avaries (panne au groupe moteur/générateur, aux radars, aux systèmes propulsifs et de direction), au manque de matériel lié à la préservation du navire (équipement de lutte contre l'incendie) ou encore au manque de formation et/ou de

1834. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 7 (pdf).

1835. *Supra*, p. 415 et s.

1836. M. MARSHALL, préc., note 244, p. 7 (pdf).

1837. *Id.*, p. 7 (pdf). D'ailleurs, la subjectivité de l'inspecteur a déjà été abordée : *supra*, p. 438.

1838. Rapport LE DRIANT, préc., note 11, p. 50.

conditions de travail adéquates du personnel navigant (certificats, langue de travail commune, heures de veille). Ainsi, la rupture de coque a l'inconvénient intrinsèque d'être un événement trop précis qui exclut beaucoup de situations de navires sous normes. D'autre part, ce type d'événement n'est pas comptabilisé dans une base de données centralisée. Or, l'uniformité de la comptabilisation des événements est importante et il faut privilégier une base de données unique. Ainsi, pour des raisons qui sont aussi matérielles, la rupture de coque n'est pas un fait propice à la constitution d'un indicateur de la sécurité maritime. D'ailleurs, sur l'aspect matériel des sources, le nombre de marins morts ou le tonnage disparu en mer sont des faits compilés rigoureusement dans les bases de données.

Le nombre de marins morts en mer ou le tonnage disparu — Les statistiques sur le nombre de morts et le tonnage disparu se présentent au premier abord comme des indicateurs intéressants pour exprimer l'existence de navires sous normes dans un secteur. Toutefois, les statistiques qui découlent de ces deux indicateurs peuvent faire l'objet d'amplitude accentuée. En effet, tous les navires n'ont pas le même nombre de personnes à bord. Par conséquent, le naufrage d'un navire de passagers peut entraîner un nombre très élevé de décès ce qui brouille à coup sûr la moyenne annuelle des décès en mer. La même logique s'applique au tonnage des navires puisque le naufrage de gros navires implique une augmentation importante du tonnage perdu annuellement. Qui plus est, la qualité des secours – rapidité et importance des moyens mis en œuvre en matière de sauvetage et d'assistance maritime – n'est pas uniforme entre les pays ou les régions. Il s'agit d'une variable extérieure qui pervertit l'analyse statistique qui découle des données de ces deux indicateurs : le nombre de morts ou la quantité de tonnage perdu risque d'être inversement proportionnel à la qualité et la quantité des moyens mis œuvre pour sauver les navires et les gens à son bord. Ainsi, l'usage de ces indicateurs viserait autant la situation sécuritaire des navires que celle des services de secours. Dans ces circonstances, il est risqué d'utiliser ces indicateurs. Au surplus, Philippe Boisson déplore le manque de fiabilité des statistiques données sur les décès et les blessures survenus en mer, celles-ci étant incomplètes et leurs sources étant aussi trop disparates¹⁸³⁹. Par contre, d'autres bases de données traitent des

1839. P. BOISSON, préc., note 3, n° 6, p. 13.

déversements de pétrole, appelés communément marées noires, lorsque des pétroliers sont impliqués dans les accidents.

Le nombre de marées noires — Le nombre de marées noires serait aussi un indicateur de la condition sécuritaire des navires. L'obtention des données utiles à l'étude empirique serait aisée à obtenir. En effet, la comptabilisation et la description des circonstances entourant les marées noires sont, selon Philippe Boisson, accessibles par trois organismes : le *Groupe conjoint d'experts sur les aspects scientifiques de la pollution marine* (GESAMP), un organisme intergouvernemental issu de huit institutions spécialisées des Nations Unies; l'*International Tanker Owners Pollution Federation* (ITOPF), ou encore de manière ponctuelle, l'*Advisory Committee on Protection of the Sea* (ACOPS)¹⁸⁴⁰. Par contre, si l'analyse statistique visant le nombre de marées noires survenues dans une région est un autre indicateur potentiel, il reste qu'elle a l'inconvénient de ne viser qu'une seule catégorie de navires, à savoir les pétroliers. Or, il est hasardeux de penser qu'elle est ou serait nécessairement représentative de la condition sécuritaire de l'ensemble de la flotte mondiale, du vraquier au paquebot. En fait, cet indicateur est trop spécifique aux pétroliers et peut être influencé par des variables extérieures qui visent uniquement ce type de navire comme les exigences entourant la double coque qui sont prescrites par le Code ISM ou encore l'OPA 1990. D'autres indicateurs qui ont le potentiel d'exprimer le niveau de sécurité à bord des navires sont associés aux pertes matérielles à l'issue d'événements de mer.

Les avaries communes ou les demandes d'indemnisation d'assurance — Les statistiques sur les avaries communes ou les demandes d'indemnisation auprès des assureurs constituent aussi des données intéressantes sur les niveaux de sécurité de la flotte commerciale mondiale. Par contre, les sources associées à ces indicateurs donnent essentiellement des informations sur la nature de l'origine des pertes (défaillance de machines, abordage, guerre, panne, incendie, etc.). Il faut aussi préciser que les données sur les avaries communes sont précises, mais qu'elles sont encore trop récentes pour faire

1840. *Id.*, n° 9, p. 15.

ressortir une quelconque évolution dans le temps¹⁸⁴¹. Par contre, un autre indicateur associé aux pertes est envisageable, c'est la perte du navire lui-même.

Le naufrage est un indicateur direct de la condition sécuritaire des navires — Il est évident que les sinistres maritimes peuvent être associés à la mauvaise condition sécuritaire des navires puisque ceux en mauvais état ou ayant un équipage incompetent sont susceptibles de faire naufrage. Ainsi, la perte des navires en exploitation est un indicateur direct de la variable liée à la sécurité des navires : « [i]f standards have declined as dramatically [...], it would be reasonable to expect that this decline would be reflected in the accident rates »¹⁸⁴². D'ailleurs, plusieurs auteurs ont déjà utilisé la perte de navire comme un indicateur lié au niveau de sécurité à bord des navires¹⁸⁴³.

La notion de « naufrage » que nous souhaitons utiliser comme indicateur s'interprète largement puisqu'il faut comprendre tous les événements accidentels de navires à flot et en service¹⁸⁴⁴ et dont la conséquence est la radiation des registres maritimes. Cette radiation est décidée parce que le navire a disparu en mer, qu'il est devenu une épave ou encore qu'il est démantelé pour sa ferraille – souvent en raison de son incapacité à reprendre la mer et de l'importance des coûts de réparation –. Cette notion de naufrage a donc l'avantage d'être une notion générale qui vise toutes les causes de sinistres en mer à l'égard de tous les types de navires. À l'exception des situations d'attaques armées, un lien direct peut être établi entre le naufrage et la sécurité maritime. Même les naufrages liés à des conditions météorologiques extrêmes sont en relation avec la condition sécuritaire des navires compte tenu de leur capacité à affronter les intempéries ou du moins de recevoir des messages d'alerte pour être détournés aux fins de protection. Or, ces données particulières

1841. Ce type de statistique est publié par l'*International Union of Marine Insurance (IUMI)* et à l'*Institute of London Underwriters (ILU)* : *Id.*, n° 7-8, p. 13-14.

1842. D. BELL, préc., note 237, 368.

1843. J. HARE, préc., note 7, 592 ; K. X. LI et J. WONHAM, préc., note 582, 141.

1844. Au sens général le naufrage fait référence à la « perte totale ou partielle d'un navire par un accident de navigation » : *Petit Robert*, préc., note 398. Alain Le Bayon souligne que le naufrage consiste principalement dans la rupture du navire sous l'action des flots (*Navis fractio*). Il peut s'agir également de la submersion totale du navire sans qu'il y ait eu bris de celui-ci » : A. LE BAYON, précité, note 85, p. 175. À notre sens la notion de naufrage tel que nous souhaitons l'utiliser correspond à la notion d'« événement de mer » telle qu'elle est défini à l'article 3 de la *Convention d'Athènes de 2002 relatives au transport par mer de passagers et de leurs bagages. Texte consolidé de la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages et du Protocole de 2002 de la convention*, préc., note 139.

sont clairement identifiables et peuvent être retranchées de notre étude. Ainsi, le caractère direct et général du naufrage fait de celui-ci le meilleur indicateur envisageable pour mesurer la présence de navires sous normes dans une région. Au-delà de ce choix d'indicateur, il faut établir une méthodologie pour isoler au mieux l'incidence des MoU.

Section 3 Méthodologie d'une étude empirique sur l'efficacité des MoU

L'étude diachronique qui doit établir l'efficacité des MoU à repousser les navires sous normes de la région, donc les naufrages, exige l'analyse d'une grande quantité de données empiriques. Afin d'isoler au mieux la variable à analyser tout en faisant preuve de transparence, le traitement des données exige un cadre méthodologique. Dans un premier temps, la source de données la plus pertinente doit être identifiée, et ce, parmi toutes celles qui sont disponibles. Dans un deuxième temps, il faut déterminer les MoU ainsi que la période qui sont visés par notre analyse. Dans un troisième temps, il faut exposer les critères de sélection utiles des navires naufragés. Dans un quatrième temps, il faut aussi déterminer les critères qui permettent d'établir le lien de proximité entre un naufrage et un État côtier et ainsi de retrancher les cas de naufrages trop éloignés qui ne sont pas pertinents.

Sous-section 1 Le cadre général de l'étude empirique

L'étude quantitative sur l'efficacité des MoU n'est possible que si des données empiriques sont disponibles et les limites d'analyse sont bien délimitées. Premièrement, il faut identifier une source de données qui sont utiles. Deuxièmement, il faut déterminer au plan géographique les MoU qui sont couverts par notre étude. Troisièmement, la période d'analyse doit être délimitée.

Identification de la source de données pour répertorier les naufrages — La *Lloyd's Register of Shipping* de Londres produit depuis longtemps une publication annuelle intitulée *World Casualty Statistics*. Au premier appendice se trouve un tableau de données

intitulé *Total Losses where the Initiating Event Occured* (tableau *Total Losses*). Il offre des détails sur les circonstances qui entourent les naufrages qui sont survenus à travers le monde : le nom du navire, sa spécialisation, sa nationalité, les marchandises transportées, son tonnage brut, sa capacité de charge (*deadweight*), la date de sa construction, la cause de l'accident ainsi qu'un numéro associé à la zone géographique où est survenu l'accident. Ces données brutes sont accompagnées d'un texte indiquant les circonstances entourant l'accident avec, accessoirement, le nombre de décès et de disparus survenus à la suite de cet évènement. De plus, cette rubrique offre généralement des précisions très utiles sur l'endroit où s'est déroulé l'accident que ce soit par des coordonnées maritimes exprimées en degrés et minutes de latitude et de longitude et/ou une information sur la proximité d'un lieu nommé tel qu'une ville, une plage, une baie ou un détroit. Cette information est parfois accompagnée d'une distance exprimée en miles marins (nm), en miles (mi) ou encore en kilomètres (km). Il faut préférer cette source produite par la Lloyd's à celle offerte par l'ILU dans ses rapports annuels. En effet, cette dernière tient uniquement compte des navires de plus de 500 tonneaux en jauge brute (tjb) et comprend toutes les pertes réelles ou assimilées. Ces éléments peuvent biaiser les données statistiques puisque les navires de faible tonnage sont écartés; de plus, les navires en fin de vie sont aussi comptabilisés puisque ce sont les navires qui, selon les assureurs, ne justifient plus d'être réparés¹⁸⁴⁵. Au-delà de la source sélectionnée, il faut déterminer les régions que nous souhaitons traiter afin de délimiter le cadre géographique de notre étude.

Les MoU retranchés de l'étude — Il est nécessaire de soustraire des MoU de notre enquête. À l'évidence, le Ryadh MoU est beaucoup trop récent pour permettre de faire ressortir des données quantitatives qui concernent son efficacité. Par ailleurs, le Paris MoU est un autre cas à retrancher de l'étude, mais pour des raisons inverses. En effet, ce réseau a été signé en 1982. Or, jusqu'en 1995, sa mise en œuvre a été très progressive. Durant longtemps, les règles concernant la coordination du contrôle étaient beaucoup moins précises qu'aujourd'hui. Par ailleurs, depuis 1995 des directives européennes sont venues renforcer la coordination du contrôle par l'État portuaire par des règles positives qui dépassent substantiellement les mesures mises en œuvre par les règles des MoU. En outre,

1845. P. BOISSON, préc., note 3, n° 5, p. 12.

ces directives ont entraîné, nous l'avons constaté, un véritable bouleversement au plan de l'effectivité interne. Au surplus, le Paris MoU est un réseau qui a connu une augmentation importante du nombre de partenaires, et ce, tout au long de son histoire. En 2010, ce MoU diffère grandement de ce qu'il était en 1982. Cette transformation graduelle, mais radicale, fait croire que la mise en œuvre du Paris MoU n'engendrera aucun « choc » dans l'évolution du nombre annuel de naufrages. Il faut plutôt croire que l'amélioration de la sécurité à bord des navires est associée à un certain continuum régulièrement ponctué par de nouvelles mesures et par l'arrivée de nouveaux partenaires. Ces éléments ont pu influencer sur la dynamique régionale de contrôle. De toute manière, le Paris MoU ne peut faire l'objet d'une véritable étude diachronique puisque, comme nous le verrons immédiatement, les données datant d'avant 1985 font l'objet de sérieuses réserves quant à leur fiabilité. En fait, la situation sécuritaire d'avant 1982 ne serait pas représentative. Il faut donc s'en tenir à une étude qui vise l'incidence sécuritaire de l'Accord de Viña del Mar, du Tokyo MoU, du C MoU, du Med MoU, de l'IO MoU, de l'Abuja MoU et BS MoU. L'autre délimitation du cadre de l'enquête correspond à la période visé par l'analyse.

La période d'analyse — La publication du *World Casualty Statistics* de la *Lloyd's Register* existe depuis longtemps. Les données sur les naufrages y sont présentes depuis 1974. Toutefois, avant 1984, le nombre de naufrages traités et la précision des renseignements fournis sont fortement limités. Vraisemblablement, cette base de données était en voie de formation et les événements de mer ne semblent pas tous y être systématiquement répertoriés par rapport aux données qui sont actuellement disponibles. À partir de 1984, au terme de plusieurs changements, le tableau *Total Losses* revêt un traitement comparable à nos dernières données, celle de 2004, que nous possédons. Évidemment, ce constat est intuitif puisque la fiabilité des données et les conditions de leur traitement ne sont pas mentionnées par la *Lloyd's Register*.

Pour permettre une étude diachronique, l'analyse exige le traitement de données antérieures à la mise en place d'un MoU. Or, pour notre étude empirique, nous proposons de mener l'enquête pour la période s'étendant de 1990 à 2004 inclusivement. Ce choix méthodologique se justifie pour deux raisons. D'une part, le Paris MoU étant écarté de notre étude pour les diverses raisons invoquées, il est peu utile, à ce stade, de remonter loin

dans le temps pour dénombrer les naufrages. Ainsi, en utilisant l'année 1990 comme année de départ de notre analyse, nous établissons une période témoin qui, à notre sens, est tout juste suffisante pour constater si une diminution ultérieure du nombre de naufrages a pu être réalisé. D'autre part, ce choix méthodologique est aussi justifié par le manque de fiabilité que nous inspirent les données antérieures à 1985 qui sont offertes par le tableau *Total Losses*. Il va sans dire qu'en limitant la période d'analyse au minimum, non seulement nous limitons l'étendue des données à traiter, mais en plus nous réduisons d'autant les risques associés au manque d'uniformité et de fiabilité des données répertoriées que nous utiliserons. Toutefois, les données les plus récentes dont nous disposons sont liées à des naufrages survenus en 2004.

En bref, cette source documentaire offre un foisonnement de renseignements, mais seulement certains d'entre eux sont pertinents à notre étude. Une méthodologie systématique doit être utilisée pour assurer la sélection de données.

Sous-section 2 Critères de sélection et circonstances de naufrage des navires devant être répertoriés

Les MoU visent le contrôle coordonné de la sécurité des navires de commerce étrangers qui circulent en haute-mer d'une région du globe à l'autre; les autres navires ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un contrôle coordonné par ces réseaux. Une étude sur l'efficacité des MoU exige donc que l'analyse se focalise sur le premier type de navire dans un contexte où le naufrage peut impliquer des éléments liés à la sécurité. Autrement dit, les navires qui ne sont pas en lien avec ce contexte sont susceptibles de faire du « bruit » dans les résultats statistiques s'ils sont considérés. Ce principe de sélection des données améliore l'acuité de l'étude. Par conséquent, la différenciation des navires et des naufrages à répertorier doit être, dans le premier cas, réalisée en fonction de la spécialisation ainsi que du tonnage et dans le second, en fonction du caractère volontaire ou non de l'événement de mer.

La sélection des navires en fonction de leur spécialité — La sélection des données présentes dans le *Total Losses* doit d’abord inclure les navires susceptibles de faire des voyages intercontinentaux puisque la coordination d’inspection des navires par les MoU vise les navires de commerce étrangers en escale dans les ports de la région. Les navires susceptibles de faire du cabotage ou encore s’adonnant à diverses opérations au large de leur port d’attache doivent être écartés de notre étude. Il s’agit principalement des navires de pêche (*fish catching*), des remorqueurs (*towing/pushing*), des dragueurs (*dredging*), des navires de recherche (*research*) ou encore des installations maritimes fixes comme les plateformes pétrolières. Parfois, le tableau *Total losses* révèle que le navire est un voilier ou qu’il s’agit d’un navire dont la coque est en bois. Ces types de navires doivent aussi être rejetés de notre étude compte tenu de leur nature particulière. En fait, les navires sélectionnés pour l’étude sont les cargos (*general cargo, ro-ro cargo, refrigerated cargo*), les pétroliers (*crude oil tanker, oil products tanker*), les navires-citernes (*other liquids, gas tanker*), les chimiquiers (*chemical*), les vraquiers (*bulk dry, self-discharging bulk dry, other bulk dry*), les navires de passagers (*passenger/general cargo, passenger/ro-ro cargo, passenger (cruise), passenger ship*)¹⁸⁴⁶. La sélection doit aussi s’exercer à l’endroit de la taille du navire, donc de son tonnage.

La sélection des navires en fonction de leur tonnage — Le MoU coordonne le contrôle des normes sécuritaires internationales qui visent généralement des navires dont le tonnage en jauge brute (tjb) est suffisamment grand pour faire du transport international. Des instruments internationaux peuvent mentionner un tonnage minimal à partir duquel les normes s’appliquent¹⁸⁴⁷. L’analyse préliminaire de nos données nous indique que des navires de 300 tjb sont en mesure de réaliser des voyages entre différents pays, mais que les navires de moins de 500 tjb se révèlent, dans beaucoup de cas, être des caboteurs¹⁸⁴⁸. Par ailleurs, il faut savoir que plusieurs armateurs évitent d’enregistrer leur navire dans une

1846. Au surplus, le Tokyo MoU indique dans son texte constitutif que l’inspection des navires par les autorités maritimes qui en sont membres doit être dirigée prioritairement sur ces types de navires : Tokyo MoU.

1847. Les conventions fixent des seuils pour l’application de ces dispositions - L.L.1966 avec 150 tjb, SOLAS avec 500 tjb, Marpol avec 150 tjb pour les pétroliers - : P. BOISSON, préc., note 3, n° 317, p. 170.

1848. D’ailleurs, lors du traitement préliminaire des données empiriques, nous avons pu constater l’existence de nombreux naufrages de navires de moins de 300 tjb dans les eaux côtières du Japon. Ces navires sont souvent en situation de cabotage, passant d’un port japonais à un autre.

catégorie supérieures en ce a trait à l'importance du tonnage pour des raisons de charges liées à la taxation, aux frais administratifs et aux coût d'assurance. Par exemple, il est courant de trouver dans les registres, des navires dont le tonnage inscrit est de 399 tjb plutôt que de 400 tjb. Considérant ces éléments, les navires doivent être sélectionnés en fonction d'un minimum de tonnage pour épurer nos données d'un maximum de navire effectuant du cabotage tout en espérant conserver le plus grand nombre de navires commerciaux faisant des voyages internationaux. De manière tout à fait discrétionnaire, nous avons tranché ce critère de sélection à 350 tjb. Par ailleurs, les circonstances du naufrage décrites par la base de données permettent de faire la sélection des navires selon d'autres critères.

Tous les cas de naufrages sont pertinents sauf ceux associés à des questions de sûreté maritime — Aux fins de notre étude sur l'efficacité des MoU, il faut seulement retenir les cas de naufrage dont les circonstances de perte est susceptibles d'avoir un lien avec la sécurité maritime, donc un lien potentiel avec le contrôle de la sécurité exercé par les MoU. À la lecture du tableau, nous pouvons constater que plusieurs événements accidentels peuvent être à l'origine d'un naufrage : un abordage (*collision*), une défaillance (*hull/machinery*), un incendie (*fire/explosion*), un échouement (*wrecked/stranded*), une disparition (*missing*), un contact (*contact*) ou encore simplement que le navire ait coulé pour quelque raison involontaire que ce soit (*foundered*). Toutes ces causes sont autant de facettes à la notion de naufrage accidentel et doivent être retenues aux fins de notre étude. Par contre, les pertes de navires à la suite d'activités violentes doivent être rejetées. Il s'agit notamment des naufrages causé par des conflits armés, de la piraterie, du trafic de stupéfiants ou encore du trafic d'humains. En effet, dans ces circonstances, le navire et les personnes à bord sont victimes d'une action volontaire qui met hors de cause la condition sécuritaire du bâtiment. Tout au plus, ces événements sont en lien avec des prescriptions de sûreté maritime qui ne font pas nécessairement l'objet d'un contrôle par les MoU.

Par ailleurs, soulignons dès maintenant que les précisions sur les circonstances de perte accidentelle peuvent être utiles à notre étude pour établir un lien de proximité avec une côte ou un port. En effet, non seulement des naufrages peuvent être écartés sur la base du type de navires ou d'accident, mais une autre sélection des naufrages doit être réalisée en fonction du lien de proximité avec les MoU.

Sous-section 3 **La sélection des naufrages selon le critère du lien de proximité**

L'évaluation de l'efficacité des MoU comporte une dimension géographique puisqu'il faut apprécier la capacité de chacun d'entre eux à atteindre l'objectif d'amélioration de la condition sécuritaire des navires qui circulent dans leur région. Conséquemment, un lien de proximité entre le naufrage et un pays membre d'un MoU visé par l'étude doit être établi. Dans la mesure où le lieu de départ ou de destination des navires qui ont fait naufrage est connu, il faut privilégier ces lieux d'escale. En effet, l'hypothèse que les navires étaient et/ou auraient été sous le régime de contrôle d'un État portuaire est renforcée. Si le lien de proximité avec un MoU ne peut être établi avec une escale, celui-ci devrait être établi avec l'État côtier le plus proche du lieu de naufrage. De là la nécessité d'établir une méthodologie qui encadre la détermination du lien de proximité selon les divers renseignements pertinents offerts par le tableau *Total Losses*.

Priorité du lien de proximité établi selon le lieu d'escale — Aux fins de l'analyse envisagée, il s'agit de répertorier les navires naufragés selon leur lien de proximité avec un État membre d'un MoU. Or, ce lien est direct lorsque le navire a réalisé une escale dans un port de départ ou, subsidiairement, lorsque l'escale a été planifiée en étant nommée comme lieu de destination. Autrement dit, un navire part ou arrive dans un port, il est susceptible d'y subir un contrôle de la sécurité à son bord. Lorsque le lieu de départ et/ou le lieu de destination sont mentionnés, le premier est retenu dans la mesure où l'État du port auquel il réfère fait partie d'un MoU autre que le Paris MoU, sinon c'est l'État de destination qui doit être retenu. Soulignons d'emblée qu'après 1994, la rubrique portant sur les circonstances de l'accident du tableau *Total Losses* mentionne très rarement les lieux de départ et de destination des navires qui ont été victime d'un naufrage. Conséquemment, il faut établir une présomption de fait voulant qu'un navire près des côtes d'un État y a planifié une escale, sinon une escale dans un port de la région.

Un lien de proximité axé sur la distance de 200 nm du régime de la ZEE — À défaut de connaître les lieux de départ et destination des navires naufragés, un lien de proximité indirect peut être établi avec un État côtier. En effet, le navire se trouvant près de ses côtes peut faire l'objet d'une présomption qu'un des ports de cet État était son lieu

départ ou de destination. Évidemment, nous pourrions évoquer le fait que le navire n'était qu'en situation de passage inoffensif vers un autre État, mais probablement que ce dernier n'est pas si éloigné et qu'il fait partie de la région du MoU visé par l'étude. N'oublions pas que les naufrages répertoriés sont ultimement associés à un MoU et non à un État. Ce dernier sert seulement d'intermédiaire pour établir cette association.

La principale difficulté concerne l'établissement d'un facteur d'éloignement raisonnable. En effet, à partir de quelle distance pouvons-nous juger qu'un navire a coulé près du littoral d'un État? La distance de 200 nm, ou 370,4 km, à partir des lignes basses de la côte sur laquelle se base la ZEE, offre un critère de proximité raisonnable et juridiquement admis pour qu'un État côtier exerce une quelconque forme de prérogative sur la zone maritime¹⁸⁴⁹. D'ailleurs, au-delà de cette distance, ce sont les eaux internationales libres de toute compétence territoriale. À l'opposé, un critère de proximité plus exigeant axé sur la mer territoriale de 12 nm ou même la zone contiguë de 24 nm aurait considérablement réduit le nombre de naufrages utiles à notre enquête, au point de menacer la fiabilité des statistiques. En fait, à part les cas relatifs à la circulation dans les détroits ou les rails de navigation, cela rejoint cette présomption voulant que la circulation d'un navire à une distance moindre des 200 nm des côtes soit généralement liée à une escale portuaire. Par contre, le lien de proximité basé sur une distance maximale de 200 nm entre le naufrage et l'État portuaire n'est pas absolu, d'autant plus que dans une même région, il peut exister des États qui n'ont pas adhéré au MoU :

« Amongst the criteria for implementation of regional port state control, universality of membership is essential for effective regionalism. The absence of maritime players in a region in effect creates "pockets" or enclaves, which trade internationally at a regulatory advantage, over neighboring or other states. Enclaves may range from important entrepôt bulk and liner trade centres, to small island entities, which have become significant cruise-liner ports of call, or, marine leisure centres. The effect of membership, both in the sense of the number of parties and implementation of conventions, is particularly evident in the case of the Tokyo MOU. Important signatories but non-participants in the Tokyo MOU include Philippines and Vietnam. A major non-member is Taiwan, which, contributes to the removal, in effect, of a large amount of Asia-Pacific liner container shipping. In the Caribbean MOU, non-participants include Bermuda and several small island entities, some of which are major flag states; others are potentially important port states, such as St. Vincent and the Grenadines. Although they have very limited marine administrations, it should be

1849. *Extraits de la conférence de presse conjointe du Président de la République et de M. Jose Maria AZNAR, président du gouvernement espagnol, à l'issue du sommet franco-espagnol*, Malaga, 26 nov. 2002, en ligne : <http://www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/francais_archives/les_dossiers/environnement/documents/26-11-2002_extraits_de_la_conference_de_presse.21402.html> (consulté le 22 mars 2010). F. GROSRICHARD, préc., note 238 ; M. ROYO, préc., note 238.

added here that even though a regional organization may have complete or near complete membership, the effect of “enclaves” is also found as a result of legislative “unevenness” resulting from differing implementation of international conventions. »¹⁸⁵⁰

Ainsi, les résultats de notre étude peuvent être faussés par des cas de navires répertoriée dans notre étude en raison de leur naufrage au large d’États membres de MoU alors que dans les faits ces navires n’ont fait l’objet d’aucun traitement par les réseaux MoU concernés; ces navires n’étant que de passage dans des zones maritimes qui sont étrangères aux ports d’escale :

« Les Etats-Unis et l’Union européenne n’ont pas à faire face aux mêmes défis, et ce, pour de multiples raisons, dont la première est que la plupart des bateaux entrent dans les eaux américaines pour charger ou décharger dans un port américain (où ils peuvent être inspectés) alors qu’en Europe, un très grand nombre de navires ne fait que longer les côtes des États membres, par exemple de la Baltique à Gibraltar à destination d’un port de l’hémisphère sud (comme le Prestige). »¹⁸⁵¹

Nous croyons que cette situation de simple passage des navires reste, dans l’ensemble, une situation limitée. Compte tenu du caractère rudimentaire de notre étude, nous priorisons encore la proximité du naufrage avec l’État côtier qui serait membre d’un MoU.

Un autre problème concerne les territoires outremer d’un pays comme la France¹⁸⁵² puisque ces territoires ne sont pas nécessairement soumis aux obligations du MoU auquel appartient le territoire métropolitain. Afin d’éviter la confusion, nous retranchons de notre étude les naufrages qui sont intervenus à l’intérieur ou au large de ces territoires.

En bref, les navires coulés à l’intérieur de 200 nm à partir des États membres de l’un des MoU visés par l’étude¹⁸⁵³ peuvent être considérés comme des données utiles à notre travail de compilation des données. Pour des raisons pratiques, il est préférable de

1850. R. P. BARSTON, préc., note 1097, à la page 96.

1851. F. VALLAT, préc., note 555, 6.

1852. En plus de son territoire métropolitain, la France est composée de territoires outremer visés par d’autres MoU que le Paris MoU : Saint-Martin, la Guadeloupe et la Martinique sont des territoires de la région du C MoU ; Mayotte et l’Île de la Réunion sont dans la région de l’OI MoU, La Guyanne française dans la région de l’Accord de Viña del Mar ; la Polynésie française, la Nouvelle-Calédonie ainsi que Wallis-et-Futuna sont dans la région du Tokyo MoU. Par contre, Saint-Pierre et Miquelon restent dans la région du Paris MoU.

1853. Les pays membres du Riyadh MoU ne peuvent être considérés dans cette étude empirique étant donné que ce mémorandum est opérationnel depuis une trop courte période pour être significative au plan statistique.

convertir toutes les distances dans une unité commune, en l'occurrence le mille marin¹⁸⁵⁴. De cette manière, lorsque la distance avec la côte, ou du moins un élément nommé de la côte, est précisée, il est aisé de déterminer si le naufrage a eu lieu à l'intérieur d'une distance de 200 nm. Il reste que les distances entre le lieu du naufrage et les côtes ne sont pas toujours précisées dans le tableau *Total Losses*. Souvent, seules les coordonnées maritimes exactes ou une indication approximative offrent des informations géographiques sur les lieux du naufrage. Ainsi, un travail d'interprétation préliminaire des données brutes devient important pour établir le lien de proximité recherché. Certaines présomptions doivent être établies à cet égard.

Les présomptions de fait sur la proximité entre un naufrage et la côte d'un État sur la base d'indications approximatives — La description des circonstances de naufrage ne comporte aucun renseignement précis sur les distances à partir d'un élément de la côte. En dépit des renseignements géographiques succincts et approximatifs qui sont offerts par le tableau *Total Losses*, plusieurs renseignements sont néanmoins exploitables dans la mesure où les présomptions de proximité acceptable sont convenablement établies. Plusieurs cas de figure se présentent :

- le naufrage est survenu dans les installations portuaires d'un État. Dans ces conditions, l'identification de l'État côtier est évidemment immédiate;
- l'échouement est à l'origine du naufrage. La relation de proximité avec l'État côtier est là aussi encore immédiate;
- la seule mention « au large de », « *off* » en anglais, est indiquée sans autre information. C'est un indice de proximité directe avec la côte puisqu'il faut en déduire une présomption de fait que l'accident est survenu à l'intérieur d'une distance de 200 nm de l'État désigné;

1854. Un mille marin international vaut 1 852 mètres, ou 1,852 km.

- un lieu est mentionné sans nécessairement faire référence à l'État auquel celui-ci appartient. Il faut donc réaliser des recherches pour déterminer l'État côtier auquel ce lieu appartient¹⁸⁵⁵.
- Les coordonnées géographiques du naufrage sont fournies. Il s'agit de positionner sur une carte géographique le lieu du naufrage.

Ces différents cas permettent donc d'établir le lien de proximité selon un régime de présomption établi en fonction des divers types de données qui sont offertes par le tableau *Total Losses*. Il faut souligner qu'un autre type de renseignement sur les naufrages est souvent offert par ce tableau : il s'agit des coordonnées maritimes du lieu de l'incident à l'origine du naufrage. Cette information géographique peut être graphiquement traitée pour positionner ce lieu d'événement et déterminer si celui-ci est en deçà d'une distance de 200 nm de la côte d'un État membre.

Traitement informatique et graphique des naufrages indiqués par des coordonnées géographiques — Dans la mesure où les coordonnées maritimes du lieu de l'incident originel et/ou du lieu de naufrage sont indiquées dans le tableau *Total Losses*, il serait dommage de ne pas utiliser ces données précises. Il est donc important de déterminer une méthodologie qui rend les coordonnées visuellement discernables par un repère sur une carte géographique, et ce, dans le but de savoir si le naufrage est survenu à l'intérieur d'une distance de 200 nm d'une côte. De cette manière, les naufrages définis par des coordonnées peuvent aussi être répertoriés.

Cette tâche peut rapidement se révéler fastidieuse et imprécise si elle est réalisée manuellement sur des cartes en papier. Toutefois, l'utilisation en libre-service du programme informatique *Google Earth* permet d'entrer précisément les coordonnées maritimes de chaque naufrage dans le système de repérage afin de créer, sur une photographie satellite, un repère correspondant¹⁸⁵⁶. Lors de cette opération, nous prenons

1855. L'utilisation de moteurs de recherche sur Internet comme *Google* permet de trouver des sites qui offrent des informations sur le lieu mentionné, notamment l'État auquel celui-ci appartient.

1856. Un cas de positionnement d'un repère sur une carte satellite à partir des coordonnées maritimes liées à un naufrage est illustré par la carte n° 2 intitulée *Représentation à l'aide d'un repère du lieu d'un naufrage d'un navire (le cas de l'Asia n° 1 en 2002) sur une carte satellite générée par le programme informatique Google Earth*. Cette carte est présente à l'annexe 5 de notre document. Soulignons que

soin de nous assurer que l'échelle de référence de la carte correspond, le mieux possible, à une distance de 200 nm, soit 370 km. L'image de la carte avec ce repère est captée et stockée sous forme d'archives numériques. En ajustant approximativement l'image à l'échelle de 370 km, nous sommes en mesure de déterminer, grossièrement, si un naufrage est survenu à l'intérieur d'une distance de 200 nm de la côte d'un État membre d'un MoU. Les cas de doute sur la distance sont très rares, mais advenant une telle situation, il est possible d'y apposer un polygone graphique correspondant à 200 nm de rayon – 370 km – dont le centre est le lieu de l'incident, ceci afin de déterminer graphiquement si un État membre d'un MoU entre dans ce polygone. Toutefois, des données préliminaires nous ont permis de constater l'existence de difficultés d'interprétation.

Les difficultés rencontrées entourant l'interprétation relative au lien de proximité — Plusieurs difficultés sont survenues lors de la mise en œuvre de notre méthodologie et nous ont contraint à prendre des décisions particulières. Nous souhaitons présenter l'inventaire de celles-ci, et ce, dans un souci d'honnêteté :

- des distances précises avec un lieu et des coordonnées maritimes sont indiquées, mais le repère posé sur la carte semble être en contradiction avec d'autres données. Nous privilégierons les informations précises décrites plutôt que les coordonnées maritimes. Dans le cas d'absence de précision quant à la distance, comme dans le cas de la simple mention « off », nous privilégierons plutôt l'utilisation des coordonnées maritimes.
- Parfois, le programme informatique *Google Earth* n'est pas en mesure de considérer nos coordonnées exactes et pose le repère à une distance proche du lieu concerné. Nous retenons ce dernier en réalisant quelques vérifications manuelles avec notre pointeur. Généralement, les différences de distance sont minimales.

Par ailleurs, le tableau *Total Losses* n'indique pas nécessairement le lieu de départ et/ou de destination et les informations concernant le lieu de l'accident sont trop imprécises ou inexistantes. Dans ces conditions, il faut se résigner à ne pas répertorier ce naufrage.

notre étude a nécessité la réalisation et l'archivage de 608 cartes géographiques informatiques comme celle illustrée.

Au-delà ces méthodes de sélection des données et les précautions que nous y ajoutons, l'étape du traitement des données reste à réaliser, ceci afin d'offrir un résultat cohérent.

Section 4 Méthode pour répertorier les données utiles

Afin de faciliter la manipulation des données sélectionnées, ces dernières sont compilées dans un tableau constitué à l'aide du programme informatique *Excel*. À cet égard, seuls les renseignements utiles que l'on retrouve dans le tableau *Total Losses* visant chacun des navires sélectionnés pour notre étude sont compilés : le nom du navire, l'année de l'accident, la spécialisation du navire afin de justifier sa sélection, l'endroit du naufrage lequel est exprimé en terme de proximité avec un lieu connu et/ou sous forme de coordonnées maritimes du sinistre avec les raisons de l'accident. En plus de ces données primaires, nous ajouterons une colonne qui devra permettre l'inscription d'un MoU comme résultat issu de l'analyse interprétative des données¹⁸⁵⁷.

La connexité des États avec les MoU est aisée lorsque leur autorité maritime est membres d'un seul MoU. Toutefois, la chose est moins évidente lorsque l'autorité est membres de plusieurs MoU. Pour ces États, deux voies traitement s'imposent selon que leur territoire ont des façades maritimes distinctes et autonomes et ceux dont la côte et les activités économiques associées qui sont associé forment un continuum. Ainsi, dans le premier cas de figure, les façades maritimes sont distinguées en fonction des MoU concernés :

- Les naufrages associés à la Fédération de Russie sont distingués selon qu'ils ont eu lieu sur la côte occidentale – les mers Baltique et du Nord –, la côte orientale et la mer Noire. Ces régions sont respectivement associées au Paris MoU, au Tokyo MoU et au BS MoU

1857. Soulignons que notre base de données comporte tout près de 1860 entrées. Chaque entrée étant associée à un naufrage. Le cadre méthodologique lié à la sélection des renseignements, nous a obligé à retrancher un peu moins du quart de ces entrées de l'opération de comptabilisation de notre étude. Par ailleurs, compte tenu de la grande quantité de renseignements retranscrits depuis les tableaux *Total Losses* qui ont été conçu par la *Lloyd's Register*, ces données ne peuvent être mise en annexe.

- Les naufrages associés au Canada se distinguent selon qu'ils ont lieu à l'intérieure ou près des côtes Est ou Ouest du pays lesquelles sont respectivement en lien avec le Paris MoU et le Tokyo MoU.
- Les naufrages associés à la Turquie se distinguent selon qu'ils ont eu lieu à l'intérieur ou près des côtes de la méditerranée ou de la Mer Noire – incluant Istanbul et la mer de Marmara –

Le second cas de figure, celui qui vise un État dont l'autorités maritime est en dualité de partenariat envers plusieurs MoU, mais dont la côte et les activités portuaires ne peuvent être véritablement distinguées en fonction d'une facade maritime. Aux fins, du traitement des données, il s'agit donc d'associer cet État au premier MoU auquel ils ont adhéré. Ainsi aux fins de la catégorisation des naufrages produits sur leur territoire ou à proximité de leur côte , le Chili, l'Australie et l'Afrique du Sud sont respectivement associés à l'Accord de Viña del Mar, au Tokyo MoU et au IO MoU.

Au terme de cette sélection et de ce traitement, les naufrages sont regroupés en fonction des années et des MoU visés. Par la suite, il s'agit de faire la somme des naufrages selon ces deux dimensions d'étude.

Section 5 Les résultats de l'étude empirique

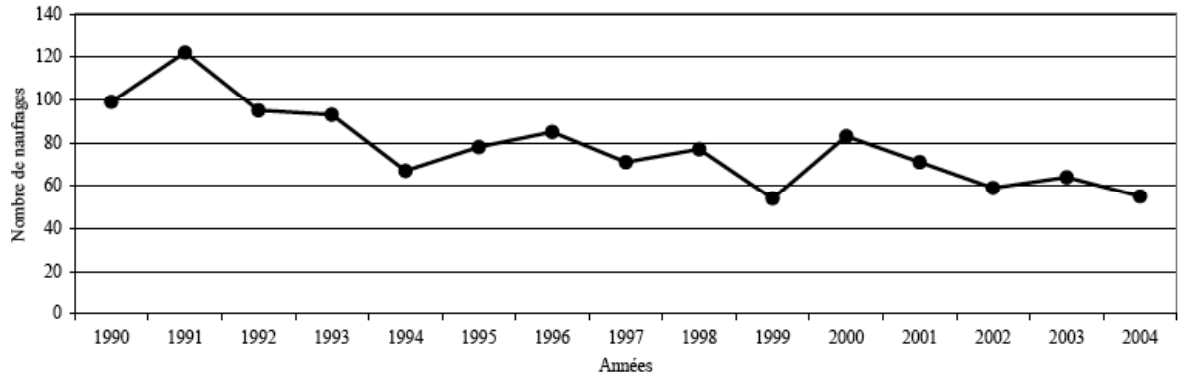
Pour chacune des années de la période étudiée, nous avons dénombré les naufrages qui sont en lien avec des pays membres de chacun des sept MoU visés par le cadre de notre étude empirique. Nous avons aussi réalisé un dénombrement des naufrages pour l'ensemble des sept MoU au cours de chaque année. Les résultats de ce recensement sont résumés dans le tableau n° 1 intitulé *Nombre de naufrages annuels en fonction des MoU*.

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Viña del Mar (1992)	10	15	11	8	10	4	8	8	5	4	8	7	3	4	3
Tokyo MoU (1994)	57	67	57	63	31	56	55	38	34	22	43	32	34	31	34
C MoU (1996)	6	1	0	0	2	1	2	1	1	0	2	1	3	0	1
Med MoU (1997)	9	11	9	9	6	5	4	4	11	7	4	5	7	9	5
IO MoU (1998)	9	14	12	6	12	6	12	12	19	13	19	15	7	5	4
Abudja MoU (1999)	7	6	2	4	3	0	0	1	4	3	4	1	2	1	0
BS MoU (2000)	1	8	4	3	3	6	4	7	3	5	3	10	3	14	8
Total	99	122	95	93	67	78	85	71	77	54	83	71	59	64	55

Tableau n° 1 : *Nombre de naufrages annuels en fonction des MoU*

Ce tableau permet de synthétiser les résultats de notre enquête, mais il ne permet pas d'interpréter clairement ceux-ci. Pour ce faire, nous utiliserons des courbes graphiques. En effet, ces dernières offrent un meilleur aperçu de la situation, surtout lorsqu'il s'agit d'apprécier l'évolution des données en fonction de moments précis, à savoir l'année de la conclusion d'une entente. Soulignons qu'il aurait été pratique de réunir toutes les courbes sur un même graphique. Toutefois, des essais préalables ont montré que cette forme de représentation graphique condensée n'offre pas une lecture aisée des courbes en raison d'une superposition à l'excès de plusieurs d'entre elles. Nous préférons présenter ces courbes de façon distincte pour cinq d'entre elles et regrouper sur un même graphique les trois dernières qui présentent des caractéristiques similaires.

L'évolution générale des naufrages ayant un lien avec les sept MoU visés par notre étude empirique — Préalablement à la présentation de l'évolution des naufrages en lien avec chacun des sept MoU étudiés, il est pertinent d'apprécier la tendance générale de la sécurité maritime. Le graphique n° 6 intitulé *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Accord de Viña del Mar, du Tokyo MoU, du C MoU, du Med MoU, de l'IO MoU, de l'Abuja MoU et du BS MoU confondus* présente pour la période visée de 15 ans une courbe qui évolue généralement en descendant.

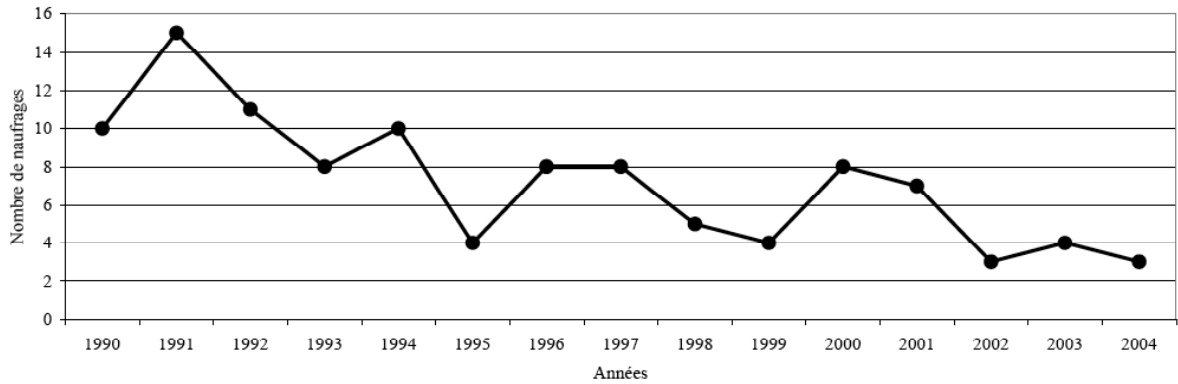


Graphique n° 6 : *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Accord de Viña del Mar, du Tokyo MoU, du C MoU, du Med MoU, de l'IO MoU, de l'Abuja MoU et du BS MoU confondus*

Cette courbe indique une amélioration globale de la sécurité à bord des navires. Cette amélioration est d'autant plus importante que durant cette période la flotte mondiale s'est accrue. Évidemment, ces résultats globaux ne visent pas directement des régions comme celles de l'Europe, du Golfe Persique ainsi que de plusieurs pays qui ne participent à aucun MoU, notamment les États-Unis. Toutefois, le transport maritime est une activité économique mondiale qui implique la circulation de navires d'un coin à l'autre de la terre. Il est donc raisonnable de penser que ce constat d'amélioration de la sécurité s'applique à l'ensemble de la flotte mondiale. D'ailleurs, ces résultats confirment l'opinion de plusieurs auteurs à cet effet¹⁸⁵⁸. Toutefois, il faut souligner qu'en raison de l'importance des chiffres du Tokyo MoU dans la somme annuelle de naufrage, cette courbe est influencée par ce dernier.

L'évolution des naufrages ayant un lien avec les États membres de l'Accord de Viña del Mar — Le graphique n° 7 intitulé *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de Viña del Mar* présente une courbe généralement descendante à partir d'un sommet atteint en 1991.

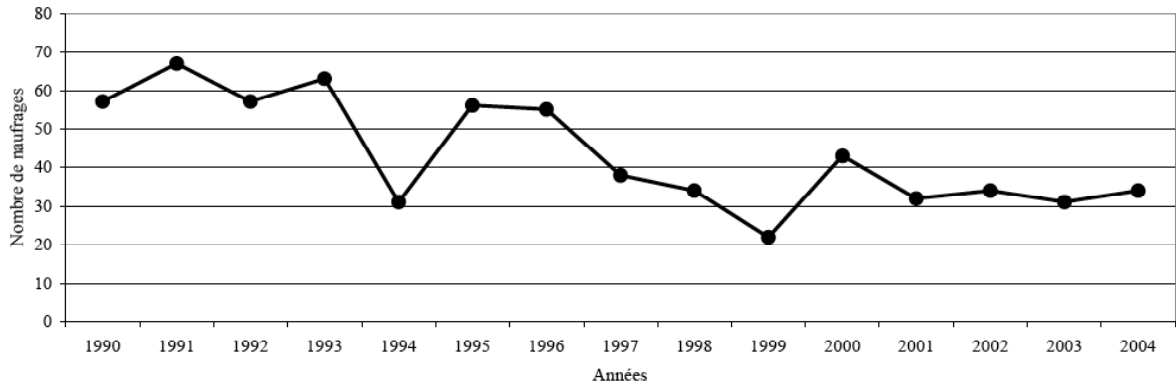
1858. *Supra*, p. 516.



Graphique n° 7 : *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Accord de Viña del Mar*

Cette décroissance du nombre de naufrages est en corrélation avec la signature en 1992 de l'Accord de Viña del Mar. Toutefois, une remarque s'impose. En effet, il faut s'étonner du caractère instantané de l'impact de l'Accord de Viña del Mar. En effet, logiquement, ce dernier n'a pu être opérationnel de façon si rapide. Normalement, nous aurions observé une période de latence propre aux délais qu'exigent la mise en place des mesures de coordination et cela aurait renforcé l'idée qu'une causalité directe entre le MoU et l'amélioration de la sécurité puisse exister. De toute manière, il faut croiser ces résultats avec ceux des autres MoU pour avancer l'idée de l'existence d'une telle causalité.

L'évolution des naufrages ayant un lien avec les États membres du Tokyo MoU — Le graphique n° 8 intitulé *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres du Tokyo MoU* fait voir une courbe dont l'évolution descendante générale qui s'accroît à partir de 1996, soit deux ans après la signature du Tokyo MoU.



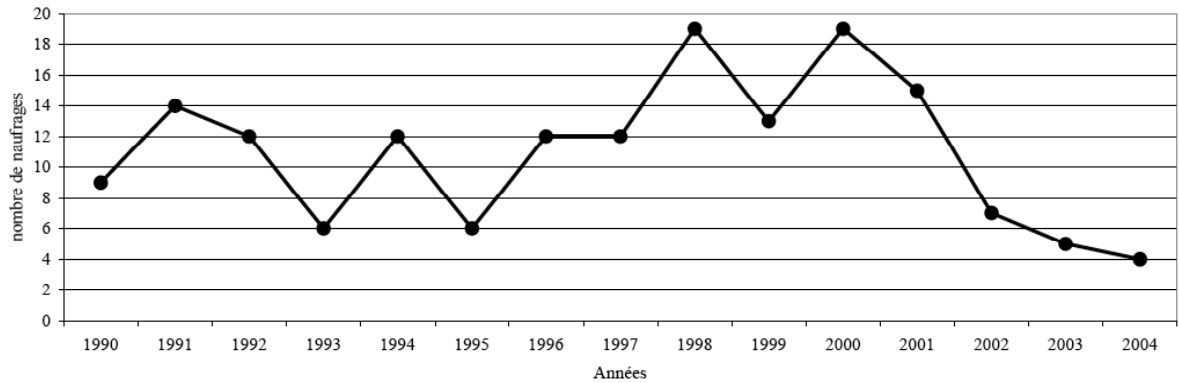
Graphique n° 8 : *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres du Tokyo MoU*

Il est raisonnable de penser qu'une période de deux années puisse s'écouler avant que des effets soient constatés sur le terrain, surtout si des participants sont des États en voie de développement. Dans ces conditions, outre une diminution sporadique du nombre de naufrages en 1994, cette courbe des naufrages liés aux États du Tokyo MoU présente une corrélation apparente entre l'avènement de ce dernier et la diminution du nombre de navires à risque dans les régions d'Asie et d'Asie du Sud-Est. Cette amélioration est d'autant plus appréciable qu'il faut retenir que le commerce dans ces secteurs s'est considérablement accru tout au long de la période étudiée, augmentant ainsi le nombre de navires qui y font escale. Or, le nombre de naufrages aurait normalement crû proportionnellement à l'intensification de la circulation maritime. Or, il n'en est rien, au contraire ce nombre diminue. Il faut donc accorder une valeur plus importante qu'il n'y paraît à cette dynamique descendante du nombre de naufrages.

Ce mouvement accru de réduction du nombre de naufrages liés aux États membres du Tokyo MoU se distingue dans le temps par rapport à celui de l'Accord de Viña del Mar qui est intervenu deux ans plus tôt. Par conséquent, nous sommes confrontés à deux corrélations indépendantes l'une de l'autre. Dans la même veine, l'IO MoU conclu beaucoup plus tard offre-t-il une perspective d'efficacité similaire?

L'évolution des naufrages ayant un lien avec les États membres de l'IO MoU — La courbe du graphique n° 9 intitulé *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'IO MoU* présente une évolution pour le moins étonnante. En effet, le

nombre de naufrages se maintient à un niveau élevé ou augmente jusqu'à deux sommets lors des années 1998 et 2000. À partir de 2000, soit deux ans après la signature de l'IO MoU, le nombre de naufrages chute constamment.

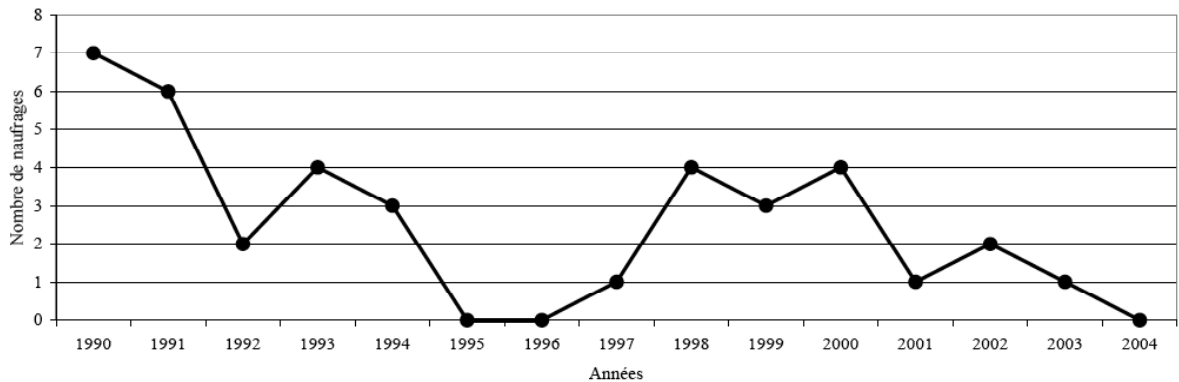


Graphique n° 9 : *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'IO MoU*

À l'instar de ce qui a été mentionné précédemment concernant les délais de mise en œuvre d'un système de contrôle, il est normal de constater l'existence d'une période de deux ans avant que des effets tangibles sur la sécurité des navires puissent être observés dans les résultats. Or, la portion descendante de la courbe de naufrages associée à l'IO MoU débute en 2000, soit deux ans après la conclusion de ce dernier. Au surplus, comme dans le cas du Tokyo MoU, l'essor économique formidable du sous-continent indien ayant débuté dès le milieu des années 1990, il faut dans les faits accorder à cette baisse du nombre de naufrages une valeur plus importante qu'il n'y paraît sur le graphique. La corrélation entre la mise en place de l'IO MoU et l'amélioration de la sécurité maritime est ici aussi évidente. L'analyse de la courbe des naufrages liés à la région visée par l'Abuja MoU est une autre occasion d'observer qu'un constat d'efficacité des MoU se dessine.

L'évolution des naufrages ayant un lien avec les États membres de l'Abuja MoU — La courbe du graphique n° 10 intitulé *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Abuja MoU* présente aussi une dynamique descendante depuis 1990, atteignant un niveau nul ou quasi nul de 1995 à 1997 suivi d'un rebond du

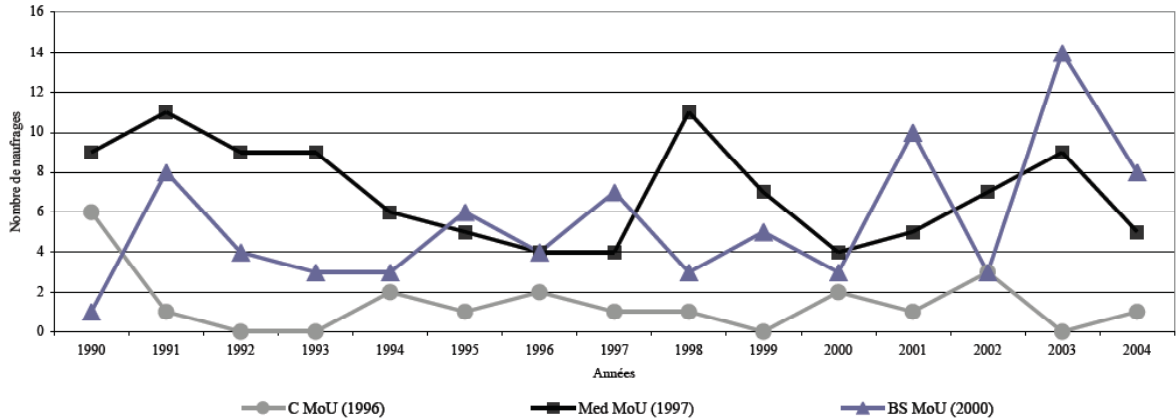
nombre de naufrages durant les trois années suivantes pour finalement décroître à nouveau et atteindre un nombre de naufrages nul.



Graphique n° 10 : *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de l'Abuja MoU*

Cette courbe associée au nombre de naufrages en lien avec les États de l'Afrique occidentale et centrale, montre une réduction constante du nombre de naufrages deux ans après la signature du MoU en 1999. Toutefois, cette corrélation entre les deux phénomènes est très discutable puisqu'une telle réduction a aussi eu lieu en 1995 et 1996, soit bien avant que le MoU n'ait fait l'objet d'une entente. Une autre réserve s'impose à l'effet que les résultats offerts sont très relatifs en raison du trop faible nombre de naufrages compilés. Les données sont très vulnérables aux aléas contextuels sporadiques dans la région. À cet égard, elles peuvent difficilement être utilisées pour appuyer les prétentions de l'existence d'une véritable tendance. D'ailleurs, ce dernier commentaire peut s'appliquer aux courbes graphiques d'autres MoU qui n'offrent aucun lien de corrélation entre l'année de leur signature respective et l'amélioration de la sécurité maritime dans leur région.

L'évolution des naufrages ayant un lien avec les États membres respectivement du C MoU, du Med MoU et du BS MoU — Le graphique n° 11 intitulé *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres respectivement du C MoU, du Med MoU et du BS MoU* présente trois courbes où le nombre de naufrages liés à leur région respective est resté stable ou s'est accru durant la période visée.



Graphique n° 11 : *Évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres respectivement du C MoU, du Med MoU et du BS MoU*

Ces courbes des naufrages qui sont liés au C MoU, au Med MoU ou encore au BS MoU font voir que la démonstration d'un lien de causalité entre la signature d'un MoU et la condition sécuritaire des navires reste une entreprise hasardeuse qui appelle à la plus grande prudence. En effet, pour ces trois MoU aucune corrélation entre la coordination des contrôles par les États portuaires d'une région et la condition sécuritaire des navires ne peut être établie. Toutefois, ce constat contraire à notre hypothèse de l'existence d'une causalité entre les MoU et la sécurité maritime doit faire l'objet de certaines remarques qui atténuent l'importance de ces résultats.

Généralement, comme dans le cas de l'Abuja MoU, le nombre réduit de naufrages qui a été constaté rend les résultats très relatifs et vulnérables aux aléas contextuels. Cela est d'autant plus vrai pour le C MoU et le BS MoU qui ont l'inconvénient de couvrir des zones géographiques réduites par rapport à tous les autres MoU. Il s'agit simplement que des conditions climatiques ou géologiques difficiles - comme un ouragan ou un raz de marée - surviennent pour potentiellement faire grimper le nombre de naufrages constatés dans leur région respective. Soulignons aussi que les quotas d'inspection auxquels sont engagées les Autorités maritimes membres de ces MoU sont peu élevés; cela peut avoir l'effet de diminuer la portée effective de ces MoU auprès des armateurs, réduisant ainsi les résultats.

Au sujet du BS MoU, il est aussi utile de mentionner qu'au début de la période étudiée plusieurs territoires riverains de la Mer Noire étaient des républiques qui composaient, jusqu'en 1991, le territoire de l'Union soviétique ou encore étaient des États faisant partie du bloc de l'Est soumis à des régimes communistes. Ainsi, pour la première moitié des années traitées par notre enquête, il est probable que le nombre de naufrages ait été supérieur à ceux déclarés. En effet, les renseignements sur les naufrages qui sont en lien avec des États communistes peuvent avoir fait l'objet de maquillage par les régimes politiques de l'époque. Plus simplement aussi, les naufrages peuvent ne pas avoir été déclarés ou comptabilisés en raison de l'état chaotique des administrations lors des changements brutaux de régimes qui sont survenus à suite de la dissolution du bloc de l'Est. Ces hypothèses sont des explications envisageables au nombre croissant de naufrages, et ce, malgré la signature du BS MoU en 2000.

Interprétation des résultats quant à l'existence d'un lien de causalité entre l'avènement d'un MoU et la condition sécuritaire des navires fréquentant la région — Grâce à la présentation que nous avons faite des courbes graphiques traduisant l'évolution du nombre de naufrages en lien avec les pays membres de chacun des sept MoU sélectionnés aux fins de notre étude, nous avons pu constater pour trois d'entre eux, les plus importants, et même plus faiblement pour un quatrième, l'existence d'une corrélation entre leur mise en œuvre et l'amélioration sécuritaire à bord des navires fréquentant les ports de leurs membres. Ces corrélations sont indépendantes les unes des autres puisque chacune apparaît à un moment différent au cours de la période étudiée. L'indépendance de ces corrélations est d'autant plus évidente qu'elles interviennent malgré que des facteurs communs géographiques ou économiques pousseraient normalement à l'uniformisation globale des conditions sécuritaires des navires.

Premièrement, l'accroissement constant du nombre de prescriptions internationales concernant la sécurité maritime, l'existence depuis 1982 du Paris MoU, le renforcement unilatéral des contrôles mis en œuvre par les États-Unis depuis 1990 ainsi que la présence d'un mouvement cyclique de renouvellement de la flotte mondiale, sont des éléments de fond qui normalement auraient influencé les courbes de naufrages. En effet, probablement que celles-ci auraient été toutes similaires à celle du graphique n° 6 qui décrit une

diminution générale du nombre de naufrages en lien avec les MoU, sans que l'on puisse observer des accentuations particulières dans la descente. Or, chacun des MoU présente des courbes qui sont loin de ce modèle puisque des mouvements d'accélération y sont constatés. Dans les cas de l'Accord de Viña del Mar, du Tokyo MoU, de l'IO MoU et, dans une moindre mesure, de l'Abuja MoU, les mouvements de leur courbe respective sont en corrélation avec leur mise en œuvre. Par ailleurs, les courbes du C MoU, du Med MoU et du BS MoU ne sont pas non plus similaires au modèle général, puisque l'évolution des résultats montre une stagnation ou même une augmentation.

Deuxièmement, la courbe de l'IO MoU attire notre attention puisque la conclusion de cette entente s'est réalisée plus tardivement que l'Accord de Viña del Mar et du Tokyo MoU et les effets sur le nombre de naufrages ont aussi été constatés plus tard. Or, à l'instar de l'Accord de Viña del Mar, l'IO MoU réunit essentiellement des pays en voie de développement. Ainsi, l'idée d'une variable extérieure concernant le niveau de développement des États ne peut être invoquée comme explication à un décalage chronologique. De plus, l'IO MoU a une grande proximité géographique avec le Tokyo MoU. Ces deux régions voisines partagent des voies maritimes importantes, tout probablement les plus denses au monde. La condition sécuritaire des navires aurait normalement eu tendance à s'uniformiser entre les deux régions, il n'en est rien puisqu'un déphasage existe à cet égard. Ainsi, l'évolution du nombre de naufrages dans les pays membres de l'IO MoU est empreinte d'autonomie se qui confirme le caractère indépendant de la corrélation que nous alléguons.

Il faut donc conclure à l'existence d'au moins trois corrélations véritablement indépendantes au plan chronologique qui sont fondées sur des données substantielles. Cela nous permet d'affirmer que l'incidence des MoU a pu être isolée des autres variables sécuritaires qui ont pu intervenir à l'échelle internationale. D'où le début d'une démonstration d'un lien de causalité entre la mise en œuvre d'un MoU de contrôle des navires par l'État portuaire et l'amélioration de la condition sécuritaire des navires de commerce.

Par contre, il faut souligner que cette affirmation concernant l'existence de ce lien de causalité doit faire l'objet d'importantes réserves. En effet, notre étude empirique reste,

somme toute, extrêmement rudimentaire et est loin de répondre aux exigences de la science des statistiques. Bien que nous ayons tenté d'être rigoureux dans notre méthodologie, il faut savoir que l'analyse a été réalisée dans des conditions imparfaites. Premièrement, plusieurs des présomptions avancées dans les différents aspects de notre méthodologie n'offrent pas les certitudes nécessaires pour sous-tendre vers un cadre valable au plan strictement scientifique. Deuxièmement, notre enquête reste dépendante des données sur les naufrages qui ont été traitées et compilées par la *Lloyd's Register*. Ainsi, nous ne sommes pas à l'abri des changements méthodologiques que cette honorable institution a pu réaliser dans le cadre du traitement des données. À cet égard, nous avons pu constater qu'avant 1994, les renseignements visaient davantage le lieu de départ et de destination des navires alors qu'à partir de 1994, cette information a disparu pour plutôt se concentrer sur le lieu du naufrage. Troisièmement, même si l'importance de leur organisation est réduite et que les données les visant ont été soumises à des contraintes géographiques et géopolitiques particulières, on ne peut ignorer que le C MoU, le Med MoU et le BS MoU ont eu des résultats empiriques qui ne peuvent valablement confirmer l'existence d'une causalité, au contraire. En bref, malgré des résultats encourageants en ce sens, l'idée d'un lien de causalité entre les MoU et l'amélioration de la condition sécuritaire des navires reste à être confirmée, notamment par des études plus rigoureuses.

Conclusion concernant l'efficacité des MoU — Malgré les lacunes de notre étude et les résultats fragmentaires qu'elle a pu produire, nous sommes d'avis que des éléments factuels concordent pour soutenir l'opinion de plusieurs auteurs et des MoU voulant que ces derniers, du moins plusieurs d'entre eux, aient une véritable incidence sur l'amélioration de la condition sécuritaire des navires de commerce. Par conséquent, l'efficacité des normes de coordination du contrôle qui ont été élaborées dans le cadre des MoU tend à se confirmer. Ainsi, la normativité des règles issues de ces réseaux transgouvernementaux est en voie d'être constatée.

Conclusion de la partie III

Les règles des MoU ont acquis, avec le temps, une valeur normative évidente. Sur le plan de l'effectivité, les règles de coordination du contrôle élaborées et mises en œuvre par les MoU sont maintenant incontournables dans la majorité des ports du monde. Ces règles s'imposent d'ailleurs de plus en plus en droit positif international et pleinement en droit communautaire. Dans ce contexte, les armateurs, les États du pavillon ainsi que les sociétés de classification sont contraints de faire respecter les normes de sécurité à bord des navires dont ils ont la responsabilité en raison du risque de la perte de leur réputation que les MoU leur font courir avec leurs diverses listes publiques de dénonciation. De la même manière, les États membres des MoU sont, par l'entremise de mécanismes de persuasion plus cohérents dans leur contrôle, et ce, malgré des opérations de « maquillage statistique » que certains d'entre eux peuvent réaliser sur le terrain. En fait, si les instruments non contraignants qui relèvent de la *soft law* peuvent laisser place à des pratiques inégales entre ses participants, ces derniers sont néanmoins incités par les membres du réseau à agir dans le sens collectif. En ce sens, l'effectivité des règles issues des MoU est évidente.

L'évaluation de l'efficacité des MoU à rencontrer l'objectif de faire diminuer le nombre de navires sous normes est, jusqu'ici, restée matière à critique. Cela est d'autant plus vrai que les opinions sur les résultats des contrôles réalisés dans le cadre des MoU restent controversées. Dans le cadre de l'analyse de cette efficacité, de nouvelles perspectives d'évaluation ont été avancées. En utilisant un indicateur basé sur le nombre de naufrages de navires, nous avons voulu proposer une enquête empirique diachronique et géographique. Le contexte de réalisation de cette enquête lui donne seulement une valeur sommaire et exploratoire. Toutefois, un lien de causalité a été entr'aperçu renforçant l'idée que les règles de coordination des MoU se révèlent efficaces pour améliorer la sécurité à bord des navires. Cet élément conjugué à l'effectivité démontrée nous incite à constater l'existence d'une normativité des règles de coordination mises en œuvre par les MoU qui agirait comme mécanisme de renforcement du droit international.

Malgré l'ensemble des éléments traités au niveau de l'effectivité et de l'efficacité, il reste que la justification et la légitimité des MoU sur le contrôle par l'État portuaire

s'apprécient en fonction des avantages que ce type de régime procure en fonction des ressources qui y sont investies. Or, comme moyen de renforcement du droit sécuritaire dans le milieu maritime, les avantages sont nombreux par rapport à l'absence de régime :

« Port state control obviously has advantages as an enforcement tool, some of which have been discussed in preceding paragraphs. In summary, port state control minimizes the need to detain ships in transit for arrest or inspection, as such actions may take place at any port in the vessel's scheduled voyage. It also reduces the burden on coastal states to police their adjacent waters, which in the case of developing states with wide economic zones may be severe, since coastal states can now be assisted by port states. Furthermore, this increases the number of potential prosecutors and could thus facilitate pollution control and circumvent the problems created by those flag states which are unwilling or unable to effectively exercise jurisdiction over their ships. Moreover, by offering increased control over polluters, it addresses the basis for the clamor by coastal states for extensive zones of enforcement jurisdiction. »¹⁸⁵⁹

En bref, les MoU sont probablement le moyen de contrôle sécuritaire le plus économique¹⁸⁶⁰. À cet égard, On peut facilement lancer l'hypothèse que les MoU constituent un système de contrôle maritime ayant les externalités économique les plus faibles parmi tous les régimes internationaux de renforcement du droit sécuritaire existant. Par contre, élaborer et mener une étude empirique pour vérifier cette hypothèse peu constituer une entreprise colossale. Il reste qu'une démonstration scientifique de l'efficacité économique de ce mode de régulation peut aussi être réalisée aux fins de vérification de leur efficacité.

1859. E. DURUIGBO, préc., note 47, 131.

1860. I. P. GARCIA, préc., note 17, 1414.

Conclusion générale

Les MoU sur le contrôle par l'État portuaire ou l'avènement d'un droit obscur

Pour vaincre la force des éléments naturels dans un environnement hostile, le secteur maritime a toujours su être à l'avant-garde en matière d'innovation technologique et technique. Ses artisans, tournés vers la mer comme un espace sans frontière incontournable pour l'échange entre les nations, sont à l'origine d'idées innovatrices des points de vue tant économique, politique que juridique. D'ailleurs, les questions maritimes n'ont-elles pas été, depuis l'Antiquité, une source d'inspiration à l'égard de la mondialisation? Maintenant, ce sont les juristes traitant des questions de la mer et des activités de transport qui s'y déroulent qui cherchent à donner de nouvelles réponses juridiques aux perversions du marché globalisé.

Un moyen d'assurer la mise en œuvre de la sécurité maritime

Normalement, les prescriptions sécuritaires internationales minimales établies par des conventions internationales ainsi que les régimes de responsabilité en matière de transport ou d'affrètement maritimes devraient pouvoir imposer une pression suffisante sur les armateurs afin qu'ils mettent leur navire en bonne condition. Néanmoins, ces mécanismes sont entravés par un contexte économique de concurrence féroce, rendu possible par la globalisation des marchés. En raison d'un manque de transparence du marché ainsi que d'une complaisance des autorités de contrôle, cette situation engendre une course vers le fond de la sécurité maritime. Il en découle des problèmes de sécurité maritime. La mise en œuvre des instruments juridiques se révèle dorénavant impossible

sans une forme d'intervention publique qui s'opposent aux effets pervers de la globalisation.

Cette dynamique de complaisance et le niveau d'insécurité qu'elle entraîne incitent les autorités maritimes d'États portuaires à mettre sur pied des réseaux régionaux. Ainsi, les MoU garantit, *de facto*, un monopole régional du contrôle afin de rendre celui-ci plus effectif et efficace et s'assurer d'un meilleur respect des prescriptions sécuritaires. Ainsi, la mise en œuvre de ces dernières passe dorénavant par l'intermédiaire d'un système de régulation sous-jacent relevant de la gouvernance globale. Par conséquent, les réseaux transgouvernementaux se présentent comme une nouvelle structure d'application du droit international assurant, du coup, la cohésion interne de ce système.

Les MoU ne sont pas des instruments contraignants comme les conventions internationales. Ainsi, la normativité des règles de coordination qu'ils mettent de l'avant à l'égard du contrôle des navires n'est pas établie selon les principes de formation traditionnels du droit positif. Elle tient plutôt des principes de rationalité liés à la *soft law* lesquels font appel surtout à la persuasion ainsi qu'aux aspects les plus atténués de la dissuasion. Ces réseaux transgouvernementaux s'appuient sur l'exercice des prérogatives reconnues aux États portuaires par le droit de la mer de contrôler le respect des prescriptions sécuritaires à bord des navires lors d'une escale volontaire. Les MoU visent seulement la coordination régionale de ce contrôle.

La légitimité de ces règles se fonde sur l'effectivité et l'efficacité de l'ensemble du système de contrôle régional que ces règles mettent en place sur une échelle régionale plutôt que sur la légalité de celle-ci, et ce, même si des MoU, particulièrement le Paris MoU, font l'objet d'un processus d'intégration en droit. Les règles de coordination des MoU s'imposent tant entre les participants du réseau qu'à ceux que le contrôle vise. Aujourd'hui, à l'égard de la mise en œuvre de la sécurité maritime, les MoU sont devenus incontournables et l'impact de leurs activités dépasse le cadre strictement public de l'activité maritime. En outre, les rapports d'inspection et les listes d'appréciation qui émanent de ces contrôles en réseaux alimentent les litiges maritimes d'une preuve pertinente qui peut confirmer ou réfuter l'allégation que l'obligation de mettre le navire en état de navigabilité est satisfaite. Autrement dit, les MoU ouvrent une nouvelle voie entre

les concepts de sécurité maritime et de navigabilité. Qui plus est, cela confirme cette idée « qu'il ne faut pas dans l'étude du droit maritime sacrifier à cette conception générale de la technique juridique que le droit public et le droit privé doivent être nettement distingués »¹⁸⁶¹.

Si l'effectivité des MoU est évidente, leur efficacité reste plus discutable. Une impression d'amélioration de la condition sécuritaire des navires se fait globalement sentir. Toutefois, une étude empirique rudimentaire cherchant à isoler l'impact de l'arrivée des MoU sur l'évolution de la condition sécuritaire des navires circulant dans leur région respective, présente différentes corrélatons concernant plusieurs MoU qui invitent à conclure en l'existence d'un lien de causalité entre les deux phénomènes. Néanmoins, au stade actuel de nos analyses, des études quantitatives plus poussées, sinon plus rigoureuses devront être réalisées pour conclure hors de doute en l'existence d'une causalité. Ainsi, malgré des résultats préliminaires encourageant, il est encore difficile de prouver l'efficacité des MoU à pouvoir atteindre ses objectifs fondamentaux. Chose certaine, les MoU ne peuvent être néfastes pour la sécurité des mers puisqu'ils contribuent à rendre le secteur du transport maritime plus transparent.

Les MoU comme nouvelle méthode de mise en œuvre du droit — Les réseaux MoU font apparaître de nouveaux enjeux sur les mécanismes de renforcement du droit. Ils mettent de l'avant des normes interstitielles concernant l'application des instruments conventionnels et réussissent là où ces derniers peuvent échouer en raison des voies de contournement qu'impose la combinaison d'une globalisation des marchés avec le principe de respect de la souveraineté des États. Malgré leur caractère institutionnel, ces réseaux transgouvernementaux disposent d'une souplesse étonnante en contrariant ceux qui souhaitent éluder les prescriptions internationales en bénéficiant de l'effet relatif des traités. À cet égard, le Paris MoU a été un réseau particulièrement actif pour initier de nouvelles pratiques de coordination du contrôle du respect des normes sécuritaires notamment en dirigeant les efforts d'inspection vers les pires navires et en dénonçant ouvertement sur des listes qualitatives publiques ces derniers ainsi que les plus proches intervenants associés¹⁸⁶².

1861. Citation de R. Rodière retranscrite par A. DE MARFFY-MANTUANO, préc., note 204, à la page 185.

1862. I. P. GARCIA, préc., note 17, 1414.

De plus, grâce aux MoU, les États portuaires investissent de manière soutenue les nouvelles prérogatives de contrôle qui sont reconnues aux États portuaires, et ce, même si cela devait empiéter davantage sur la souveraineté des États du pavillon. Cette capacité des MoU est le produit d'une convergence régionale qui est toujours grandissante et qui favorise leur développement¹⁸⁶³. Même s'ils ne sont pas uniformes, les MoU ont gagné en nombre et en complexité. Aujourd'hui, ils sont en mesure de contrôler des domaines élargis de la sécurité maritime tout en offrant une couverture modulée à travers le monde¹⁸⁶⁴.

Les nouvelles applications envisageables des MoU dans le domaine maritime —

Le succès des MoU comme instrument de coordination des contrôles semble suffisamment éloquant aux yeux de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) pour constituer modèle d'intégration des mesures de régulation dans le domaine des pêcheries. Cette organisation souhaite créer des mémorandums d'entente comparables aux MoU sur le contrôle par l'État portuaire pour coordonner l'inspection et de la réception des prises dans les ports. Ou mieux encore, elle souhaite que les MoU existants élargissent ses activités à de tels contrôles. Ce dernier cas aurait l'avantage de faire respecter les normes de sécurité, de pollution et de travail au sein des flottes de pêche¹⁸⁶⁵. La sûreté maritime, notamment avec les nouvelles mesures du *Proliferation Security Initiative* (PSI) visant à contrer le transfert d'armes de destruction massive ainsi que l'application du *Code ISPS*, est un autre domaine du droit de la mer qui est susceptible d'être visé par les méthodes de coordination des MoU. En effet, dans un contexte où la coordination des contrôles aux ports visant l'endigement de la criminalité sur les mers, plus particulièrement le terrorisme et le piratage, est rendu nécessaire, ce contrôle pourrait très bien s'ajouter aux activités de contrôle sécuritaire des MoU¹⁸⁶⁶. Ainsi, des réseaux transgouvernementaux comme les MoU

1863. R. P. BARSTON, préc., note 1097, à la page 100-101.

1864. E. J. MOLENAAR, préc., note 264, aux pages 204 et 207.

1865. Terje LOBACH, « Port state control of Foreign Fishing Vessels », FAO, 2003, en ligne : <<http://www.fao.org/docrep/005/y8387e/y8387e00.htm#Contents>> (consulté le 20 mars 2010); Terje LOBACH, « Measures to be adopted by the Port State in Combating IUU Fishing », Document AUS:IUU/2000/15. 2000. 10 p., en ligne : <<http://www.fao.org/docrep/005/Y3274E/y3274e0h.htm>> (consulté le 20 mars 2010).

1866. M. A. BECKER, préc. note 250, 176 et 186 ; Michael A. BYERS, « Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative », (2004) 98 *Am. J. Int'l L.* 526 ; M. J. WING, préc., note 551, 188 ; Paul DAHAN, « La PSI, poste avancée de lutte contre la prolifération. De la diplomatie de réaction à la diplomatie d'anticipation », *Annuaire français de relations internationales* 2005.436, en ligne : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/29_436-449.pdf> (consulté le 24 mars 2010).

sont appelés à devenir de véritables systèmes de régulation et de gouvernance alternatifs aux diverses prérogatives de police de l'État.

Par ailleurs, il serait douteux que les réseaux transgouvernementaux incarnent une « revanche des fonctionnaires » face au néolibéralisme des années 1980 qui avait renversé le keynésianisme. Peut-être s'agit-il tout simplement d'un meilleur état d'équilibre où des techniques de gestion du secteur ont pu être intégrées pour atteindre une souplesse d'intervention adaptée à celle des marchés mondialisés. Simplement ces réseaux ont développé des stratégies de régulation et de gouvernance qui sont aussi une alternative au droit international traditionnel¹⁸⁶⁷. Autrement dit, le transgouvernementalisme, permet aux fonctionnaires d'agir dans le cadre de normes interstitielles qu'ils construisent dans les champs normatifs internationaux public et privé¹⁸⁶⁸. En l'espèce, les MoU savent exercer l'autorité publique de contrôle tout en investissant le domaine de la preuve dans les litiges privés et ainsi influencer le cadre juridique de la responsabilité contractuelle en matière de transport et d'affrètement. Dans ce contexte, l'appréciation de la portée juridique de ces normes interstitielles élaborées par les réseaux transgouvernementaux devient vite incontournable.

Un nouvel instrument juridique

Constatant l'apparition et le développement toujours croissant des MoU, comme réseaux transgouvernementaux régionaux, nous avons voulu savoir, par cette thèse, si ce type de phénomène s'inscrit dans le domaine des relations internationales ou s'il s'agit plutôt d'instruments qui relèvent du droit international en raison de l'ampleur normative qu'ils sous-tendent.

Vers une nouvelle théorie juridique — Au stade actuel des choses, il est facile de constater que les MoU ont dépassé le palier des relations internationales pour dorénavant se loger dans la niche juridique. D'une part, ces ententes relèvent d'une forme de *soft law*

1867. R. A. W. RHODES, préc., note 661, aux pages 64-66.

1868. Janet MCLEAN, « Government to State: Globalization, Regulation, and Governments as Legal Persons », (2003) *10 Ind. J. Global Legal Stud.* 173, 179.

laquelle met parfois de l'avant des instruments normatif alternatif au droit positif traditionnel. Ainsi, une structure en réseau comme les MoU incarnent un processus qui met de l'avant un système juridique quasi autonome. Ce dernier met en place « un droit de la mondialisation [qui] reste essentiellement un *droit de coordination*, négocié entre les États et forgé à partir des principes juridiques en vigueur dans les pays développés; il constitue davantage l'expression d'un dénominateur commun sur lequel se sont accordés les États que la manifestation d'un ordre supérieur.»¹⁸⁶⁹ D'autre part, des réseaux transgouvernementaux peuvent relever d'une autre forme de *soft law* en revêtant le statut de pré-droit positif. Dans le cas du Paris MoU, ce passage internormatif vers le droit positif s'est réalisé notamment par l'adoption en droit communautaire de directives calquant approximativement son modèle. Nous sommes confrontés au fait que le transgouvernementalisme dépasse le cadre des relations politiques en atteignant le cadre normatif du droit. Nous sommes d'accord avec Karim Benyekhlef qui suggère que le transgouvernementalisme est « une théorie en pleine structuration ». Bien qu'il ajoute qu'elle est « [u]ne théorie jusqu'ici plus descriptive que prescriptive »¹⁸⁷⁰. Nous croyons que ce processus de structuration des réseaux transgouvernementaux permettrait de réaliser dans l'avenir son passage vers le domaine du droit. Le transgouvernementalisme est de prime à bord une réponse aux enjeux internationaux contemporains :

« Le transgouvernementalisme est sans doute une réponse pleine de promesses à la mondialisation. Des réseaux existent déjà et montrent que leur action peut constituer une réponse aux défis de l'interdépendance, de la globalisation et de la généralisation des risques. Cette action est sans doute normative à plus d'un égard. Toutefois, elle ne trouve pas encore complètement sa place dans les édifices juridiques nationaux et internationaux car ceux-ci demeurent toujours fondés sur une pratique et une idéologie du droit moderne, privilégiant dès lors la pyramide aux dépens du réseau. Il est vrai que les réseaux transgouvernementaux, par les réalités auxquelles ils sont confrontés et celles qu'ils imposent par leurs activités représentent un phénomène qui met à mal les mythes fondateurs du droit moderne et le postulat de la nature absolue de la souveraineté. Il importe alors d'engager le transgouvernementalisme, comme producteur de normes, dans un dialogue internormatif avec les ordres juridiques distincts, concurrents ou complémentaires, afin d'aboutir à une gouvernance globale fondée sur le droit. »¹⁸⁷¹

Nous croyons que les MoU, notamment le Paris MoU, sont l'un des modèles de réseaux transgouvernementaux dont l'institutionnalisation profonde au sein de l'OMI et de l'Europe, permettent de constater le franchissement du domaine des relations

1869. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 134-135.

1870. K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 747.

1871. *Id.*, p. 752.

internationales vers celui du droit international. Ils ont véritablement acquis une « légalité » comparable aux systèmes juridiques parallèles mis de l'avant par le droit international privé – la *lex mercatoria*, les principes UNIDROIT ou encore le système de sentences arbitrales¹⁸⁷². Ainsi, sans être à l'heure actuelle un nouveau paradigme en droit, le juriste traitant des MoU sera certainement confrontés à un système quasi juridique qui offre des perspectives déconcertantes quant à sa certitude. Jacques Chevalier explique ce contexte :

« [La transformation du droit est] l'indice d'une rupture avec la conception moderne du droit, illustrée par l'apparition d'un droit « flexible », « soluble », « liquide », soit encore l'annonce d'un basculement progressif vers un nouveau « paradigme » : [...] un nouveau modèle tend à émerger, celui d'un « droit en réseau », dans lequel le champ juridique se présente sous la forme d'une multitude de points en inter-relation (droit « d'Hermès »); ouvert, flexible, labile, le droit tend à devenir le produit aléatoire d'un ensemble de systèmes en interaction. S'il repose sur un nouveau principe de « relativité généralisée », s'appuie sur de nouvelles valeurs (créativité, souplesse, pluralisme, apprentissage permanent...) et implique une vision du monde (ontologie, relationnelle et cybernétique), ce paradigme ne rompt pas purement et simplement avec le modèle ancien. »¹⁸⁷³

Et d'ajouter plus loin :

« Si hiérarchie [juridique] il y a, elle a peu à voir avec la conception pyramidale traditionnelle : tandis que les ruptures de la chaîne normative créent des « hiérarchies discontinues », qui aboutissent à des « pyramides inachevées », l'entrecroisement des dispositifs produit des « hiérarchies enchevêtrées », qui constituent autant de « boucles étranges » [...]; il s'agira dès lors « d'ordonner le multiple », par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité de normes de provenances diverses. »¹⁸⁷⁴

Évidemment, cette optique de passage des relations internationales vers un cadre juridique relève d'une optique libérale du droit international laquelle autorise l'élargissement de la notion du droit.

Le transgouvernementalisme liée à la théorie libérale du droit international —

Par rapport au droit positif traditionnel, l'ampleur des contraintes relatives aux procédures d'élaboration des normes maintiendrait le système normatif des réseaux transgouvernementaux exclusivement à l'intérieur du cadre des relations internationales et de la science politique. Toutefois, cette perspective exclusive va à l'encontre de l'approche romaine en droit avec la maxime *ubi societa ibi jus* – où il y a une entente sociale, il y a du

1872. *Supra*, p. 395-396.

1873. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 107.

1874. *Id.*, p. 135.

droit¹⁸⁷⁵. L'optique élargie de la théorie libérale en droit international, permet à diverses règles normatives de s'intégrer dans l'ordre juridique¹⁸⁷⁶. En effet, cette théorie inclusive a l'avantage d'incorporer au droit une constellation de normes relevant du domaine juridique ou quasi juridique, de la *hard* ou de la *soft law*, du droit public ou privé, du droit national, du droit international ou encore du droit transnational. De cette manière, cette théorie libérale offre un cadre juridique élargi et approfondi où les comportements des États sont issus des préférences manifestées par des individus et des groupes selon divers niveaux juridiques¹⁸⁷⁷. Ainsi, la perspective libérale du droit international se concentre sur les intérêts de l'État plutôt que sur ses pouvoirs. Autrement dit, le comportement des pays est déterminé par la relation entre les acteurs sociaux et les représentants des gouvernements¹⁸⁷⁸. Dès lors, le transgouvernementalisme participe aux efforts de rapprochement entre les domaines du droit international et celui des relations internationales¹⁸⁷⁹. Cela peut être déroutant, surtout pour les juristes, car l'étude des relations juridiques internationales n'est plus exclusivement axée sur les conventions internationales, la coutume et la jurisprudence; elle concerne dorénavant les mesures normatives issues des relations transnationales et transgouvernementales¹⁸⁸⁰. Devant la perte de ses repères juridiques traditionnels, le juriste est partagé entre sa conception positiviste-normativiste et les nouvelles normes qu'il doit intégrer dans sa pratique.

Les juristes sont susceptibles d'être ébranlés par la fin des certitudes de la sciences juridiques — Les juristes de l'école traditionnelle du droit peuvent être déstabilisés devant les nouvelles perspectives de la globalisation. Celle-ci marque le déclin

1875. Michael W. REISMAN dans l'article de G. Handl, préc., note 1228, p. 375

1876. A.-M. Slaughter souligne que la théorie libérale du droit international se caractérise par : 1) une dynamique normative ascendante où les initiatives normatives sont issues de niveaux subalternes de la hiérarchie organisationnelle plutôt que de venir du sommet de celle-ci; 2) une approche inclusive où les sphères internationales et domestiques sont liées plutôt que séparées; 3) une prépondérance du rôle de l'État à travers lequel la transparence de ses composantes coopératives ou conflictuelles est assurée ; 4) des gouvernements par lesquels existent des interactions entre des individus et des États où les institutions gouvernementales ont des fonctions et des intérêts propres : A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1299, 241.

1877. Slaughter ajoute qu'il existe trois niveaux de droit : l'autorégulation par les individus et les groupes agissant au sein des sociétés domestiques ou transnationales; la coopération entre gouvernements pour solutionner des problèmes mutuels ou encore la création de règles entre les États pour régir leurs relations : *Id.*, 241 et 242.

1878. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1039, 728 et 729.

1879. A. HURREL, préc., note 1272, à la page 328.

1880. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 1299, 241 et 245.

des États-nations, la diminution de la souveraineté, le développement d'organisations supranationales, de communautés épistémiques, de l'Internet et d'entreprises multinationales¹⁸⁸¹. Dans cette optique, les certitudes de légalité de la règle sur la seule base de sa validité constitutionnelle ne sont plus nécessairement présentes. Pour plusieurs juristes, cette perspective mettrait le droit sens dessus dessous. Déjà en 1980, le juge Baxter soulignait que l'existence du droit international et de ses normes qui généralement en découlent peuvent entraîner des réticences chez certains avocats à accepter que ce système entraîne des droits et devoirs pour tant pour les États que pour les individus¹⁸⁸². Cet aspect n'est pourtant qu'une première étape. Maintenant, le droit international use d'une nouvelle souplesse. Mais, c'est connu les juristes n'aiment pas le droit mouvant¹⁸⁸³. En outre, la *soft law* les déroutent puisqu'elle n'est pas encore ou n'est pas totalement du droit¹⁸⁸⁴. Or, la *soft law*, et incidemment les MoU, complexifie le droit international surtout quant à ses sources :

« Les textes de *soft law* créent autour des autres sources du droit international un lierre ou une mousse très capillaire et assez luxuriante dont une partie au moins étouffe l'oxygénation du droit international. D'une source à part, le *soft law* est devenu de plus en plus une modalité normative intrinsèque à chaque source du droit international, un peu comme un aliment qui, une fois consommé, est décomposé et se trouve transporté dans tout l'organisme par la circulation sanguine. Si le *soft law* représente donc une source tantôt de brouillage, tantôt de confirmation de la normativité internationale, il ajoute en tout cas à la complexité et à la confusion des sources. »¹⁸⁸⁵

Ainsi, les juristes internationalistes voient leurs tâches s'élargir à mesure que le droit international se complexifie¹⁸⁸⁶. Ils doivent maintenant être en mesure de déterminer ce qui constitue du droit de ce qui ne l'est pas, et ce, à un niveau qui est au-delà du principe de légalité :

« Certes, la *soft law* introduit un relativisme quant au seuil de normativité. Mais si le système gagne en flexibilité, il perd en précision dans la détermination des obligations juridiques internationales. Pour plusieurs juristes, cette indétermination à l'intérieur d'un système juridique est fatale, surtout si le fonctionnement du système dépend en fin de compte de l'application stricte d'un code binaire légal/illégal lui-même ancré dans des sources clairement et préalablement identifiées. »¹⁸⁸⁷

1881. M. E. O'CONNELL préc., note 406, à la page 101.

1882. R. R. BAXTER, préc., note 1225, 549.

1883. L. M. FRIEDMAN, préc., note 600, à la page 33.

1884. Pierre Marie Dupuy dans G. F. HANDL, préc., note 1228, 381.

1885. R. KOLB, préc., note 1332 p. 60.

1886. Michael W. REISEMAN dans l'article G. F. HANDL, préc., note 1228, 374.

1887. I. DUPLESSIS, préc., note 40, 253.

En d'autres termes, les juristes doivent composer avec des normes qui n'ont pas encore tous les attributs juridiques traditionnels. Inévitablement, la question de la redéfinition de leur rôle s'impose : « En poussant les limites du système juridique international dans ses derniers retranchements, la *soft law* obligerait les juristes internationalistes à s'interroger une fois de plus sur leur objet d'étude et sur leur propre rôle dans la construction de la discipline du droit international.»¹⁸⁸⁸ En fait, les juristes devront dorénavant faire l'effort d'adopter une pratique plus pragmatique du droit international s'ils veulent répondre aux besoins de leur clientèle, surtout celle composée d'entreprises multinationales : « S'ils veulent éviter au droit international une marginalisation plus accentuée, ils ne doivent pas s'enfermer dans des catégories formelles héritées d'une époque révolue. Ils doivent chercher à réconcilier la théorie et la pratique afin que le droit international soit pertinent pour les acteurs internationaux et la conduite de leurs relations internationales. »¹⁸⁸⁹ Les MoU sont des cas représentatifs de systèmes issus du domaine des sciences humaines, plus particulièrement les sciences politiques. Ainsi ces domaines devront probablement être intégrées au champ d'expertise des juristes internationaux. En effet, ceux-ci doivent être en mesure d'établir les liens relationnels entre les acteurs non traditionnels qui composent le système juridique international¹⁸⁹⁰.

Les juristes ont d'excellentes perspectives d'évoluer comme avocats-diplomates au sein des réseaux de gouvernance globale — La fragmentation du droit sous forme de réseaux d'entités et d'institutions qui agissent à divers niveaux est maintenant une perspective inévitable en raison de la gouvernance globale. De ces interactions naissent des processus de coopération et de coordination qui peuvent parfois être entravés par la rivalité entre partenaires. Or, les avocats ont une connaissance non seulement du droit, mais aussi de la pratique du droit. En outre, ce corps professionnel présentent des compétences transversales, notamment en matière de négociation, qui permet, par son entremise, d'utiliser le langage commun de la bonne foi et du formalisme. Ainsi, ceux qui œuvrent en droit international sont appelés à jouer un rôle de médiation important auprès d'autorités

1888. *Id.*, 264.

1889. *Id.*, 267.

1890. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 541, 350.

administratives impliquées au sein de réseaux¹⁸⁹¹. Sans prétendre qu'ils connaissent une certaine forme « d'espéranto juridique », les avocats forment un corps professionnel capable de travailler dans un contexte qui dépasse les cultures nationales :

« In this context of fragmentation, it is not surprising that law and lawyers might play an increased role. Since law links the apparently autonomous spheres of politics and economics, lawyers are accustomed to mediating not only between the public sphere of the state and the private sphere of economic and personal relations but between different public spheres. The lawyer-diplomat has the advantage of having no 'national' allegiance except to the intellectual capital invested in mastering the language and techniques deployed in the fields in which she or he is active, unlike the state official or politician whose duty is to the national interest.

Although legal systems are deeply rooted in particular cultural traditions going back over centuries, there has been considerable interaction and mutual influence. Even the staunchly pragmatic common law has had its Romanist influences, and there has been wholesale importation of codes of law not only in colonial contexts, but also by countries such as Japan.

Thus, there is a long historical tradition of the cosmopolitan or comparative lawyer, working at the interface between different legal orders. Moreover, lawyers perhaps have the advantage that although they speak fundamentally the same language of fairness, justice and order, they find that it has many dialects and variations. Thus, the task of the international or comparative lawyer is not to homogenize, or create a legal Esperanto, but to interpret one to the other, evaluate differences, facilitate interactions. »¹⁸⁹²

L'intérêt des juristes à participer au développement de systèmes de la gouvernance globale est probable. Mais, un engouement trop soudain pourrait vite faire dérailler le processus d'intégration en droit. Il faut se garder de s'emporter dans ce courant. En effet, si la légitimité fondée sur l'effectivité ou l'efficacité s'établit facilement, la légitimité démocratique reste discutable. Pour tout dire, cet aspect particulier de la légitimité de ce système juridique novateur est encore mal défini et comporte des dérives sulfureuses. C'est pourquoi il est important d'en définir les frontières surtout à l'égard des impératifs démocratique. De toute évidence, ce nouveau système juridique, du moins normatif, comporte une dimension obscure prédominante qu'il faut, dès maintenant, apprécier.

La nécessité d'une transparence pour éviter un droit obscur

La procédure démocratique liée à la validité du droit devient vite une entrave au besoin de souplesse normative exigée par la globalisation. Or, des exigences alternatives

1891. S. PICCIOTTO, préc., note 862, 1021.

1892. S. PICCIOTTO, préc., note 867, 266.

pourraient constituer des moyens palliatifs pour fonder la légitimité démocratique d'un système juridique qui évite que ce celui-ci ne sombre dans un droit trop obscur.

Les réseaux transgouvernementaux pour régler les divers aspects sombres de la globalisation — Les réseaux transgouvernementaux comme les MoU étudiés en l'espèce constituent certainement une formule qui répond aux problèmes de perversion qu'entraîne la globalisation à l'égard de plusieurs secteurs d'activités non réglementés ou même à l'égard d'activités illicites globalisées. À cet égard, Jacques Chevalier parle d'une « face plus sombre » de la globalisation lorsqu'on aborde les questions de détournement de fonds vers des havres de paix fiscaux et confidentiels, de « cosmopolitisation » des risques avec le partage transnational de virus informatiques, de pollution ou encore d'épidémies; le développement d'une criminalité transfrontière avec les réseaux internationaux de prostitution, de trafic de matériel illicite ou de stupéfiants, de blanchiment d'argent ou encore d'activités terroristes¹⁸⁹³. Si ces domaines usent de la globalisation pour acquérir une certaine souplesse dans leurs activités, les réseaux transgouvernementaux qui oeuvreraient à contrôler ces activités sont en mesure d'user du même avantage. Autrement dit, les fonctionnaires ont cherché un moyen de combattre « le feu par le feu ». Fondamentalement, l'inconvénient de cette technique réside principalement dans la difficulté de conserver une légitimité démocratique et juridique, du moins un effort est nécessaire pour atteindre une transparence suffisante pour éviter le reproche d'exercer trop largement des pouvoirs discrétionnaires.

La transparence comme facteur alternatif et palliatif aux exigences de légitimité démocratique du droit — Anne-Marie Slaughter soumet que la transparence, au sens de la meilleure représentativité possible et de l'égalité réelle des différentes parties intéressées, fonde en soi un aspect de la légitimité démocratique. À cet égard, des « principes constitutionnels » sont mis de l'avant afin d'intervenir selon des « métaniveaux » des différents types de réseaux transgouvernementaux, et ce, pour mettre en place des règles de base qui gèrent les relations entre les membres des réseaux et les tâches qu'ils se répartissent entre eux¹⁸⁹⁴. Ces mêmes principes offrent l'ouverture démocratique nécessaire

1893. J. CHEVALIER, préc., note 405, p. 30-31.

1894. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 31. Voir aussi K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 751.

tant à l'égard de la gestion interne de ces réseaux¹⁸⁹⁵ qu'envers le point de vue externe des régulés. Sur ce dernier point, l'allégation d'un manque de légitimité démocratique pourrait se fonder sur l'absence de mécanismes de vérification, de révision ou d'imputabilité des réseaux. Autrement dit, il faut permettre aux régulés qui souffrent de l'intervention de ces derniers d'être en mesure de mobiliser des instances législatives, exécutives ou encore judiciaires qui seraient, ultimement, en mesure d'intercéder en leur faveur. Ainsi, les représentants d'autorités publiques membres de réseaux doivent être responsables tant pour leurs activités nationales, que pour celles qui sont menées dans une dynamique transgouvernementale¹⁸⁹⁶. Dans ces circonstances, la transparence acquiert un statut de principe fondamental aux fins d'établir une légitimité démocratique : « Members of government networks must interact with their foreign counterparts sufficiently transparently to be monitored by ordinary voters; they must give reasons for their actions in terms intelligible to a larger public; and they must be able to formulate arguments in sufficiently general, principled, “other-regarding” ways to be able to win the day in a process of deliberative decision making. »¹⁸⁹⁷ En bref, la transparence est d'autant plus importante lorsque l'on sait que l'information qui émane des réseaux peut avoir une incidence juridique, économique et morale considérable à l'égard des régulés.

En l'espèce, les MoU font preuve d'un effort de transparence par l'accessibilité à une grande quantité de renseignements relatifs aux conditions d'activité – que ce soit par les textes fondateurs, les sites Internet, les rapports annuels, les bases de données, les coordonnées des responsables, les guides de bonne conduite, les paramètres des systèmes

1895 Les « principes constitutionnels » des réseaux mis de l'avant par Slaughter se résument comme suit :

- L'égalité de délibération globale (*global deliberative equality*) suppose la participation de toutes les parties intéressées aux activités du réseau transgouvernemental, et ce, selon la maxime *quod omnes tangit ab omnibus approbetur* – ce qui intéresse tout le monde doit être approuvé par tous – du *Code Justinien*;
- la faculté de diverger d'opinion (*legitimate difference*) par laquelle l'approche de chacun est valablement acceptable tant que les principes fondamentaux du réseau sont respectés;
- la courtoisie active (*positive comity*) où la gouvernance des affaires globales du réseau doit être animée d'une coopération proactive qui entrave les actes unilatéraux de ses membres;
- l'existence de poids et contre-poids (*checks and balances*) dans le contrôle de la coordination du réseau;
- la subsidiarité pour assurer que la gouvernance reste une méthode normative au plus près des touchés par les normes adoptées et les décisions prises. : A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 28-30, 244-257, 259. Voir aussi K. BENYEKHLEF, préc., note 405, p. 751.

1896. A.-M. SLAUGHTER, préc., note 682, p. 258.

1897. *Id.*, p. 259.

de ciblage, etc. –. C’est d’ailleurs grâce à ce souci de transparence que nous avons été en mesure d’analyser la structure et les motivations internes de ces réseaux. Il faut souligner que ceux-ci préoccupent de diffuser gratuitement l’information les concernant ainsi que celle visant la condition sécuritaire des navires. Cette régulation par l’information rejoint l’idée qu’il faut aussi assurer véritable transparence du secteur d’activité pour assurer son bon fonctionnement, comme s’il s’agissait, d’ailleurs, d’un bien public utile au bon fonctionnement de la société civile. En fait, cette liberté d’information offre la transparence nécessaire pour respecter les impératifs de légitimité notamment en permettant l’interaction des réseaux transgouvernementaux avec les instances politiques et judiciaires. Du coup, cela améliore d’autant la transparence du marché. Comme quoi « [l]a transparence est fondée sur la libre circulation de l’information. »¹⁸⁹⁸ Ultiment, les décisions du réseau, du moins les actions prises par les autorités membres doivent permettre d’engager leur responsabilité politique ou encore faire l’objet de procédures en révision judiciaire à leur endroit¹⁸⁹⁹. En fait, « la juricité » des normes élaborées par les réseaux transgouvernementaux¹⁹⁰⁰ ne peut être établie sans un minimum de transparence. Les MoU sur le contrôle des navires par l’État portuaire se conforment à cette exigence; nous sommes à des années-lumière de réseaux traitant de renseignements stratégiques et tactiques liés à la sécurité qui doivent être protégés par le secret d’État ou encore de réseaux d’affaire où l’information exige des restrictions propres au secret commercial¹⁹⁰¹. Mais la perspective que des réseaux puissent agir dans ces cadres privilégié n’est pas impossible. Or, dans les secteurs où le secret est essentiel aux activités, l’usage de réseaux transgouvernementaux mène à la face obscure du droit.

Les réseaux transgouvernementaux participent à l’avènement d’un droit obscur lequel serait une formule pervertie de la soft law? — Tant d’un point de vue juridique que démocratique, le critère de la transparence devrait s’ajouter à ceux de l’effectivité et de l’efficacité afin de rendre légitime l’ordre normatif imposé par les réseaux transgouvernementaux. Dans ces circonstances, il est possible de parler des MoU comme

1898. K. BENYEKHELF, préc., note 405, p. 629.

1899. À l’instar des décisions arbitrales sans possibilité d’appel, il est toujours possible d’entreprendre une procédure en révision judiciaire, du moins, à l’encontre d’erreur grossière d’un décideur. *Supra*, p. 390-394.

1900. *Supra*, p. 15.

1901. R. O. KEOHANE et J. S. NYE, préc., note 956, 84.

d'un système normatif transparent et ouvert par lequel des mécanismes de révision judiciaire accessibles garantissent le respect des préceptes de l'État de droit et de la justice naturelle.

Toutefois, il peut exister une situation où les normes élaborées par un réseau sont effectives et efficaces, mais par laquelle ses règles internes et les décisions rendues ne sont pas transparentes, notamment par nécessité. En fait, la restriction d'information est souvent exigée par la loi et cette exigence peut être validée par les tribunaux afin que ces normes puissent atteindre un niveau d'efficacité satisfaisant. En outre, dans la mesure où ces « normes confidentielles » sont admises par les instances judiciaires, nous sommes alors confrontés à une autre dimension du droit que nous qualifions de *droit obscur* – dans l'optique du spectre anglicisé d'*hard/soft law*, nous pourrions aussi qualifier ce phénomène de *dark law* – par lequel les normes mises en oeuvre restent dans l'ombre des communications internes du réseau et restent inaccessibles aux régulés¹⁹⁰².

Ces renseignements protégés touchent généralement les questions de sécurité de l'État et plus particulièrement les affaires policières, militaires, d'espionnage, financières, de la santé publique ou encore de catastrophes naturelles. La diffusion d'informations sensibles pourrait permettre le contournement des techniques et méthodes d'intervention ou encore entraîner des mouvements spontanés indésirables de la part de la population inspirés par la panique. Ainsi, les tribunaux peuvent renoncer à traiter des éléments de preuve en raison du secret nécessaire à la cohésion de l'État, à la protection des sources, à la préservation de la confiance des États partenaires à fournir des documents confidentiels ou encore au maintien des avantages que procure le secret à l'endroit d'aspects à la pratique,

1902. L'expression *droit obscur* est d'essence idéale. Premièrement, cette expression fait référence au caractère opaque des relations juridiques et quasi-juridiques transnationales. Deuxièmement, un parallèle peut être dressé avec une énigme de l'astrophysique contemporaine, à savoir la démonstration de l'existence d'une « matière sombre » ou d'une « énergie noire » présente en grande quantité dans l'univers sans que celle-ci ait pu être directement observée. En effet, à l'instar de ce phénomène, les efforts de coordination qui sont investis par les membres des réseaux transgouvernementaux aux fins d'une régulation d'activités sont peu observables, mais leur dimension normative sur les activités économiques est bien présente. Troisièmement, les normes mises en oeuvre par les réseaux transgouvernementaux devraient, idéalement, non seulement faire l'objet des critères de légitimité fondée sur l'effectivité, l'efficacité, mais aussi de transparence. Or, l'adjectif « obscur » donne une valeur antonymique à cette transparence qui devrait être dorénavant exigée; du moins, il rappelle la dérive bureau-technocratique que les réseaux peuvent engendrer à l'égard du droit : *supra*, p. 376-378.

la technologie ou encore la méthodologie liées aux diverses enquêtes¹⁹⁰³. Dans cette perspective, la formule des mémorandums d'entente comme technique de gouvernance globale sur ces questions offre la possibilité de conserver la confidentialité des opérations communes réalisées dans le cadre d'activités secrètes :

« A more obvious reason for preferring an informal instrument is confidentiality; because it is not a treaty there is no obligation to register it with the UN, or even to publish it. Thus, certain arrangements, particularly in the defence field, which have to be kept confidential for reasons of national security, are contained in informal instruments. All States have such instruments and no one would suggest that they should be published or registered, although it is sometimes necessary for national parliaments to be informed of their contents on a selective or confidential basis. Quite often they are supplementary to treaties. The 1963 UK/US Agreement on Polaris missiles is clearly an umbrella agreement, the detailed technical and financial arrangements being found in unpublished instruments. »¹⁹⁰⁴

Au surplus, cette confidentialité peut aussi constituer un avantage lorsque des informations doivent être protégées notamment dans les cas où les États concluent des contrats avec des entreprises¹⁹⁰⁵.

En droit obscur, l'échange transnational d'information peut devenir une dérive juridique dangereuse — Dans un système de droit obscur, les mécanismes internes des réseaux transgouvernementaux sont peu ou pas accessibles même si les membres de la société peuvent être visés par ceux-ci. Au premier chef, les informations qui en émanent pourraient être issues d'une boucle transnationale d'information dont la source et le traitement ne sont pas vérifiables. Évidemment, la portée de ces renseignements, lorsqu'ils fondent l'usage de moyens de contrainte étatique sur des personnes physiques ou morales – détention préventive, certificats de sécurité, mise sur écoute, saisie ou refus de délivrance du passeport –, peut causer un tort irréparable à ces dernières¹⁹⁰⁶. En d'autres termes, le *droit obscur* exprime le passage des normes de coordination s'exerçant entre des membres de réseaux transgouvernementaux dans la frontière large et nébuleuse du droit¹⁹⁰⁷. Ainsi, des normes élaborées dans le cadre de réseaux pourraient avoir une portée juridique contraignante sans que le droit puisse offrir sa protection à ceux qui sont visés par les

1903. Anthony CAMPBELL, « Canada – United States Intelligence Relations and 'Information Sovereignty' », in David CARMENT, Fen Osler HAMPSON, Norman HILLMER (eds.), *Coping with the American Colossus*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, p. 156, à la page 161.

1904. A. AUST, préc., note 1183, 792.

1905. *Id.*, p. 793.

1906. Nous avons déjà abordé le traitement des réseaux de sécurité et de contre-espionnage : voir *supra*, p. 375, à la note 1352.

1907. *Supra*, p. 394-397.

activités coordonnées. En bref, compte tenu des enjeux fondamentaux qui en découlent, le *droit obscur* traduit un régime normatif qui est le résultat d'une perversion de la *soft law*, du moins d'une incidence indirecte qui amplifie ses effets. Évidemment, cette idée d'un *droit obscur* n'est qu'une proposition de théorie dans le sens le plus limité que ce terme peut évoquer, à savoir, qu'il s'agit d'une simple hypothèse¹⁹⁰⁸. Il reste que l'analyse selon cette théorie n'est possible qu'avec un modèle transparent comme les MoU étudiés en l'espèce.

L'application du modèle des MoU à divers types de réseaux transgouvernementaux

Évidemment, la description du fonctionnement de certains réseaux oeuvrant dans des domaines où la confidentialité est de mise peut se révéler une entreprise difficile. Or, l'étude des MoU que nous avons réalisée peut constituer une structure d'analyse propice aux explications générales ou partielles sur les sources d'interaction qui existent au sein même des réseaux les plus secrets. En bref, grâce à la transparence des MoU étudiés en l'espèce nous espérons offrir un repère de comparaison pour des études à l'égard de réseaux transgouvernementaux moins transparents.

Les MoU peuvent aussi offrir un modèle d'explication et une structure d'élaboration pour des réseaux qui sont en cours de réalisation, et ce, même si ces derniers ne visent pas exclusivement les autorités publiques. En effet, rien n'empêche que des fonctionnaires d'États différents mettent sur pied un réseau transgouvernemental qui puisse être élargi à des autorités quasi publiques instituées par le régime législatif de l'État et qui tirant leurs pouvoirs d'une loi particulière établissant leurs statuts. L'un des meilleurs exemples à cet égard serait l'*Entente entre le Québec et la France en matière de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles*¹⁹⁰⁹. En effet, la conclusion d'une telle entente exige la

1908 Comme le souligne si bien le professeur Macdonald : « Une théorie n'est ni vraie, ni fausse; elle nous permet d'imaginer le réel et de modeler ce réel selon les valeurs auxquelles nous adhérons. Son utilité principale réside dans les questions qu'elle nous oblige à nous poser. » : R. A. MACDONALD, préc., note 704, n° 3, 137.

1909. *L'Entente entre le Québec et la France en matière de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles*, Québec, 17 oct. 2008, en ligne : < <http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/informer/ententes/>

mise en place et le développement d'un réseau transgouvernemental entre la France et le Québec. Or, ce réseau doit nécessairement s'élargir aux différents ordres professionnels qui sont visés par cette entente. Ces derniers sont des autorités quasi publiques puisqu'ils sont autonomes des institutions gouvernementales, mais dépendent directement de l'État, leurs statuts étant établis par des lois particulières de celui-ci. Dans le cadre de ce réseau, des mécanismes uniformes de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles doivent être élaborés, et ce, pour chacune des professions visées. Dans ce contexte, certaines caractéristiques que nous avons données des MoU peuvent servir à élaborer un réseau efficace et transparent. Nous n'avons qu'à penser à l'usage d'une banque de données centralisée, à la mutualité des outils d'évaluation et de formation, aux mécanismes d'appel, à la mise sur pied d'instruments de communication et de diffusion sur Internet ou encore à la constitution de séminaires de formation.

Compte tenu du rôle juridique croissant des réseaux transgouvernementaux en général, il est maintenant nécessaire que les juristes internationaux élaborent des balises quant aux conditions d'exercice et d'intégration de ces réseaux en droit international. À l'instar de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, faudrait-il élaborer une convention internationale qui clarifie et encadre le développement de normes interstitielles notamment comme celle mises en oeuvre par des instruments non contraignants issus des réseaux? Or, un tel encadrement n'est pas évident en raison des différentes formes d'instruments et du spectre d'intensité normative que ceux-ci peuvent revêtir. Il reste que la transparence doit s'affirmer comme critère de légitimité des norme de gouvernance, tout

pdf/2008-12.pdf> (consulté le 12 sept. 2010). Cette entente signée le 17 octobre 2008 par la ministre des Relations internationales et ministre responsable de la Francophonie du Québec et le secrétaire d'État à la Coopération et à la Francophonie de la France en présence du président français Nicolas Sarkozy et du premier ministre québécois Jean Charest. Cette entente vise plusieurs dizaines de corps de métiers professionnels allant des médecins aux plombiers en passant par les avocats et les électriciens : Mathilde SCHNEIDER, « Accords historiques entre la France et le Québec », *France-Amérique*, 19 oct. 2008, en ligne : <<http://www.france-amerique.com/articles/2008/10/19/une-pierre-blanche-dans-les-relations-franco-quebecoises.html>> (consulté le 20 mars 2010); France-Diplomatie, « Visite en France du Premier ministre du Québec, Jean Charest (du 27 au 30 novembre 2009) », en ligne : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/pays-zones-geo_833/canada-y-compris-quebec_475/France-quebec_19679/visites_19680/visite-france-du-premier-ministre-du-quebec-27-30.11.09_78039.html> (consulté le 20 mars 2010) ; *Projet de loi n°3 : Loi permettant la mise en œuvre de l'Entente entre le Québec et la France en matière de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles ainsi que d'autres ententes du même type*, 39^e législature, Ire session (début : 13 jan. 2009), 7 avril 2009, vol. 41, n° 16, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/39-1/journal-debats/20090407/11023.html>> (consulté le 20 mars 2010).

comme peuvent l'être l'effectivité et l'efficacité. Les MoU étudiés en l'espèce constituent le modèle idéal d'un système transparent à l'égard de l'élaboration de normes interstitielles servant à la mise en œuvre du droit international. Ainsi, des réseaux MoU sur le contrôle par l'État portuaire permettent de croire en l'avènement d'une nouvelle théorie en droit international. Comme quoi le domaine maritime offre un terreau fertile à l'évolution du droit.

Tables bibliographiques finales

Tables des instruments internationaux

Conventions et protocoles internationaux

- Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage*, 23 sept. 1910, CCV R.T.S.N. 220
- Convention sur le régime international des ports maritimes*, 9 déc. 1923, (1926-1927) 58 R.T.S.N. 285
- Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, Bruxelles, 25 août 1924, (1931-32) 120 R.T.S.N. 155 (n° 2764)
- Convention internationale sur les lignes de charge*, 5 juil. 1930, CXXXV R.T.S.N. 301 (n° 3119)
- Charte des Nations unies (et Statut de la Cour internationale de justice)*, 26 juin 1945, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365 (texte originaire), R.T. Can. 1945 n°7, en ligne : < <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf> > (consulté le 2 juin 2009).
- Convention Internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures*, 12 mai 1954, (1959) 327 R.T.N.U. 3 (n° 4714)
- Convention sur la Haute-mer*, Genève, 29 avril 1958, (1963) 450 R.T.N.U. 11 (n° 6465)
- Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë*, 29 avril 1958, (1964) 516 R.T.N.U. 205 (n° 7477)
- Convention visant à faciliter le trafic maritime international*, 9 avril 1965, (1967) 591 R.T.N.U. 265 (n° 8564)
- Convention internationale sur les lignes de charge*, 5 avril 1966, (1968) 640 R.T.N.U. 133 (n° 9159)
- Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, 23 fév. 1968, (1985) 1412 R.T.N.U. 121 (n° 23642)
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, (1980) 1155 R.T.N.U. 331 (n° 18232)
- Convention internationale de 1969 sur le jaugeage des navires*, 23 juin 1969, (1982) 1291 R.T.N.U. 3 (n° 21264)
- Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures*, 29 nov. 1969, (1975) 970 R.T.N.U. 211 (n° 14049)
- Convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer*, 20 oct. 1972, (1977) 1050 R.T.N.U. 17 (n° 15824)

- Convention internationale sur la sécurité des conteneurs*, 2 déc. 1972, (1978) 1064 R.T.N.U. 3 (n° 16198)
- Protocole de 1973 sur l'intervention en haute mer en cas de pollution par des substances autres que les hydrocarbures*, 2 nov. 1973, (1983) 1313 R.T.N.U. 3 (n° 21886)
- Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires*, 2 nov. 1973 : en ligne : <<http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/multilateral/fr/TRE000113.pdf>> (consulté le 10 avril 2010)
- Convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer*, 1^{er} nov. 1974, (1980) 1184 R.T.N.U. 2 (n° 18961)
- Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages*, 13 déc. 1974, (1987) 1463 R.T.N.U. 19 (n° 24817)
- Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites (INMARSAT)*, 3 sept. 1976, (1979) 1143 R.T.N.U. 105 (n° 17948)
- Convention (n° 147) concernant les normes minima à observer sur les navires marchands*, 29 oct. 1976, (1982) 1259 R.T.N.U. 335 (n° 20690)
- Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires*, 17 fév. 1978, (1983) 1340 R.T.N.U. 61 (n° 22484)
- Protocole relatif à la Convention internationale du 1^{er} novembre 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer*, 17 fév. 1978, (1981) 1226 R.T.N.U. 255 (n° 18961)
- Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer*, 31 mars 1978, (1992) 1695 R.T.N.U. 3 (n° 29215)
- Convention internationale de 1978 sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille*, 7 juil. 1978, (1984) 1361 R.T.N.U. 1 (n° 23001)
- Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement du 25 août 1924, telle qu'amendée par le protocole de modification du 23 février 1968, Bruxelles*, 21 déc. 1979, (1985) 1412 R.T.N.U. 121 (n° 23643)
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 déc. 1982, (1994) 1833 R.T.N.U. 3 (n° 31363)
- Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires*, 7 février 1986, rés. AG 37/209, Doc. Off. A.G.N.U., 37^e session, supp. n° 51 Doc N.U. A/37/51 (1986)
- Protocole de 1988 relatif à la Convention de 1966 sur les lignes de charge*, 11 novembre 1988, en ligne : <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?page=traiverd&c=etail_get&d=detail&docid=8133> (consulté le 23 oct. 2009)
- Convention internationale de 1989 sur l'assistance*, 28 avril 1989, (1996) 1953 R.T.N.U. 165 (n°33479)

- Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures*, 30 nov. 1990, (1995) 1891 R.T.N.U. 51 (n° 32194)
- Convention (No 180) concernant la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires*, 22 oct. 1996, (2002) 2195 R.T.N.U. 315 (n° 38868)
- Protocole de 1997 modifiant la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole y relatif de 1978*, 26 sept. 1997, en ligne : <<http://environnement.wallonie.be/legis/international/protocole029.htm>> (consulté le 10 avril 2010)
- Convention du travail maritime*, 7 fév. 2006, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/normes/documents/normativeinstrument/wcms_090215.pdf> (consulté le 23 oct. 2009)
- International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention (International Safety Management (ISM) Code)*, OMI Rs. A.741(18), 18^e sess., 1993 (4 nov.1993)
- Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires*, adopté le 12 décembre 2002 par la résolution 2 de la Conférence des gouvernements contractants à la convention SOLAS de 1974, dans Décret n° 2004-290, J.O.R.F. n° 75 du 28 mars 2004, p. 5955, texte n° 5, du 26 mars 2004, en ligne : <http://www.arbitrage-maritime.org/fr/PDF/Code_ISPS.pdf> (consulté le 23 oct. 2009).
- Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer*, résolution A/RES/63/122, Assemblée générale, ONU, 2 fév. 2009, 63^e session, 11 déc. 2008, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html> (consulté le 21 oct. 2009).
- Entente entre le Québec et la France en matière de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles*, Québec, 17 oct. 2008, en ligne : <<http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/informer/ententes/pdf/2008-12.pdf>> (consulté le 12 sept. 2010)

Résolutions internationales

- OMI, *Resolution A321(IX), Procedures for the Control of Ships*, 12 nov. 1975
- OMI, *Resolution A.466(XII), Procedures for the Control of Ships*, du 19 nov. 1981
- OMI, *Resolution A.597(15), Amendments to the procedures for the control of ships*, 19 nov. 1987
- OMI, *Resolution A.787(19), Procedures for Port State Control*, 23 nov. 1995
- OMI, *Resolution A.882(21), Amendments to the procedures for Port State Control*, 25 nov. 1999

- OMI, *Resolution A.682(17) Regional Co-operation in the Control of Ships and Discharges*, 6 nov. 1991
- OMI, *Resolution A.739 (18), Guidelines for the Authorization of Organizations Acting on behalf of the Administration*, 4 nov. 1993
- OMI, *Resolution A.789 (19), Specification on the Survey and Certification Functions of Recognized Organizations Acting on Behalf of the Administration*, 23 nov. 1995
- ONU, *Les Océans et le droit de la mer*, Rés. A/58/240, Doc. Off. A.G.N.U, 58^e sess, Doc. N.U. A/RES/58/240 (2004).
- ONU, *Les Océans et le droit de la mer*, Rés. A/59/24, Doc. Off. A.G.N.U, 59^e sess, Doc. N.U. A/RES/59/24 (2005).

instruments internationaux non contraignants

- Mémorandum d'entente entre certaines autorités maritimes sur le maintien des normes à bord des navires de commerce*, 1978, dans Jean-Pierre QUÉNEUDEC, *Convention maritimes internationales*, Paris, Éditions A. Pedone, 1979, p. 419
- Mémorandum d'entente de Paris sur le contrôle par l'État du port*, Paris, 1^{er} juil. 1982, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Memorandum+of+Understanding/xp/menu.3945/default.aspx>> (consulté le 6 sept. 2010)
- Acuerdo latino americano sobre control de buques por el Estado rector del puerto*, Viña del Mar, 5 nov. 1992, en ligne : <<http://www.acuerdolatino.int.ar/>> (consulté le 6 sept. 2010)
- Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, Tokyo, 1^{er} déc. 1993, en ligne : <<http://www.tokyo-mou.org/>> (consulté le 6 sept. 2010)
- Memorandum of Understanding on Port State Control in the Caribbean Region*, Christ Church, 9 fév. 1996
- Memorandum of Understanding on Port State Control in the Mediterranean Region*, Malte, 11 juil. 1997, en ligne : <<http://www.medmou.org/>> (consulté le 6 sept. 2010)
- Memorandum of Understanding on Port State Control for the Indian Ocean Region*, Pretoria, 5 juin 1998, en ligne : <<http://www.iomou.org/moumain.htm>> (consulté le 6 sept. 2010)
- Memorandum of Understanding on Port State Control for the West and Central Africa*, Abidjan, 22 oct. 1999, en ligne : <<http://abujamou.org/download.html>> (consulté le 6 sept. 2010)
- Memorandum of Understanding on Port State Control in the Black Sea Region*, Istambul, 1^{er} avril 2000, en ligne : <<http://www.bsmou.org/>> (consulté le 6 sept. 2010)
- Riyadh Memorandum of Understanding on Port State Control*, Riyadh, juin 2005, en ligne : <<http://www.riyadh mou.org/download.asp>> (consulté le 6 sept. 2010)

Mémorandum d'entente sur la mise en œuvre du système informatique EQUASIS, site Internet d'EQUASIS, en ligne : <<http://www.equasis.org>> (consulté le 1^{er} jan. 2010)

Table de la législation

Textes français

Loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, J.O.R.F. 24 juin 1966, p. 5206

Décret n° 66-1078 du 31 déc. 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes, J.O.R.F. 11 jan.1967 p. 483

Décret n° 84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution, J.O.R.F., 1^{er} sept. 1984, p. 2778, art. 31

Décret n° 2010-130 du 11 février 2010 relatif à l'organisation et aux missions des directions interrégionales de la mer, J.O.R.F, 12 fév. 2010, p. 36, texte n° 2, art. 6 ;

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DE L'ÉNERGIE. DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, 3^e *paquet sécurité maritime « Erika III »*, en ligne : <http://www.europe-international.developpement-durable.gouv.fr/article.php3?id_article=622> (consulté le 24 fév. 2010)

Textes canadiens

Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada, 2001, c. 26

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. 1985, c. S-9 (abrogée)

Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, c. 6

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, 2003, c. 22

Règlement sur l'examen des ordonnances de détention des bâtiments, (2007) DORS/2007-127 (Gaz Can II)

Textes québécois

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Projet de loi n°3 : Loi permettant la mise en œuvre de l'Entente entre le Québec et la France en matière de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles ainsi que d'autres ententes du même type, 39^e législature, 1^{re} session (début : 13 jan. 2009), 7 avril 2009, vol. 41, n° 16, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/39-1/journal-debats/20090407/11023.html>> (consulté le 20 mars 2010)

Textes anglais

Health and Safety Act, 1974, c. 37 (R.- U.)

Textes américains

Oil Pollution Act of 1990, 33 U.S.C.A. §2701

Death on the High sea Act, 46 U.S.C. §1331

Textes de l'Union européenne

Directive 94/57/CE du conseil du 22 novembre 1994 établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, J.O., n° L 319, 12 déc. 1994, p. 20

Directive 95/21/CE du Conseil, du 19 juin 1995, concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port), J.O., n° L 157, 7 juil. 1995, p. 1

Directive 97/58/CE de la Commission du 26 septembre 1997 modifiant la directive 94/57/CE du Conseil établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, J.O., n° L 274, 7 oct. 1997 p. 8

Directive 98/42/CE de la Commission du 19 juin 1998 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la

Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port), J.O., n° L 184, 27 juin 1998, p. 40

Directive 99/97/CE de la Commission du 13 décembre 1999 portant modification de la directive 95/21/CE concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port), J.O., n° L 331, 23 déc.1999, p. 67

Directive 2001/105/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 2001, modifiant la directive 94/57/CE, du Conseil établissant des règles et des normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, J.O., n° L 19, 22 jan. 2002, p. 9

Directive 2001/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port), J.O., n° L 019, 22 jan. 2002, p. 17

Directive 2009/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'État du port (refonte), J.O., n° L. 131, 28 mai 2009, p. 57

Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, J.O., n° L 208 du 5 août 2002, p. 1

Convention d'Athènes de 2002 relatives au transport par mer de passagers et de leurs bagages, texte consolidé de la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passager et de leurs bagages et du Protocole de 2002 de la convention, J.O., 20 mars 2008, C74E/567, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:074E:0567:0583:FR:PDF>> (consulté le 15 août 2010)

Table des jugements

Jurisprudence française

- C.A. Aix-en-Provence, 31 jan. 1911, *Dreyfus et assureurs c. capitaine Carras*, D. 1912. 2^e partie.193, obs. RICOL (J.)
- Cass. 19 juin 1912, *Siderides et Carras c. Dreyfus, Comptoir d'escompte de Paris et autres*, D. 1912.I.296
- T. Com. Dieppe, 16 sept. 1949, *D'Alexis c. Biornstad et Cie*, *Gaz. Pal.* 1949.2.293
- C.A. Rouen, 22 juillet 1950, *Soc. Biornstad et Cie. c. d'Alexis*, *Gaz. Pal.* 1950.2.281
- Cass. 23 juil. 1951, *Capitaine Paraskevopoulos c. ministre de l'Économie nationale*, *Gaz. Pal.* 1951.2.225
- C.A. Montpellier, 14 nov. 1951, navire *Finistère*, *DMF* 1952.87
- C.A. Montpellier, 14 déc. 1951, navire *Jean Marc Richard*, *DMF* 1952.256
- C.A. Pau, 28 mai 1953, le navire *Claudine Henri*, *DMF* 1953.564
- T. com., 2 nov. 1953, le navire *Marhaba*, *DMF* 1954.544
- T. com. Rouen, 10 janv. 1955, navire *Asgard*, *DMF* 1955.544
- C.A. Tunis, 23 fév. 1955, le chalutier *C.T.2*, *DMF* 1956.87
- C.A. Tunis, 23 fév. 1955, le navire *Vella*, *DMF* 1955.297, obs. PAGES
- C.A. Paris, 24 oct. 1955, navire *Compiègne*, *DMF* 1956.153, n. SAUVAGE (F.)
- T. com., Seine, 28 mai 1956, navire *Zelidja*, *DMF* 1958.243
- C.A. Rennes, 21 nov. 1956, navire *Mosdale*, *DMF* 1957.94
- C.A., Rouen, 1^{er} fév. 1957, navire *Zelidja*, *DMF* 1957.418
- C.A. Rouen, 27 sept. 1957, navire *Carthage*, *DMF* 1958.478
- Cass., 19 jan. 1959, navire *Paul Emile Javary*, *DMF* 1959.272
- C.A. Paris, 19 juin 1959, le navire *Merkurius*, ex *Paul-Emile Javary*, *DMF* 1960.86
- Cass., 10 nov. 1959, navire *Compiègne*, *DMF* 1960.141
- T. com. Sète, 12 juil. 1960, le navire *Sagallo*, *DMF* 1961.422
- T. com. Rouen, 14 avr. 1961, navire *Alias*, *DMF* 1962.423
- C.A. Rennes, 10 mai 1961, navire *Atlantique*, *DMF* 1962.210
- T. com de la Seine, 28 juin 1961, navire *Eole*, *DMF* 1962.620
- Cass., 20 fév. 1962, navire *Calédonien*, *DMF* 1962.335, n. RODIÈRE
- T. com. Rouen, 9 mars 1962, navire *Mintake N'*, *DMF* 1963.407

- T. com. Rouen, 9 mars 1962, navire *Mintaka N'*, DMF 1963.407
- Cass., 4 déc. 1962, le navire « Zit », DMF 1963.145
- T. com. Bordeaux, 11 jan. 1963, navires *Ghanakust* et *Monte-Urbasa*, DMF 1963.230, obs. CHAUVEAU
- T. com. Dunkerque, 21 déc. 1964, navire *Formentor*, DMF 1965.437
- C.A. Paris, 12 déc. 1968, navire *Energo*, DMF 1969.223, obs. LE CLÈRE (J.)
- T. com. Marseille, 5 mars 1971, le navire *Berkane*, DMF 1971.721
- T. com., Marseille, 5 mars 1971, navire *Berkane*, DMF 1971.721
- T. com. Paris, 23 juin 1971, navire *Chélif*, DMF 1972.176
- C.A. Aix-en-Provence, 4 mai 1972, navire *Cassarate*, DMF 1972.662
- C.A. Aix-en-Provence, 20 juin 1972, le navire *Acapulco*, DMF 1973.276
- Cass., 4 juillet 1972, navire *Hildegard Doerenkamp*, DMF 1972.717, obs. ACHARD
- C.A. Paris, 12 déc. 1972, navire *Cheliff*, DMF 1973.292
- T. com., Paris, 31 janv. 1973, navire *Nymphe*, DMF 1973.689
- C.A. Rennes 15 oct. 1973, navire *Navipesa Dos*, DMF 1974.30, n. CHEREAU et WAROT
- C.A. Paris, 4 déc. 1973, navire *Med Star*, DMF 1974.233
- C.A. Rennes, 18 fév. 1974, navire *Scravick*, DMF 1974.355
- CAMP, 5 avr. 1974, sentence n° 115, DMF 1974.635
- Cass., 20 nov. 1974, le chalutier *Adrien-Pla*, DMF 1975.267
- Cass., 3 déc. 1974, navire *Navipesa Dos*, DMF 1975.211, n. LUREAU et BOULOY
- T. com. Marseille, 9 sept. 1975, navire *Circée*, DMF.1976.160
- Cass., 12 avr. 1976, navire *Messinia*, DMF 1976.685
- C.A. Paris, 21 avril 1976, navire *Panaglia*, DMF 1977.74
- C.A. Aix-en-Provence, 18 mars 1977, navire *Beni Saf*, DMF 1979.72
- C.A. Rouen, 30 juin 1977, navire *Artico*, DMF 1978.535
- T. com. Marseille, 6 jan. 1978, navire *Atlantica Marseille*, DMF 1978.510
- C.A. Douai, 6 juill. 1978, navire *Cap-de-la-Hague*, DMF 1982.153
- C.A. Paris, 29 nov. 1978, navire *Maori*, DMF 1979.80 notes RODIERE (R.) et VILLENAU (J.)
- T. Com. Paris, 30 mai 1979, navire *Diagara*, DMF 1981.229
- Cass., 30 mai 1980, navire *Cap-de-la-Hague*, DMF 1981.146
- CAMP, 18 juil. 1980, sentence n° 363, DMF 1980.762
- Cass., 15 oct. 1980, *C.D.E.M. c. Compagnie d'assurance "Le Nord"*, JCP 1981.II.19611, obs. Bigot (J.)

- Cass., 22 oct. 1980, *Société d'assurance La Winterthur c. Société Fontana*, JCP 1981.II.19611, obs. Bigot (J.)
- T. gr. inst. Avranches, 12 jan. 1982, navire *Compass Rose III* (décisions non publiées citées par P. BOISSON, «Responsabilité des sociétés de classification : faut-il remettre en cause les principes du droit maritime ? », DMF 1995.109.128.)
- C.A. Caen, 12 janv. 1983, navire *Compass Rose III* (décisions non publiées citées par P. Boisson)
- C.A. Rouen, 27 oct. 1983, navire *St Dominique*, DMF 1984.240
- C.A. Aix-en-Provence, 28 fév. 1984, navire *Kymi*, DMF 1985.402
- C.A. Rennes, 13 juin 1985, navire *Gogofrio*, DMF 1986.625
- Cass, 8 oct. 1985, navire *Compass Rose III* (décisions non publiées citées par P. Boisson)
- C.A. Aix-en-Provence, 20 sept. 1985, le navire *Orque*, DMF 1987.136
- Cass., 22 avr. 1986, navire *Tuscan-Star*, DMF 1988.28
- C.A. Aix-en-Provence, 27 oct. 1987, navire *Kmid-Sif*, DMF 1989.126
- CAMP, 30 mars 1990, sentence n° 766, DMF 1991.47
- CAMP, 25 mars 1991, sentence n° 797, DMF 1991.543
- C.A. Paris, 25 mars 1993, navire *Arno*, DMF 1994.504
- T. com. Bordeaux, 25 sept. 1993, Inavire *Heidberg*, DMF 1993.731
- T. gr. inst. Dieppe, 1^{er} déc. 1993 navire *Snekkar Artic*, (non publiée, cité dans P. BOISSON, «Responsabilité des sociétés de classification : faut-il remettre en cause les principes du droit maritime ? », DMF 1995.109.128)
- Cass., 27 juin 1995, navire *Arno*, DMF 1996.302, obs. REGNIER (F.)
- C.A. Versailles, 21 mars 1996, navire *Elodie II*, DMF 1996.721, obs. DELEBECQUE (P.)
- CAMP, 15 oct. 1996, sentence n° 950, DMF 1997.286
- CAMP, 24 oct. 1997, sentence n° 973, DMF 1998.710
- C.A. Rouen, 5 mars 1998, navire *Marine Evangeline*, DMF 1998.890, obs. TANTIN (J.-F.) et NICOLAS (P.-Y.)
- C.A. Rennes, 17 sept. 1998, navire *Snekkar Artic*, DMF 1999.110, obs. MORIN (M.),
- CAMP, 22 déc. 1999, sentence n° 1023, DMF 2000.645
- T. cor. Saint-Nazaire, 18 mars 2003, navire *Number One* (décision non publiée)
- C.A. Rennes, 23 sept. 2004, navire *Number One*, DMF 2005.44, obs. BLIN
- C.A. Douai, 31 jan. 2002, *Sté Tristar Shipping Lines c. Sté Unitramp*, BTL 2002.151
- C.A. Douai, 31 jan. 2002, navire *Delta Joy*, DMF 2002.586, obs. TASSEL
- CAMP, 13 déc. 2002, sentence n° 1075, DMF 2003.991

- Cass., 10 jan. 2006, navire *Number One*, en ligne : <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/jurisprudence/Arrets/1Cass%20Crim%2010%20janvier%202006%20Number%20One.pdf>> (consulté le 10 mai 2010)
- T. gr inst. Paris, 16 jan. 2008, navire *Erika*, en ligne : <<http://coordination-maree-noire.eu/spip.php?article6487>> (consulté le 7 sept. 2010)
- C.A. Paris, 30 mars 2010, n° RG 08/02278, navire *Erika*, en ligne : <http://coordination-maree-noire.eu/IMG/pdf_0802278A_-_pdf> (consulté le 7 sept. 2010).

Jurisprudence canadienne

- Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan* [2003] 1 R.C.S. 247
- BHP Trading Asia Ltd v. Oceaname Shipping Ltd*, [1996] F.C.A. 271
- Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada* 2005 CAF 267
- Charles Goodfellow Lumber Sales Ltd. c. Verreault et al.* [1971] R.C.S. 522
- Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748
- Canadian Industries Ltd. v. Continental Explosives Ltd.*, (1964) 83 C.R.T.C. 322 (B.C.S.C.)
- C.N.R. c. E. & S. Barbour Ltd*, [1963] R.C.S. 323
- Distribudora San Juan Inc. c. Marcandia Rivediere*, C.F., n° T-4778-73, 28 mars 1980, p. 9
- D. & Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* [2003] 1 R.C.S. 226
- Grain Growers Export Co. v. Canada Steamship Lines Ltd.* (1918) 43 O.L.R. 330
- Great West Steel Industries Ltd. v. Arrow Transfer Co. Ltd.*, [1977] D.L.R. 3d 424 (B.C.S.C.)
- J. Laskin & Sons Co. v. Canadian Australian Line Ltd (The “Niagara”)* 1944 AMC 1307 (B.C.S.C., 1944)
- Kruger Inc. c. Baltic Shipping Co.*, (1988) 1 C.F. 262
- Maxim Footwear Co. Ltd. v. Canadian Government Merchant Marine*, [1959] A.C. 589
- Maxine Footwear Company Limited c. Canadian Gouvernement Merchant Limited (the “Maurienne”)*, [1957] R.C.S. 801
- Maxine Footwear v. Canadian government Merchant Marine (the “Maurienne”)* [1959] 2 Lloyd’s Rep. 105 (conseil privé de la reine)
- N.M. Paterson & Sons, Ltd v. Robin Hood Flour Mills (The “Farrandoc”)*, [1967] 1 Lloyd’s Rep. 232 (Exch. Ct.)
- Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557

- Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982
- Robin Hood Flour Mills Ltd. v. N.M. Paterson & Sons, Ltd. (The Farrandoc)*, [1967] 2 Lloyd's Rep 276 (Exch. Ct)
- Samuel, Son & Co. Ltd v. Lithuanian Shipping Co. et al. (N/M Kapitonas Gudin)*, [2002] CFPI 101 (C.F)
- U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048
- Voest-Alpine Stahl Linz GmbH v. Federal Pacific Ltd.*, 174 F.T.R. 69
- Western Canada SS Co. v. Canadian Commercial Corp.*, [1960] 2 L.L.L.R. 313 (C.S.C.)

jurisprudence américaine

- Alcoa Steamship Co. v. Charles Ferran Co (The "Alcoa Corsair")*, 1967 AMC 2578 (5th Circ., 1967)
- Atlantic Banana Co. v. M.V. Calanca & St. Gotthards Schiffahrts A. G.*, 1972 AMC 880 (S.D.N.Y., 1972)
- Atlantic Fruit Co. Ltd v. Steamship Oritani (The "Oritani")*, 1930 AMC 230 (E.D.pa., 1929)
- Cooper v. Pinedo, (The "Zesta")*, 1954 AMC 899 (5th Cir., 1954)
- Cullen Fuel Co. v. W. E. Hedger, Inc.* 290 U.S. 10 (1933)
- Cunard S.S.Co, Limited & al. v. Mellon, Secretary of the Treasury, & al.*, 262 U.S. 100 (1923)
- East River Steamship Corp. v. Transamerica Delaval*, 1985 AMC 913 (3d Circ., 1985), JMLC 1985.574, obs. GRUENDEL
- East River Steamship Corp. v. Transamerica Delaval*, 1986 AMC 2027 (U.S., 16 juin 1986), DMF 1992.638, obs. BONASSIES
- Federazione Italiana dei Corsorzi Agrari v. Mandask Compania de Vapores*, 1968 AMC 315 (2d Circ., 1968)
- Fireman's Fund Insurance Co. v. M/V Vignes (The "M/V Vignes")*, 1987 AMC 291 (11th Circ., 1986)
- Gianni Gladioli v. Standard Expert Lumber Co. (The "Maria")*, 1937 AMC 934 (4th cir., 1937)
- Grace Lines Inc. v. Central Gulf Steamship Corporation*, 416 F. 2d 977 (5th Cir., 1969)
- Great American Insurance Co. v. Bureau Veritas (The Tradeways II)*, 1972 AMC, 1455, 1468-1478 (S.D.N.Y., 1972)
- Gulf Tampa Drydock v. Germanisher Lloyd*, 1982 AMC 1969 (5th Circ., 1981)

- Herman v. Compagnie général Transatlantique*, (1917) 242 Fed.Rep. 859
- Horn v. Cia. de Navegacion Fruco S.A. (The "Heinz Horn")*, 1968 AMC 2548 (5th Cir., 1968)
- Hudson Waterway Corp. v. Coastal maritime Service*. 1978 AMC 351 (E.D.Tex., 1978)
- Humberto Argandona v. Lloyd's Register of Shipping (The "Scandinavian Star")*, 804 F. Supp. 326 (S.D.Fl., 1992)
- In re the Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16th, 1978 (The "Amoco Cadiz")*, 1986 AMC 1945, 1952 (N.D.Ill, 1986)
- Interocean Oil Co. v. Steamship Agwinmoon, Atlantic, Gulf & West Indies Steamship Co. (The "Agwinmoon")*, 1928 AMC 645 (D. Md., 1928)
- Interstate Steel Corp. c. S.S. Crystal Gem*, 1970 AMC 617 (S.D.N.Y., 1970)
- James Samuel Webster v. Webster & Sons (The "Yungay")*, 1932 AMC 123 (S.D.N.Y., 1931)
- Karobi Lumber Co. v. Steamship Norco (The "Norco")*, 1966 AMC 315 (S.D. Ala., 1966)
- Lauritzen v. Larsen*, 1953 AMC 1210, 1218 (U.S., 25 mai 1953)
- Mali v. Keeper of the common jail of Hudson County*, 120 U.S. 1 (1887)
- Morrissey v. Steamship A. & J. Faith*, 1966 AMC 71 (N.D. Ohio, 1965)
- Trib. féd. New York, 4 déc. 1975, navire *M.S. Farida*, DMF 1979.688, obs. Bonassies
- Pan-American Petroleum Transportation v. Robins Drydock & Repair Co*, 281 F. 97 (2d Circ., 1928)
- Patton-Tully Transp. Co. v. Barrett*, 37 F.2d 516 (6th Cir., 1930)
- Peter Paul Inc. v. The M/S Christer Salen* 1957 AMC 2141 (S.D.N.Y., 1957)
- Re: Marine Sulphur Transportation Corporation*, 312 F. Supp. 1098 (S.D.N.Y., 1970),
- Re: Marine Sulphur Transportation Corporation rev'd*, 460 F. 2d 89 (2d Cir., 1972)
- Re: Marine Sulphur Transportation Corporation*, 409 U.S. 982 (1972)
- Ryan Stevedoring Co. v. Pan-Atlantic Steamship Corp.*, 1956 AMC 9 (U.S., 9 jan. 1956)
- Shipping Corp. of India v. American Bureau of Shipping*, 744, F. supp., 447 (S.D.N.Y., 1990)
- Skibs A/S Gylfe v. Hyman-Michael Co. (The "Gyda")*, 1971 AMC 2032 (6th Circ, 1971)
- States Marine Corp. v. Producers Cooperative Packing Co.*, 1963 AMC 246 (9th Circ., 1962)
- States Steamship Company v. United States (the "Pennsylvania")*, 1958 AMC 1775 (9th cir., 1958)
- Steamship Mutual Underwriting Assoc. Ltd v. Bureau Veritas, (The "Pensacola")*, 1973 AMC 2183 (E.D.La, 1973), DMF 1974.687, obs. BONASSIES

- Steamship Willdomino v. Citro Chemical Co. & Charles Pfizer & Co. (The "Willdomino")*, 1927 AMC 129 (U.S. 3 jan. 1927)
- Sundance Cruises Corp. v. American Bureau of shipping (The "Sundancer")*, 799 F. Supp. 363 (2d Circ., 1993)
- Todd Shipyard Corp v. Turbine Service*, 1982 AMC 1976 (5th Circ., 1982)
- The "Cornelia"*, 15 F. 2d 245 (S.D.N.Y., 1926)
- The "Folmina"*, 212 U.S. 354 US (1909)
- The "Jean Bart"*, 197 F. 1002 (D. cal., 1911)
- The "marine sulphure Queen"*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 88 (2d Circ, 1972)
- The "Negus", Mowinckel & al. v. New York Bermudez Co.*, 298 F. 749 (S.D.N.Y., 1923)
- The "southwark"*, 191 U.S. 1 (1903)
- The "Tuxpan"*, 1991 AMC 2432 (S.D.N.Y., 1991)
- Thyssen Inc. v. S/S Eurounity*, 1994 AMC 393 (S.D.N.Y., 1993)
- United States v. M/V Marinela*, 443 F. 2d. 164 (5th Cir., 1969)
- United States Steel Products Co. v. American & Foreign Insurance Co. (The "Steel Scientist")*, 1936 AMC 387 (2d Cir., 1936)
- USA v. Eastmount shipping Co. (The "S.S. Susquehanna")*, 1974 AMC 1183 (S.D.N.Y, 1974)
- Waterman Steamship Co. v. Gay Cottons Inc., Shalom Baby Wear and United States of America (The "Chickasaw")*, [1970] 1 Lloyd's Rep. 437 (9th Cir., 1969)
- Yawata Iron & Steel Co. v. Anthony Shipping Co.*, 1975 AMC 1602 (S.D.N.Y, 1975)

Jurisprudence anglaise

- Actis Co. Ltd. v. The Sanko Steamship Co. Ltd. (The "Aquacharm")*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 7 (C.A.)
- A. E. Reed Co. Ltd. v. Page, son and East* , [1927] 1 K.B. 743
- Ailsa Craig Fishing Co. v. Malvern Fishing*, [1983] 1 W.L.R. 964 (H.L.)
- Aktieselskabet de Danske Sukkerfabrikker v. Bajamar Compania Naviera S.A. (The "Torenia")*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 210 (Q.B.)
- Burnard and Alger Ltd. v. Player and Co.*, [1928] 31 Ll.L.Rep. 281 (K.B.)
- Cheikh Boutros Selim El-Khoury and Others v. Ceylon Shipping Lines, Ltd. (The "Madeleine")*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 224 (Q.B.)
- Ciampa et al. v. British India Steam Ship Navigation Ltd. (The "Matiana")*, [1915] 2 KB 774 (H.C.J.)

- Corporation Argentina de productores de Carnes v. Royal Mail Lines*, [1939] 64 L.L.L.R. 188 (K.B.)
- Demand Shipping CO. Ltd. v. Ministry of food Government of the People's Republic of Bangladesh (The "Lendoudis Evangelos II")*, [2001] 2 Lloyd's Rep. 304, (Q.B.)
- Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562
- E. B. Aaby's Rederi A/S v. Union of India (N° 2) (The "Evje")*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 714
- Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis*, [1924] All ER 135 (H.L.)
- Empresa Cubana Importada de alimentos "Alimport" v. Lasmos Shipping Co. S.A. (The "Good Friend")*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 586, 593 (Q.B.)
- Eridianna v. Rudolph Oetker (The "Fjord Wind")*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 191 (C.A.), DMF 2001.142, obs. TASSEL
- F.C. Bradely & Sons. & Federal Steam Navigation Co.*, [1926] 24 Ll. L. Rep. 446 (C.A.)
- Fyffes Group Ltd. v. Reefer Express Lines Pty. Ltd. (The "Kriti Rex")*, [1996] 2 Lloyd's rep. 171 (Q.B.)
- Gilroy Sons & Co. v. Price & Co.*, [1893] A.C. 56
- Gosse Millerd, Ltd. v. Canadian Government Merchant Marine*, [1928] 1 K.B. 717
- Hang Fung Shipping And Trading Co., Ltd. v. Mullion and Co., Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 511 (Q.B.)
- Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kaisha, Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 27, DMF 1963.304 n. BONASSIES.
- Johs. Thode v. VDA. De Gimeno y Cia. S.L. (The "Steendiek")*, [1961] 2 L.L.L.R. 138 (C.A.)
- Kish v. Taylor*, [1911-1913] All E.R. Rep. 481
- Macfadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697
- Marc Rich and Co. A. G. v. Bishop Rock Marine Co. Ltd. (The "Nicolas H")*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 481 (Q.B.)
- Marc Rich and Co. A. G. v. Bishop Rock Marine Co. Ltd. (The "Nicolas H")*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 492 (C.A.)
- Marc Rich and Co. A. G. v. Bishop Rock Marine Co. Ltd. (The "Nicolas H")*, [1995] 2 Lloyd's Rep. 299 (H.L.)
- Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Shipping Co Ltd. (The "Star Sea")*, [2001] UKHL 1, en ligne :
<<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010118/manife-1.htm>> (consulté le, 15 août 2010)
- Mariola Marine Corporation v. Lloyd's Register of Shipping (The "Morning Watch")*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 547 (Q.B.)
- M.D.C. Ltd. v. N.V. Zeevaart Maats Beursstraat*, [1962] 1 Lloyd's rep. 180 (Q.B.)

- Northumbrian Shipping Co. Ltd v. E. Timm & Son Ltd.*, [1939] A.C. 397
- Nothern Shipping Co. v. Deutsche Seereederei G.m.b.H. and others (The “Kapitan Sakharov”)*, [2000] 2 Lloyd’s Rep. 255 (C.A.), DMF 2001.147
- Packers London Ltd. v. Ocean Steam Ship Co., Ltd.*, [1955] 2 Lloyd’s Rep. 218 (Q.B.)
- Papera Traders Co. Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd. (The “Eurasian Dream”)*, [2002] 1 Lloyd’s Rep. 719, 736 (Q.B.)
- Paterson Steamships Ltd v. Robin Hood Mills Ltd. (The “Thordoc”)*, [1937] 58 Ll. L. Rep. 33 (Privy Council)
- Pinnock Brothers v. Lewis and Pent*, [1923] 1 K.B. 690
- Photo Production v. Securitor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827
- Prudent Tankers Ltd. S.A v. Dominion Insurance Co. Ltd. (The “Caribbean Sea”)*, [1980] 1 Lloyd’s Rep. 338 (Q.B.)
- Riverston Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd. (The “Muncaster Castle”)*, [1961] 1 Lloyd’s Rep. 57 (H.L)
- Royal Exchange Shipping Co. v. Dixon*, [1886] 12 A.C. 11
- Standard Oil Company of New York v. Clan Line Steamers Ltd.*, [1924] A.C. 100
- Stell v. State Line Steamship Co.*, [1877] 3 A.C. 72
- Suisse Atlantic Société d’armement maritime S.A. v. Rotterdamshe Kolen Central N.V.*, [1967] 1 A.C. 361
- Tattersall v. National S.S. Co.*, [1884] 12 Q.B.D. 297
- Thames and Mersey Marine Insurance Co. vs. Hamilton, Fraser & Co.*, [1887] 12 A.C. 484 (H.L)
- The “Assuzione”*, [1956] 2 Lloyd’s Rep. 468, 472 (ADM.)
- The “Australian Star”*, [1940] 67 Lloyd’s Rep. 110 (ADM.)
- The “Eurysthene”*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 171 (C.A.)
- The “Friso”*, [1980] 1 Lloyd’s Rep. 469 (Q.B.)
- The “Makedonia”*, [1962] 1 Lloyd’s Rep. 316 (ADM.)
- The “Standale”*, [1938] 61 Lloyd’s Rep. 223 (ADM.)
- The “Subro Valour”*, [1995] 1 Lloyd’s Rep. 509 (ADM.)
- The “Washington Maru”*, [1924] 19 Ll. L. Rep. 398 (ADM.)
- Tor Line A.B. v. Alltrans Groups of Canada Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 48 (H.L.)
- Union of India v. N.V. Reederij Amsterdam (the “Amstelslot”)*, [1963] 2 Lloyd’s Rep. 223 (H.L)
- V. W. Angliss and Co. (Australia) Proprietary Ltd. v. Peninsular and Oriental Steam navigation Co.*, [1927] 2 K.B. 462

White v. Jones, [1995] 2 W.L.R. 187 (H.L.)

Jurisprudence australienne

Great China Metal Industries Co. Ltd. v. Malaysian International Shipping Corporation Berhad (The "Bunga Seroja"), [1999] 1 Lloyd's Rep. 512 (Hight C. of Aust.)

Jurisprudence hollandaise

CA Amsterdam 27 jan. 1954 dans H. SHADEE, « Résumé de jurisprudence néerlandaise – 1957, 1958, 1959 », *DMF* 1960.313

T. Rotterdam, 17 nov. 1954, *DMF* 1960.313

T. Amsterdam, 15 oct. 1958, dans H. SHADEE, « Résumé de jurisprudence néerlandaise – 1957, 1958, 1959 », *DMF* 1960.313

Jurisprudence italienne

C.A. Gènes, 21 juin 1991, navire *Tito Campanella*, non publié, dans P. BOISSON, « Sociétés de classification », dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, Paris, A. Pedone, 2008, à la page 52

Jurisprudence belge

C.A. Anvers, 17 oct. 1995, navire *Leon*, *Dr. Eur. Transp.* 1996.130

Jurisprudence allemande

Bundesgerichtshof, 29 oct. 1979, *Dr. eur. transp.* 1984.192

Jurisprudence internationale

- Affaire du « Lotus » (France c. Turquie), 1927 P.C.I.J. (Serie A) No. 10, p. 25 (le 7 sept. 1927)
- Affaire des *boutres de Mascate* (France, Grande-Bretagne), 8 août 1905, XI R.S.A. 83
- Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), [1994] C.I.J. 112
- Nottebohm (Liech. v. Guat.)*, [1955] I.C.J. Rep. 4 (apr.6)
- Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime, Avis consultatif du 8 juin 1960* [1960] CIJ rec. 150 en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2418.pdf>> (consulté le 10 mai 2010)
- The Barcelona Traction Case*, [1970] ICJ Rep. 1
- Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), 27 juin 1986, [1986] C.I.J.Recueil 14
- Affaire du Saiga No 2 (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, [1999] 2 I.T.L.O.S., en ligne : <http://www.itlos.org/start2_fr.html> (consulté le 10 avril 2009)
- T. arb. 23 août 1958, *Aramco c/Arabie Saoudite*, [1963] 27 I.L.R. 117

Jurisprudence européenne

- Cour de justice des Communautés, 24 nov. 1992, C-286/90, *Anklagemyndigheden c. P. M. Poulsen, Diva Corporation*, *Recueil de jurisprudence* 1992.6019
- Cour de justice des Communautés, 2 déc. 1992, , *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, C-280/89, E.C.R. 1992.I-6185
- Cour de justice des communautés européennes, 22 juin 2004, *Commission des Communautés européennes c. République française* (cinquième chambre), l'affaire C-439/02
- CJCE, 11 nov. 1999, *Commission c/ Italie*, Affaire 315/98

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

- ALTER M., *Droit des transports terrestre, aérien et maritime internes et internationaux*, Paris, Dalloz, 1989

- ANGELELLI, P. et Y. MORETTI, *Cours de droit maritime*, Infomer, Rennes, 2008
- BAUMLER, R. et F. LILLE, *Transport maritime, danger public et bien mondial*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2005
- BENYEKHEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008
- BEURIER, J.-P. et A.-C. KISS, *Droit international de l'environnement*, 2^e éd., coll. Études internationales, Paris, A. Pedone, 2000
- BEURIER, J.-P. (dir.), *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2006
- BOCZEK, B. A., *Flags of Convenience: An International Legal Study*, Harvard, University Press, 1962
- BOISSON, P., *Politiques et droit de la sécurité maritime*, Paris, Bureau Veritas, 1998
- BONASSIES, P. et C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010
- BUCHET, C., *Les voyous de la mer*, Paris, Ramsay, 2003
- CHALARON, Y., *L'affrètement maritime; Essai de définition théorique*, Paris, Librairie technique, 1967
- CHAUVEAU, P., *Traité de droit maritime*, Librairie Technique, 1958
- CHAYES, A. et A. H. CHAYES, *The New Sovereignty : Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995
- CHESNAIS, F., *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1994
- CHEVALIER, J. , *L'État post-moderne*, Droit et Société, Maison des sciences de l'Homme, vol. 35, 3^e éd., L.G.D.T., Textenso éditions, 2008
- COLIN, F. et C. DEBBASCH, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, Économica, 2007
- COLINVEAUX, R. (ed.), *Carver's Carriage of Goods by Sea*, vol. 1, coll. British Shipping Laws, 13^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1982
- DEUMIER, P., *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002
- DMOCHOWSKI, P., *"Soft Law" international: Patchwork de documents et matériaux disparates pour une réflexion sur les engagements du droit international*, Paris, ADP, 2001
- DU PONTAVICE, E. et R. RODIÈRE, *Droit maritime*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1997

- CORDIER, P. et E. DU PONTAVICE, *Transport et affrètement maritimes*, 2^e éd., Paris, Delmas, 1990
- DUPUY, R.-J. et D. VIGNES (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, coll. « Droit international », Paris, Bruxelles, Economica et Bruyant, 1985
- FERRER, M., *La responsabilité des sociétés de classification*, coll. « Bibliothèque du Centre de droit Maritime », Aix-en-Provence, Presse universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, 2004
- FITZMAURICE, M. et O. ELIAS, *Contemporary Issues in the Law of Treaty*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005
- FRAIKIN, G., *Traité de la responsabilité des transporteurs maritimes*, Paris, L.G.D.T., 1957
- GAURIER, D., *Le droit maritime Romain*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004
- GOLD, E., A. CHIRCOP et H. KINDRED, *Maritime Law*, Toronto, Irwin Law Inc., 2003
- GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, (traduction française réalisée en 1724 à partir de l'œuvre originale *De jure belli et pacis*, 1604)
- Mare liberum – De la liberté des mers*, Caen, Presse Universitaire de Caen, 1990
- GROUPE DE LISBONNE, *Les limites de la concurrence*, Montréal, Boréal, 1995
- GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, T. 1, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., 1953
- HENKIN, L., *How Nations Behave : Law and Foreign Policy*, published for the Council on Foreign Relations, New York, Columbia University Press, 1979
- JESSUP, P., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956
- JOHNSON, L. S., *Coastal State Regulation of International Shipping*, New York, Dobbs Ferry, Oceania, 2004
- KOLB, R., *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- LATRECH, B., *Les sociétés de classification des navires : la sécurité en question*, Lille, ANRT, 2004
- LE CLÈRE, J., *Les Chartes-Parties et l'affrètement maritime*, coll. « Droit Maritime et des Transports » Paris, Librairies Techniques, 1962

- LUCCHINI, L. et M. VOELCKEL, *Droit de la mer. Délimitation, Navigation et pêche*, t. 2, vol. 2, Pédone, Paris, 1996
- MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2e éd., Paris, Montréal, Dalloz, Éditions Thémis, 2008
- MARAIS, G., *Les transports internationaux de marchandises par mer et la jurisprudence en droit comparé. Loi du 9 avril 1936*, Paris, L.G.D.J., 1949
- METAXAS, B. N., *Flag of Convenience, A Study of Internationalisation*, Brookfield, Gower Publishing Compagny, 1986
- MOODY-STUART, G., *A Good Business Guide to Bribery: Grand Corruption in third World Development*, Berlin, Transparency International, 1994
- MURPHY, D. D., *The structure of regulatory competition : corporations and public policies in a global economy*, Oxford, Oxford University Press, 2004
- NORDQUIST, M. H., (dir.) *United Nations Convention on the Sea, 1982. A commentary*, Dordrechtm, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991
- NYE, J. S. , *Soft Power. The means to success in World Politics*, New York, BBS Public Affairs, 2004
- O'CONNELL, D. P. et I. A. SHEARER, *The International Law of the Sea* , vol. 2, Oxford, Clarendon press, 1984
- OST, F. et M. van DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 2002
- ÖZÇAYIR, O. Z., *Port State Control*, 2nd ed., Londres, LLP Professional Publishing, 2004
- PAYOYO, P. B., *Port State Control in the Asia-Pacific: An International Legal Study of Port State Jurisdiction*, Quezon city, Institute of International Legal Studies, University of the Philippines Law Center, 1993
- PETRELLA, R., *Écueils de la mondialisation : urgence d'un nouveau contrat social*, Montréal, Fides, 1997
- PINEAU, J., *Le contrat de transport terrestre, maritime, aérien*, Montréal, Éditions Thémis, 1986
- POUNDSTONE, W., *Le dilemme du prisonnier : Von Neumann, la théorie des jeux et de la bombe*, Paris, Cassini, 2003
- POURCELET, M., *Le transport maritime sous connaissance. Droit canadien, américain et anglais*, Montréal, P.U.M. 1972
- REMOND-GOULLLOUD, M., *Droit maritime*, 2^e éd., Paris, Pedone, 1993

- RIPERT, G., *Traité de droit maritime*, 4^e éd., t. 2, Paris, Éditions Rousseau, 1952
- RODIÈRE, R., *Traité général de droit maritime. Le contrat d'affrètement*, t. 1, Paris, Dalloz, 1967
- Traité général de droit maritime. Affrètement et transport*, t.2, Paris, Dalloz, 1968
- RODRIK, D., *Has Globalization Gone too Far*, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1997
- SALAH, M. M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, P.U.F., 2002
- SAUL, J., *Mort de la globalisation*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 2005
- SASSEN, S., *Losing Control ? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1996
- SELDEN, J., *Mare Clausum seu de dominio maris libri duo*, Londres, 1635
- SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Princeton, University Press, 2004
- SMITH, A., *Théorie des sentiment moraux*, traduit et annoté par M. BIZIOU, C. GAUTHIER et J.-F. PRADEAU, Paris, P.U.F., 1999
- Recherches, sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, en ligne :
<http://classiques.uqac.ca/classiques/Smith_adam/smith_adam.html>
(consulté le 7 sept. 2010)
- STALDER, F., *Manuel Castells. The Theory of the Networks Society*, Cambridge, Polity Press, 2006
- TETLEY, W., *International Conflict of Law, Common, Civil and Maritime*, Montréal, Yvon Blais, 1994
- International maritime and admiralty law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002
- Marine Cargo Claims*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008
- TOLOFARI, S. R., *Open Registry Shipping, A Comprehensive Study of Costs and Freight Rates*, New York, London, Gordon and Breach, 1989
- VENDÉ, B., *Les polices dans les ports martimes*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005
- VIALARD, A., *Droit maritime*, Coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1997

YANG, H., *Jurisdiction of the Coastal State Over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea*, New York, Springer, 2006

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

- ABBOTT, K. et D. SNIDAL, « Hard and Soft Law in International Governance », (2000) 54 *Int'l Org.* 421
- ABI-SAAB, G., « Éloge du « droit assourdi ». Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59
- AGINAM, O., « Between Isolationism and Mutual Vulnerability: A South-North Perspective on Global Governance of Epidemics in an Age of Globalization », (2004) 77 *Temp. L. Rev.* 297
- ALDERTON, P. et H. LEGGATE, « The Surge of Regulation », in LEGGATE, H., J. MCCONVILLE et A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 249
- ALLISON, G., « The Impact of Globalization on National and International Security », in Joseph S. NYE et John D. DONAHUE, *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., Vision of Governance for the 21st Century, Cambridge, MA, 2000. p. 72
- ALSTON, P., « The Myopia of the handmaidens : International Lawyers and Globalization », (1997) 8 *Eur. J. Int'l L.* 435
- AMAN, A. C. Jr., « Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law », (2001-2002) 49 *UCLA L. Rev.* 1687
- « Privatization and the Democracy Problem in Globalization : Making Markets More Accountable through Administrative Law », 28 (2001) *Fordham Urb. L.J.* 1477
- « Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest », (1998-1999) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 397
- « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance », (2000-2001) 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 379
- ANDERSON, E. H., « The Nationality of Ships and Flag of Convenience: Economics, Politics, and Alternatives », (1996) 21 *Tul.Mar.L.J.* 139

- ANDERSON, D. « The Roles of Flag States, Port States, Coastal States and International Organisations in the Enforcement of International Rules and Standards Governing the Safety of Navigation and the Prevention of Pollution from Ships under the UN Convention on the Law of the Sea and Other International Agreements », (1998) 2 *Sing. J. Int'l & Comp. L.* 557
- ARRADON, F., « Erika : Contribution aux réflexions sur les mesures nécessaires pour éviter de futures catastrophes », *DMF* 2000.692
- ARNAUD, A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, quelques observations critiques », (1997) 35 *Droit et société* 11
- AUBY, J.-B., « Innovation, égalité et management public », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 147
- « La bataille de San Romano, réflexion sur les évolutions récentes du droit administratif », (2001) *L'actualité juridique - droit administratif* 912
- AUST, A., « The Theory and Practice of Informal International Instrument », (1986) 35 *Int'l & Comp. L. Q.* 787
- AUTIN, J.-L., « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », dans M. MIAILLE (dir.), Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, coll. « Logique juridique » Paris, L'Harmattan, 1995, p. 43
- BALTCHIKLIEFF, M., «Jurisprudence maritime bulgare », *DMF* 1982.57
- BARCLAY, C., « The technical aspect of unseaworthiness », (1975) *LMCLQ*, 288
- BARSTON, R. P., « Port State Control: Evolving Concept », in H. N. SCHEIBER (ed.) *The Law of the Sea*, Kluwer Law International, 2000, Netherland, p. 87
- BAXTER, R. R., « International Law in "Her Infinite Variety » », (1980) 29 *ICLQ* 549, 550
- BECK, B. J., « Liability of Marine Surveyors for Loss of Surveyed Vessels : When Someone Other than the Captain Goes Down with the Ship », (1989) 64 *Notre Dame Law Review* 246
- BECKER, M. A., « The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea », (2005) 46 *Harv. Int'l L.J.* 131
- BEILVERT, B., « La sécurité de l'exploitation du navire », *ADMO* 1997.331
- BELL, D., « Port State Control v Flag State Control: UK Government Position », (1993) 17 *Marine Policy* 367
- BELLEY, J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales, pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11

- BELLO, J., « National Sovereignty and Transnational Problem Solving », (1996) 18 *Cardozo L. Rev.* 1027
- BENVENISTI, E., « Exit and Voice in the Age of Globalization », (1999-2000) 98 *Mich. L. Rev.* 167
- BERMANN, G. A., « La gestion du rapprochement réglementaire : approches institutionnelles et fonctionnelles », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 83
- BETTINCK, W. H. W., « Open Registry, the Genuine Link and the 1986 Convention on Registration Conditions for Ships », (1987) 18 *N.Y.I.L.* 69
- BEURIER, J.-P., « Le transport maritime, le droit et le désordre économique international », dans Laurent LUCCHINI et Jean-Pierre QUÉNEUDEC (dir.), *La mer et son droit : mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, A. Pédone, 2003, p. 87
- « La sécurité maritime et la protection de l'environnement: évolution et limites », *DMF* 2004.99
- « Le droit international de la mer », dans Jean-Pierre BEURIER (dir.), *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2006, p. 65
- BÉZARD, P., « L'évolution du droit de la régulation », *Les petites affiches* 03.06.2002.8
- BIAGIOTTI, I. et P. UVIN, « Global Governance and the New Political Conditionality », (1996) 2 *Global Governance* 377
- BILDER, R., « Beyond Compliance : Helping Nations Cooperate », in D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, New York, Oxford University Press 2000, p. 65
- BING, J., « La coopération en matière de réglementation à l'aide de solutions informatiques », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 131
- BLACK, J. « Regulatory Conversation » (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 163
- BLACKETT, A., « Globalization and its Ambiguities » (1998) 37 *Colum. J. Transnat'l L.* 64
- BLANKENBURG, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexion sur la mise en oeuvre (le concept "d'implémentation") » 1986 2 *Droit et société* 59
- BLANCO-BAZAN, A., « L'Organisation Maritime Internationale et le renforcement de l'application par l'État du pavillon de traité en matière de sécurité de la navigation et de prévention de la pollution du milieu marin », dans *Le pavillon : actes écrits du*

colloque organisé les 2 et 3 mars 2007, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, Paris, A. Pedone, 2008, p. 227

BODANSKY, D., « Protecting the Marine Environment from Vessel-Source Pollution : UNCLOS III and Beyond », (1991) 18 *Ecology L.Q.* 719

BOISSON, P., « Sociétés de classification », dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, Paris, A. Pedone, 2008, p. 39

« Responsabilité des sociétés de classification : faut-il remettre en cause les principes du droit maritime ? », *DMF* 1995.109

BOISSON, P. et E. LANGAVANT, « L'affaire du naufrage de la drague « Cap-de-la-Hague » et le problème de la responsabilité des sociétés de classification », *DMF* 1981.131

BOTTELIER, P., « Corruption and Development », International Symposium on the prevention and Control of Financial Fraud, Beijing, 19-22 October 1998, Beijing, p. 2, en ligne : < http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/bott_pap.pdf > (visité le 28 oct. 2008)

BOUSTANY, K. et N. HALDE, « Mondialisation et mutations normatives: quelques réflexions en droit international », dans F. Crépeau (dir.), *Mondialisation des échanges et fonction de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 37

BOYLE, A. E., « Marine Pollution Under the Law of the Sea Convention », (1985) 79 *AM. J. Int'l L.* 347

« Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law », (1999) 48 *Int'l & Comp. L. Q.* 901

BRAITHWAITE, J., « Leçon pour la coopération en matière de réglementation », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 255

« Perspective d'un rapprochement international des réglementations sans perdants », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 227

BRANSCOMB, A. W., « Global Governance of Global Networks: A Survey of Transborder Data Flow in Transition » (1983) 36 *Vand. L. Rev.* 985

BROWN WEISS, E., « Introduction », in E. BROWN WEISS (ed.), *International Compliance with Nonbinding Accords*, ASIL, 1997, p. 1

BUHLER, J.-C., « Les affréteurs et la sécurité des transports maritimes », *DMF* 1999.795

- BYERS, M. A., « Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative », (2004) 98 *Am. J. Int'l L.* 526
- CAILLOSSE, J., « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 85
- CAMPBELL, A., « Canada – United States Intelligence Relations and ‘Information Sovereignty’ », in David CARMENT, Fen Osler HAMPSON, Norman HILLMER (eds.), *Coping with the American Colossus*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, p. 156
- CANOVA, T. A., C. M. DICKERSON et K. V. W. STONE, « Labor and Finance as Inevitably Transnational: Globalization Demands a Sophisticated and Transnational Lens », (2004) 41 *San Diego L. Rev.* 109. P. F. CANE, « The Liability of Classification Societies », (1994) *Lloyd's Mar. & Com.* 363
- CARBONE, V., « Development in the labour market », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 67
- CASADO, C., « Vessels on the High Seas: Using a Model Flag State Compliance Agreement to Control Marine Pollution », (2004-2005) 35 *Cal. W.Int'l L.J.* 203
- CERNY, P. G., « Globalization and other Stories: The Search for a New Paradigm for International Relations », (1995-1996) 51 *Int'l J.* 617
- CHAUMETTE, P., « Le contrôle des navires par les États riverains » (1999) 35 *Les cahiers scientifiques du transport* 55
- «Les transformations au sein de la marine marchande : une relation de travail sans attaches? », *ADMO* 2001.53
- « Le contrôle des navires par l'État du port -- ou la déliquescence du pavillon? », dans Jean-Claude HÉLIN, Alain SUPIOT et Yann TANGUY (dir.), *La norme, la ville, la mer : écrits de Nantes pour le doyen Yves Prats*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2000, p. 265
- CHEEK, M. L., « The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs: a Review of the Global Intellectual Property Regime » (2000) 33 *Geo. Wash. int'l L. Rev.* 277
- CHEN, J., « Globalization and Its Losers », (2000) 9 *Minn. J. Global Trade* 157
- CHEMILLIER-GENDREAU, M., « Le droit international et la régulation » dans Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, coll. « Logique juridique » Paris, L'Harmattan, 1995, p. 57

- CHEVALIER, J., « De quelques usages du concept de régulation », dans Michel MIALLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, coll. « Logique juridique » Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71
- « La juridicisation des préceptes managériaux », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 111
- « La régulation juridique en question », (2001) 49 *Droit et société* 827
- « Vers un droit post moderne? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *Revue du droit public et de la science politique* 659
- CHINKIN, C. M., « Normative Development in the International System », in D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, New York, Oxford University Press 2000, p. 22
- « The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law », (1989) 38 *International and Comparative Law* 850
- CHIRCOP, A., « Ships in Distress, Environmental Threats to Coastal States, and Places of Refuge : New Directions for an Ancien Regime? », (2002) 33 *Ocean Development and International Law* 207
- CHRISMAS, P., « Port State Control, ISM and Insurance », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998
- CHRISTODOULOU-VAROTSI, I. et D. A. PENTSOV, « Labor Standards on Cypriot Ships: Myth and Reality », (2004) 37 *Vand. J. Transnat'l L.* 647
- CHRYSOSTOMOV, A., « Flag States. What are they doing to ensure Compliance with International Regulations ? », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998
- CHUNG, S.-Y., « The Paradigm Shift in the Greening of Northeast Asia Soft-Institution Building », (2003) 3 *Journal of Korean Law* 145
- CHURCHILL, R. R., « The Meaning of the «genuine link» Requirement in Relation to the nationality of ships », oct. 2000, p. 11, en ligne :
< <http://www.oceanlaw.net/projects/consultancy/pdf/ITF-Oct2000.pdf> > (consulté le 17 mai 2010)
- CLARKE, A., « Port State Control or Sub-Standard ships: Who is to Blame? What is the Cure? », (1994) *LMCLQ* 202
- COGHLIN, J. H., « Common Maritime Transport Policy for the EEC: The Commission Does Battle with Flags of Convenience », (1990) 13 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 447

- COLOMBATTO, E. et J. R. MACEY, « A Public Choice Model of International Economic Cooperation and the Decline of the Nation State » (1996) *Cardozo L. Rev.* 925
- COPELAND, P. D., « Does Bill C-36 give police too many power ? », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Terrorisme, droit & démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre? Terrorism, Law & Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Éditions Thémis, 2002, p. 211
- COUTU, M., « Juridicité et normativité dans la théorie sociojuridique de R.A. Macdonald » (1997) 28 *Revue générale de droit* 337
- CRAGG, A.W., « Business, Globalization - and the Logic and Ethics of Corruption », (1997-1998) 53 *Int'l J.* 643
- CUTTLER, M., « Incentives for Reducing Oil Pollution from Ship: the Case for Enhanced Port State Control » (1995) 8 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 175
- CZEMPIEL, E.-O., « Governance and Democratization », in J. N. ROSENAU et E.-O. CZEMPIEL, (eds.), *Governance without Government : Order and Change in World Politics*, Cambridge : Cambridge University Press, 1992, p. 250
- DAHAN, P., « La PSI, poste avancée de lutte contre la prolifération. De la diplomatie de réaction à la diplomatie d'anticipation », *Annuaire français de relations internationales* 2005.436, en ligne: <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/29_436-449.pdf> (consulté le 24 mars 2010)
- DAVIS, L., « Technical Cooperation and the International Coordination of patentability of biotechnology Inventions », (2002) 29-1 *J.Law & Soc.* 137
- DECOOPMAN, N., « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 1998, p. 249
- DE GUILLENCHMIDT, J., « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », *Les petites affiches* 3/06/2002.58
- DEHOUSSE, R., «Regulation by Networks in the European Community : the Role of European Agencies», (1997) 4 *Journal of European Public Policy* 246
- DELBECQUE, P., « Vues sur mer : Arbitrage et droit de la preuve », CAMP (Printemps 2008) 16 *Gazette de la Chambre*, en ligne : < <http://www.arbitrage-maritime.org>> (consulté le 23 oct. 2009)
- DE LA FAYETTE, L. A., « Access to Ports in International Law» (1996) 11 *IJMCL* 1
- DE LA MADRID, M. H., « National Sovereignty and Globalization », (1996-1997) 19 *Hous. J. Int'l L.* 553

- DE MARFFY-MANTUANO, A., « Rapport général » dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, Paris, A. Pedone, 2008, p. 185
- DE SENARCLENS, P., « Gouvernance et crise des mécanismes de régulation internationale », (1998) 155 *Revue internationale de science sociale* 95
- DUFOUR, G., O. BARSALOU et P. MACKAY, « La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du *Codex Alimentarius* et du droit transnational », (2006) 47 *C. de D.* 475
- DUHARCOURT, P., « Théories et concepts de la régulation », (1988) 5 *Économies et sociétés* 135
- DUNNE, T., « The Spectre of Globalization », (1999-2000) 7 *Ind. J. Global Legal Stud.* 17
- DUNSIRE, A., « Modes of Governance », in J. KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 21
- DUPLESSIS, I., « Le vertige et la soft law : réaction doctrinale en droit internationale », (2007) *Revue québécoise de droit international (Hors-série)* 245
- DU PONTAVICE, E., « Réforme du Livre II du Code de commerce. La loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes », *Rev. Trim. dr. com.* 1966.675
- DURAN, P., « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », (1993) 11-4 *Politiques et management public* 1
- DURUIGBO, E., « Multinational Corporations and Compliance with International Regulations Relating to the Petroleum Industry » (2001) 7 *Annual Survey of Internatioanl & Comparative Law* 101
- « Reforming the International Law and Policy on Marine Oil Pollution » (2000) 31 *J. Mar. L. & Com.* 65
- EASTHAM, D., « Classification societies : Targeting Class to Improve Shipping Standards », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998, p. 3
- EDESON, W., « Closing the Gap : The Role of 'Soft Law' International Instruments to control Fishing », (1999) 20 *Aust. YBIL* 83
- EMO, P., « Aperçu de jurisprudence maritime », J.C.P.1952.I.967
- EVANGELISTA, P., « Innovating ocean transport through logistics and ICT », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International*

Maritime Transport. Perspectives, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 191

« ICT practices in container Transport » in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*. New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 230

EVANS, P., « The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in Era of Globalization », (1997) 50 *World Politics* 62

FENOULHET, T. R., « La Co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information », *Les petites affiches* 21/02/2002.9.13

FIDLER, D. P., « The Rule of Law in the Era of Globalization », (1998-1999) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 421

FINKELSTEIN, L. S., « What Is Global Governance », (1995) 1 *Global Governance* 367

FORLINI, E., « Copie de loi, actes authentiques et semi-authentiques », dans Pierre-Claude LAFOND et Charles-Maxime PANACCIO (dir.), *Preuve civile*, Jurisclasseur Québec, Collection droit civil, Lexis Nexis, Montréal, 2009

FOX, E. M., « Globalization and Its Challenges for Law and Society - The Wing Tat Lee Lecture », (1997-1998) 29 *Loy. U. Chi. L.J.* 891

FOX, G. H., « Strengthening the State », (1999-2000) 7 *Ind. J. Global Legal Stud.* 35

FRANCIONI, F., « International "Soft Law": a Contemporary Assessment », in Vaughan LOWE et Malgosia FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 167

FRAWLEY, S., « The Great Compromise : Labour Unions, Flags of Convenience and the Rights of Seafarers », (2005) 19 *Windsor Rev. of Legal & Soc. Issues* 85

FREEMAN, J., « Collaborative Governance in the Administrative State », (1997) 45 *UCLA L. Rev.* 1

FRIEDMAN, L. M., « Frontiers : National and Transnational Order », in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 25

FRISON-ROCHE, M.-A., « Conclusion », *Les petites affiches* 02/06/2002.85

« Introduction », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 1998, p. 279

« La régulation, objet d'une branche du droit », *Les petites affiches*
03/06/2002.3

- GAMBLE, A., « Economic Governance », in J. PIERRE (ed.), *Debating Governance : Authority, Steering, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 110
- GARCIA, I. P., « “Nunca Mas” How Current European Environmental Liability and Compensation are Addressing the Prestige Oil Spill », (2004) 25 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 1395
- GAVUSGIL, T. S., « Globalization of Markets and Its Impact on Domestic Institutions », (1993-1994) 1 *Ind. J. Global Legal Stud.* 83
- GOLD, E., « Bloodhounds, Scapegoats and Fatcats : Criminal Action, Professional Duty, and Corporate Responsibility in the Maritime Menagerie », (2005) *The University of Queensland Law Journal* 251
- GOLD, J., « Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements », (1983) 77 *AM. J. Int'l L.* 443
- GORDENKER, L., et T. G. WEISS, « Pluralizing Global Governance : Analytical Approaches and Dimensions », in Leon GORDENKER et Thomas G. WEISS (eds.) *NGOs, The UN, and Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner, 1996, p. 17
- GOY, R., « Les droits des navires de commerce en séjour dans les ports », *Espaces et ressources maritimes* 1995.298
- « La liberté d'accès au port des navires de commerce en temps de paix », *Espace et ressources maritimes* 1993.244
- HAAS, P. M. « Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination », (1992) 46 *International Organization* 1
- HAAS, P. M. et E. B. HAAS, « Learning to Learn Improving International Governance », (1995) 1 *Global Governance* 255
- HABIB, S., « Les pavillon de complaisance », dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, Paris, A. Pedone, 2008, p. 81
- HANDL, G. F., « A Hard Look at Soft Law, Remarks at the Annual Meeting of the American Society of International Law », (1988) 82 *Am.Soc'y.Int'l.L. Proc.* 371
- HARE, J., « Port State Control : Strong Medicine to Cure a Sick Industry », (1997) 26 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 571
- « Flag, Coastal & Port State Control: Closing the Net on Unseaworthy Ships and their Unscrupulous Owners », (1994) 16 *Sea Changes* 57, en

ligne: <<http://www.uct.ac.za/depts/shiplaw/portstat.htm>> (consulté le 15 août 2010)

- HELD, D., A. MCGREW, D. GOLDBLATT et J. PERRATON, « Globalization », (1999) 5 *Global Governance* 483
- HELLEINER, G. K., « Markets, Politics, and Globalization: Can the Global Economy Be Civilized », (2001) 7 *Global Governance* 243
- HETTNE, B., « The regional factor in the formation of a newworld order », in Y. SAKAMOTO (ed.), *Global Transformation Challenges to the State System*, United University Press, Tokyo, 1994, p. 134
- HEWITT DE ALCANTARA, C., « Du bon usage du concept de gouvernance », (1998) 50-155 *Revue internationale de science sociale* 109
- HEWSON, M. et T. SINCLAIR, « The Emergence of Global Governance Theory », in M. HEWSON et T. SINCLAIR (eds.), *Approaches to Global Governance Theory*, Albany, State University of New York Press, 1999, p. 3
- HILLGENBERG, H., « A Fresh Look at Soft Law », (1999) 10-3 *EJIL* 499
- HOEKEMA, A. J., « La production des normes juridiques par les administrations », (1994) 27 *Droit et Société* 303
- HONKA, H., « The Classification System and its Problems with Special Reference to the Liability of Classification Societies », (1994) 19 *Tul. Mar. L. J.* 1
- HOPKINS, R., « Réseau de gestion à l'échelle du globe : l'internationalisation des bureaucraties nationales », (1978) 30-1 *Rev. Int. Sc. Sociale* 33
- HOWSE, R., « Retrenchment, Reform or Revolution ? The Shift to Incentives and the Future of Regulatory State », (1993) 31 *Alta L. R.* 455
- HURREL, A., « International Law and the Changing Constitution of International Society », in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics, Essays in International Relations and International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 325
- HUYBRECHTS, M. A., «The International Safety Management Code from Human Failure to Achievement», (1999) 34 *European Transport Law* 17
- JANBON, L., « Le naufrage du *Number One* », *DMF* 2006.563
- JAYASURIYA, K., « Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance », (1998-1999) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 425

- JEAMMAUD, A., « Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale » dans Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, coll. « Logique juridique » Paris, L'Harmattan, 1995, p. 95
- JOBERT, B., « L'État en action. L'apport des politiques publiques », (1985) 35-4 *Rev.fr. sci polit* 654
- JOHNSON, K. E., « Prevention of Operational Maritime Oil Pollution : A Necessary Solution to an Unnecessary Problem », (1977-1978) 4 *Brook J. Int'l L.* 64
- JØRGENSEN, T. B., « Modes of Governance and Administrative Change », in J. KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 220
- JULIA, Y., « Le pavillon panaméen », (1995) 13 *Annuaire de droit maritime et aérospatial* 241
- KAISER, K., « Transnational Relation as a Threat to Democratic Process », in Robert O. KEOHANE et Joseph S. NYE (eds.), *Transnational Relations and World Politics*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1972, p. 356
- KAMTO, M., « La nationalité du navire en droit international public », dans Laurent LUCCHINI et Jean-Pierre QUÉNEUDEC (dir.), *La mer et son droit : mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, A. Pédone, 2003, p. 343
- KANEHARA, A., « Some Considerations Regarding Methods of International Regulation in Global Issues : "Sovereignty" and "Common Interests" », in E. BROWN WEISS (ed.), *International Compliance with Nonbinding Accords*, ASIL, 1997, p. 81
- KARL-HEINZ, L., « Globalization and public governance – A Contradiction? », in L. KARL-HEINZ (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot : Ashgate, 2004, p. 1, à la page 10
- « Globalization and the conversion of Democracy to Polycentric Networks : Can Democracy Survive the End of the Nation State? », in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot : Ashgate, 2004, p. 89
- KASOULIDES, G. C., *Port State and Jurisdiction: Evolution of the Port State Regime*, Dordrecht, Boston, Londres Martinus Nijhoff Publishers, 1993
- « The Port State Enforcement Regime Through International Organizations », in Alfred H. A. SOONS (ed.), *Implementation of the Law of the Sea, Convention Through International Institutions*, Honolulu, The Law of the Sea Institute, University of Hawaii, 1989, p. 422

- KAZANCIGIL, A., « Gouvernance et science : modes de gestion de la société et de production du savoir empruntés au marché », (mars 1998) 155 *Revue internationale de science sociale* 73
- KELLY, P. J., « Foreword: Globalization and Global Governance », (2001) 7 *Widener L. Symp. J.* i
- KEOHANE R. O., et J. S. Jr. NYE « Globalization. What's New? What's Not? (And So What?) », (spring 2000) *Foreign Policy* 104
- « Power and Interdependence in Information Age », (1998) vol. 77-5 *Foreign Affairs* 81
- « Transgouvernemental Relations and International Organizations », (1974) 27 *World Politics* 39
- KESELJ, T., « Port State Jurisdiction in Respect of Pollution from Ships : The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and the Memoranda of Understanding », (1999) 30 *Ocean Development and International Law* 127
- KICKERT, W. J. M., « Autopoiesis and the Science of (public) Administration : Essence, Sens and Nonsens », (1993) 14 *organization studies* 261
- « Complexity, Governance and Dynamics : Conceptual Explorations of Public Network Management », in J. KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 191
- KIEHNE, G., « Investigation, Detention and Release of Ships under the Paris Memorandum of Understanding on Port State Control: a View from Practice », (1996) 11 *International Journal of Marine and Coastal Law* 217
- KINNEY, E. D., « The Emerging Field of International Administrative Law : Its Content and Potential », (2002) 54 *Adm. L. Rev.* 415
- KOH, H. H., « Transnational Legal Process », (1996) *Neb. L. Rev.* 181
- KOOIMAN, J., « Governance and Governability : Using Complexity, Dynamics and Diversity », in J. KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 35
- KRAHMANN, E., « National, Regional, and Global Governance: One Phenomenon or Many », (2003) 9 *Global Governance* 323
- KRAUSE HANSEN, H., D. SALS KOV-IVERSEN et S. BISLEV, « Discursive Globalization, Transnational discourse communities and New Public Management », », in M. OUGAARD et R. HIGGOTT (eds.), *Towards a Global Polity*, Routledge, London, New York, 2002, p. 107

- KWAKWA, E., « Regulating the International Economy : What Role for the State? », in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics, Essays in International Relations and International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 225
- LABORDE, J.-P., « De la nationalité du navire », *DMF* 2005.803
- LANGAVANT, E., « Rapport des travaux de la deuxième commission : L'Immobilisation forcée du navire du fait du prince », dans ASSOCIATION FRANÇAISE DU DROIT MARITIME (AFDM), *L'Immobilisation forcée des navires, Colloque de Bordeaux : 20, 21, 22 octobre 1988*, Presse universitaire de Bordeaux, Talence, 1990, p. 63
- LANGE, B., « The Emotional Dimension in Legal Regulation » (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 197
- LASCOUMES, P., et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et société* 102
- LAZENBY, C., « SOS: The Call Sign of the Ships of Shame », (1997-2000) 4 *Deakin L. Rev.* 73
- LEBEL, G. A., « La mondialisation : Une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques », dans F. CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonction de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 17
- LEE, E. S. et S. O. KIM, « A Carrier's Liability for Commercial Default and Default in Navigation or Management of the Vessel », (2000) 27 *Trans.L.J.* 205
- LEE, E., « Globalization and Labour Standards: A Review of Issues », (1997) 136 *Int'l Lab. Rev.* 173
- LEFEBVRE, G., « Le projet préliminaire de la CNUDCI et la responsabilité du transporteur de marchandises par mer : périple difficile ou échouement ? » (2003) 37 *R.J.T.* 431
- « L'obligation de navigabilité et le transport maritime sous connaissance », (1990) 31 *C. de D.* 81
- LE GARREC, M.-Y., « L'intervention de l'autorité portuaire dans le contrôle des navires », *DMF* 2003.476
- LEGGATE, H., « Financial risks and opportunities », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 3
- LI, K. X. et J. WONHAM, « Who is safe and who is at risk : a study of 20-year-record on accident total loss in different flags » [1999] 26 *Maritime Policy & Management* 137

« Maritime legislation : New areas for safety of life at sea » in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 277

LIANG, C., « Seaworthiness in Charter Parties », (2000) *The Journal of Business Law* 1

LICHTENSTEIN, C. C., « Hard Law v. Soft Law : Unnecessary Dichotomy? », (2001) 35 *Int'l L.* 1433

LIPSCHUTZ, R. D., « From Place to Planet: Local Knowledge and Global Environmental Governance », (1997) 3 *Global Governance* 83

LOBACH, T., « Port state control of Foreign Fishing Vessels », FAO, 2003, en ligne : <<http://www.fao.org/docrep/005/y8387e/y8387e00.htm#Contents>> (consulté le 20 mars 2010)

« Measures to be adopted by the Port State in Combating IUU Fishing », AUS:IUU/2000/15, 2000, en ligne : <<http://www.fao.org/docrep/005/Y3274E/y3274e0h.htm>> (consulté le 20 mars 2010)

LOBEL, O., « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », (2004-2005) 89 *Minn. L. Rev.* 342

LOWE, V. A., « The Politics of Law-Making : Are the Method and Character of Norm Creation Changing? », in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics, Essays in International Relations and International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 207

« The Right of Entry into Maritime Ports in International Law », (1977) 14 *San Diego L. Rev.* 597

LUCCHINI, L., « Rapport introductif général », dans *Le pavillon : actes écrits du colloque organisé les 2 et 3 mars 2007*, Institut du droit économique de la mer, Association internationale du droit de la mer, Paris, A. Pedone, 2008,, p. 7

LYSÉN, G., « The Joint Declaration by EEC and CMEA », (1989) 14 *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 369

MACAULAY, S., « Non-Contractual Relations in Business : A Preliminary Study », (1963) 28 *am. Soc. rev.* 55

MACDONALD, R. A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 133, n° 10, 140

- « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique et "inférentielle" »
(1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47
- MACEY, J. R., « Regulatory Globalization as a Response to Regulatory Competition », (2003) 52 *Emory L.J.* 1353
- « The 'Demande' for International Regulatory Cooperation : a Public-Choice Perspective », in G. A. BERMANN, M. HERDEGEN et P. L. LINDSETH (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation : Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 147
- MAGUIRE, C., « Port State Control - Brussels Style », (1996) *IJSL* 118
- MAHER, I., « Competition Law in the International Domain: Networks as a New Form of Governance » (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 111
- MAJONE, G., « Comparaison des stratégies de rapprochement dans le domaine de la régulation », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 175
- « From the Positive to the Regulatory State : Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », (1997) 17 *Journal of Public Policy* 139
- « International Regulatory Cooperation : A Neo-Institutionalist Approach », in G. A. BERMANN, M. HERDEGEN et P. L. LINDSETH (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation : Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 119
- « The New European Agencies : Regulation by Information », (1997) 4 *J. Eur. Public Policy* 261
- « The Rise of the Regulatory State in Europe », (1994) 17-3 *West European Politics* 77
- MAKAROV, A., « Affaire du Montijo (*Colombie c. Etats-Unis*) », 26 juillet 1875», dans A. DE LA PRADELLE et N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. III, Paris, Éditions internationales, 1954, p. 65
- MANIRUZZAMAN, A. F. M., « Global Governance, International Political Economy and the Global Legal Order - The Challenge Ahead », (2004) 1 *Manchester J. Int'l Econ. L.* 4
- MARSHALL, M., « Port State Detention – What Message for Insurers? », *The Insurance Institute of London*, 12 jan. 1998, en ligne : <http://www.iilondon.co.uk/pdf/marshall.pdf> (consulté le 20 avril 2010)

- MARTIN, J. K. et A. PAINTER, « Vers des gains mutuels : stratégies pour élargir la coopération en matière de réglementation », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 105
- MASSICOTTE, M.-J., « Global Governance and the Global Political Economy: Three Texts in Search of Synthesis », (1999) 5 *Global Governance* 127
- MATLIN, D. F., « Re-evaluating the Status of Flags of Convenience Under International Law », 23 *Vand. J. Transnat'l L.* 1017
- MAYNTZ, R., « Governing Failures and the Problem of Governability : Some Comments on a Theoretical Paradigm », in J. KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 10
- MCCONNELL, M. L., « «...Darkening Confusion Mounted Upon Darkening Confusion» : The Search for the Elusive Genuine Link » (1985) 16 *J. Mar. L. & Com.* 365
- MCCONVILLE, J., « Seafarers of the world's largest fleet », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 120
- MCDORMAN, T. L., « Port State Control : A Comment on the Tokyo MOU and Issues of International Law », (1997) 7 *Asian Yearbook of International Law* 229
- « Port State Enforcement : A Comment on Article 218 of the 1982 Law of the Sea Convention », (1997) 28 *J. Mar. L. & Com.* 305
- MCLEAN, J., « Government to State: Globalization, Regulation, and Governments as Legal Persons », (2003) 10 *Ind. J. Global Legal Stud.* 173
- MCCONVILLE, A. D., « The Functions and Differing Legal Character of Treaties » (1930) 11 *Brit. Y. B. Int'l L.* 100
- Les METCALFE, « Les liaisons défailantes : la création de réseaux organisationnels dans un environnement réglementaire à multiple niveaux », dans OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE Publications, 1994, p. 55
- METCALFE, L., « Public Management : from Imitation to Innovation », in J. KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 173
- MIAILLE, M., « La regulation : enjeux d'un choix », dans Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, coll. « Logique juridique » Paris, L'Harmattan, 1995, p. 11

- MICHALET, C.-A., « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans Erik. LOQUIN et Catherine. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 11
- MITTELMAN, J. H., « Rethinking the New Regionalism in the Context of Globalization », (1996) 2 *Global Governance* 189
- MOCKLE, D., « Mondialisation, droit des peuples et État de droit », dans Daniel MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 1
- «Mondialisation et État de droit», (2000) 41 *C. de D.* 237
- MOLENAAR, E. J., « Port State Jurisdiction : Towards Mandatory and Comprehensive Use », in David. FREESTONE, Richard BARNES et David M. ONG (eds.), *The Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006, p. 192
- MOMTAZ, D., « La haute mer », dans R.-J. DUPUY, D. VIGNES (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, coll. « Droit international », Paris, Bruxelles, Economica et Bruyant, 1985, p. 337
- MOULIN, A.-M., « Réseau », dans D. LECOURT (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, Paris, Quadrige/P.U.F., 2006
- NDENDE, M. et B. VENDE, « La transposition par les États de la Directive portant communautarisation du Mémoire de Paris », *DMF* 2000.307
- NEWBURY, R. L., « Port State Control and the European Memorandum of Understanding », dans *The Nautical Institute on the Work of the Harbour Master and related Port Management Functions*, London, The Nautical Institute, 1988, p. 165
- O'BRIEN, D. L., « The Potential Liability of Classification Societies to Marine Insurers under United States Law », (1995) 7 *U.S.F. Mar.L.J.* 403
- O'CONNELL, M. E., « The Role of Soft Law in a Global Order », in D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, New York, Oxford University Press 2000, p. 101
- ODEKE, A. ,« Port State Control and UK Law », (1997) 28 *J. Mar. L. & Com* 657
- ODIER, F., « Une nouvelle étape dans le développement de la sécurité maritime. Les leçons de l'Erika », *A.D.Mer* 1999.IV.180
- OKAFOR, O. C., « The Global Process of Legitimation and the Legitimacy of Global Governance », (1997) 14 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 117

- O'NEIL, W., « Raising world maritime standards » in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 289
- OST, F., « L'accélération du temps juridique », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.) *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 2000, p. 7
- OWEN, P., « Port State Control – A Practical Guide », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998
- PAYNE, A., « Globalization and Modes of Regionalist Governance », in J. PIERRE (ed.), *Debating Governance : Authority, Steering, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 201
- PEKONEN, K., « Governance and the Problem of representation in Public Administration : the Case of Finland », in J. KOOIMAN (ed.), *Modern Governance : New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 205
- PEREZ, A., « Who Killed Sovereignty? Or Changing Norms Concerning Sovereignty in International Law », (1996) 14 *Wis. Int'l L. J.* 463
- PERRITT, H. H. Jr., « The Internet as a Threat to Sovereignty - Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance », (1997-1998) 5 *Ind. J. Global Legal Stud.* 423
- PETERSON, M. J., « Transnational Activity, International Society, and World Politics », (1992) 21 *Millennium* 371
- PICCIOTTO, S., « Fragmented States and International Rules of Law », (1997) 6 *Social & Legal Studies* 259
- « Networks in International Economic Integration : Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism », (1996-1997) 17 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 1014
- « Reconceptualizing Regulation in the Era of Globalization », (2002) 29-1 *Journal of Law and Society* 1
- « The Regulatory Criss-Cross : Interaction Between Jurisdictions and the Construction of Global Regulatory Networks », in William BRATTON et al. (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination : Perspective on Economic Regulation in Europe and the United States*, 1996, p. 89

- PLANT, G., « Safer Ships and Cleaner Seas : A Review Article on the Report of Lord Donaldson's Inquiry into the Prevention of Pollution from Merchant Shipping », (1994) 9 *Int'l J. Marine & Coastal L.* 535
- POLERE, P., «Sûreté maritime : Bilan et perspectives du Code ISPS», *DMF* 2006.275
- PROULX, P.-P., «La mondialisation de l'économie et le rôle de l'État», dans F. CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonction de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 123
- RAKOFF, T. D., « The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation », (2000) 52 *Admin. L. Rev.* 159
- RAUSTIALA, K., « Compliance and Effectiveness in International Regulatory Cooperation », (2000) 32 *Case W. res. J. Int'l L.* 387, 397
- « Sovereignty and Multilateralism », (2000) 1 *Chi. J. Int'l L.* 401
- « The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law », (2002-2003) 43 *Va. J. Int'l L.* 1
- REINICKE, W. H., « Global Public Policy », (1997) 76 *Foreign Affairs* 127
- RESTALLACK, S., « Economic Globalization and the Environment », (2000) 4 *Transnational Associations / Associations transnationales* 173
- RIEDEL, E., « Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? », (1991) 2 *Eur. J. Int'l L.* 58
- RHODES, R. A. W., « Governance and Public Administration », in J. PIERRE (ed.), *Debating Governance : Authority, Steering, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 54
- « The New Governance : Governing Without Government », (1996) 44-4 *Political Studies* 652
- ROBLES, A. C. Jr., « Global Governance and Political Economy: German and French Perspectives », (1995) 1 *Global Governance* 99
- ROCHER, G., « La mondialisation : un phénomène pluriel », dans Daniel MERCURE (dir.), *Une société-Monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Québec, Les Presses de l'Université Laval/Boeck, 2001, p. 17

« Les “ phénomènes d’internormativité ” : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l’étude de l’internormativité*, Paris, L.G.D.J. 1996, p. 25

- RODIÈRE, R., « Le bon état de navigabilité du navire affrété », *DMF*1965.387
- ROSA, J.-J., «The Competitive State and the Industrial Organization of Nations», in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 213
- ROSE, R., « The Nature of Challenge », in Richard ROSE (ed.) *Challenge to Governance : Studies in Overloaded Politics*, Beverly Hills, Sage, 1980, p. 5
- ROSENAU, J. N., « Change, Complexity, and Governance in Globalizing Space », in J. PIERRE (ed.), *Debating Governance : Authority, Steering, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 167
- « Governance, Order and Changes in World Politics », in E.-O. CZEMPIEL et J. N. ROSENAU (eds.), *Governance without Government : Order and Change in World Politics*, Cambridge : Cambridge University Press, 1992, p. 3
- « Governance in the Twenty-first Century », (1995) 1-1 *Global Governance* 13
- ROTHWELL, D. R., « Navigational Rights and Freedoms in the Asia Pacific Following Entry into Force of the Law of the Sea Convention », (1994-1995) 35 *Va. J. Int'l L.* 587
- ROWLINSON, M. et S. WIXEY, « Green shipping », in H. LEGGATE, J. MCCONVILLE & A. MORVILLO (eds.), *International Maritime Transport. Perspectives*, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 261
- RUTLEDGE, M., « Mobile shipping & Transportation Co. V. Wonsild Liquid Carriers Ltd : Seaworthiness Adapts to a new environment », (2000-01) 25 *Tul. Mar. L. J.* 409
- SALAH, M. M., « Mondialisation et souveraineté de l’État », (1996) 3 *Journal du droit international* 611
- SALVARANI, R., « The EC Directive on Port State Control: A Policy Statement », (1996) 11 *Int'l J. Marine & Coastal L.* 225
- SANGMOON, K. et S. EUI-HANG, « A Longitudinal Analysis of Globalization and Regionalization in International Trade: A Social Network Approach », (2002-2003) 81 *Soc. F.* 445
- SASSEN, S., « The State and Economic Globalization: Any Implications for International Law », (2000) 1 *Chi. J. Int'l. L.* 109

- « De-Nationalized State Agendas and Privatized Norm-Making », in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 51
- SCAPEL, C., « Aspects juridiques et techniques de l'affaire Erika, l'une des leçons du naufrage de l'Erika, l'échec de la prévention », *Revue de droit commercial maritime, aérien et des transports* 77^e année. n° 3.111
- « L'insécurité maritime : l'exemple de la pollution par les hydrocarbures », dans *Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques d'Aix-Marseille (11-12 mai 2000)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et des sciences politiques, 2000, p. 121
- SCHREUER, C., « Regionalism v. Universalism », (1995) 6 *Eur. J. Int'l L.* 477, 483
- SCOVAZZI, T., « La liberté de la mer : vers l'affaiblissement d'un principe vénérable ? », *A.D.Mer* 1998.13
- SHIHATA, I., « Implementation, Enforcement, and Compliance with International Environmental Agreements. Practical Suggestions in Light of the World Bank's Experience », (1996) 9 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 37.
- SIMONOVIC, I., « State Sovereignty and Globalization: Are Some States More Equal ? », (1999-2000) 28 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 381
- SJOLANDER, C. T., « The Rhetoric of Globalization: What's in a Wor(l)d », (1995-1996) 51 *Int'l J.* 603.
- SLAUGHTER, A.-M., « Agencies on the Loose ? Holding Government Networks Accountable », in G. A. BERMANN, M. HERDEGEN et P. L. LINDSETH (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation : Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 521
- « A Liberal Theory of International Law », (2000) 94 *Am. Soc'y Int'l L. Proc* 240
- « Breaking out : The Proliferation of Actors in the International System », in Yves. DEZALAY et Bryant. G. GARTH (dir.), *Global Prescriptions : The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2002, p. 12
- « Governing the Global Economy through Government Networks », in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics, Essays in*

International Relations and International Law, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 177

« Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy », in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 121

« International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », (1993) 87 *Am. J. Int'l. L.* 205

« Liberal International Relations Theory and International Economic Law », (1995) 10 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 717

« The Accountability of Government Networks », (2001) 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 347

« Sovereignty and Power in a Networked World Order », (2004) 40 *Stan. J. Int'l L.* 283

« The Real New World Order », (1997) 76-5 *Foreign Affairs* 183

« Virtual Visibility », (nov/dec 2000) 121 *Foreign Policy* 84

SMITH, J. M. S., « Port State Control : Managing Safety and Quality in Shipping », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998

SMOUTS, M.-C., « Du bon usage de la gouvernance en relations internationales », (1998) 50 *Revue internationale de science sociale*, 85

SNYDER, F., « Global Economic Networks and Global Legal Pluralism », in G. A. BERMAN, M. HERDEGEN et P. L. LINDSETH (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation : Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 100

SOUSSE, M. , « La responsabilité administrative entre régulation et réglementation », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 1998, p. 359

STEELE, D., « Spatial Dimensions of Global Governance », (2004) 10 *Global Governance* 373

STEWART, R. B., « Pyramids of Sacrifice? Problems of federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy », (1977) 86 *Yale L.J.* 1196

- STONE, D., « Knowledge networks and policy expertise in the global polity », in Morten OUGAARD et Richard HIGGOTT (eds.), *Towards a Global Polity*, Routledge, London, New York, 2002, p. 125
- STONELEY, J., « A Charterer's Perception of Port State Control », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998
- STRANGE, S., « The Erosion of the State », (nov. 1997) 96 *Current History* 365
- SZASZ, P. C., « International Norm-making », in E. BROWN WEISS (ed.), *Environmental change and International Law. New Challenges and Dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 41
- TARULLO, D. K., « Law and Governance in a Global Economy », (1999) 93 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 105
- TASSEL, Y., « Les affrètement et les transports maritimes », dans Jean-Pierre BEURIER (dir.), *Droits maritimes*, Dalloz, Paris, 2006, p. 290
- « Le contrôle des navires par l'État du port : régime et conséquences commerciales (droit français, droit anglais) », *ADMO* 1999.237
- TAYLOR, C. R., « A Modest Proposal : Statehood and Sovereignty in a Global Age », (1997) 18 *U. PA J. Int'l Econ. L.* 745
- TEIXEIRA, P. G., « Public Governance and the Co-operative Law of Transnational Markets : The Case of Financial Regulation », in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 305
- TEUBNER, G., « Global Private Regimes : Neo Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors », in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 71
- « Un droit spontané dans la société mondiale? », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant et Éditions de l'Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2001, p. 197
- THIBAUT, J.-F., « Réflexion sur la démocratie, la mondialisation et les relations internationales », (1999) 4 *Transnational Associations / Associations transnationales* 174
- THIERRY, H., « L'évolution du droit international public », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol. III, tome 222, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 1990, p. 9

- TOLOFARI, S. R., K. J. BUTTON et D. E. PITFIELD, « Shipping Costs and the Controversy Over Open Registry », (1986) 34-4 *The Journal of Industrial Economics* 409
- TOOPE, S. J., « Emerging Patterns of Governance and International Law », in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics, Essays in International Relations and International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2000, p. 91
- UNZICKER, A. D., « From Corruption to Cooperation: Globalization Brings a Multilateral Agreement against Foreign Bribery », (1999-2000) 7 *Ind. J. Global Legal Stud.* 655
- VAN DER MENSBRUGGHE, Y., « les navires inférieurs aux normes : le Memorandum d'entente de Paris du 26 janvier 1982 sur le contrôle des navires par l'État du port » dans Joël LEBULLENGER, Didier LE MORVANT, *La Communauté européenne et la mer*, Economica, Paris, 1988, p. 463
- VAN DER PIJL, K., « The cadre class and public multilateralism », in Y. SAKAMOTO (ed.), *Global Transformation Challenges to the State System*, United University Press, Tokyo, 1994, p. 200
- VESTING, T., « The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (Beyond the State) », in L. KARL-HEINZ, (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Hants, England, Burlington, Vt, Aldershot :Ashgate, 2004, p. 248
- VIEIRA, M. B., « Mare Liberum vs. Mare Clausum : Grotius, Freitas, and Selden's Debate on Dominion over the Seas », (2003) 64-3 *Journal of the history of ideas* 361
- VOELCKEL, M., « L'«assistance publique» nouvel avatar de l'assistance maritime? », *Annuaire de droit maritime et aérospatial* 1993.99
- WALKER, G. R. et M. A. FOX, « Globalization: An Analytical Framework », (1995-1996) 3 *Ind. J. Global Legal Stud.* 375
- WALKER, G. K. et J. E. NOYES, « Definitions for the 1982 Law of the Sea Convention - Part II », (2002-2003) 33 *Cal. W. Int'l L.J.* 191
- WEIL, P., « Vers une normativité relative en droit international ? » (1982) 86 *Revue Générale de droit international public* 5
- WIGGER, R. C. « Preparing for and surviving Port State Control », in *Port State Control Managing Safety & Quality in Shipping*, LM 1134, 2 et 3 déc. 1998, IBC Conference Ltd, 1998
- WILLIAMS, C. A., « Civil Society Initiatives and Soft Law in the Oil and Gas Industry », (2003-2004) 36 *N.Y.U. J. Int'l. L. & Pol.* 457
- WILLIAMSON, R. L. Jr., « Hard Law, Soft Law, and Non-Law in Multilateral Arms Control : Some Compliance Hypotheses », (2003) 4 *Chi. J. Int'l. L.* 59

- WING, M. J., « Rethinking the Easy Way Out: Flags of Convenience in the Post-September 11th Era », (2003-2004) 28 *Tul. Mar. L.J.* 173
- YOUNG, O. R., « Regime Theory and the Quest for Global Governance », in Alice D. BA, Matthew J. HOFFMANN, *Contending Perspectives on Global Governance Coherence, Contestation and World Order*, Routledge, Oxon, New York, p. 88
- ZACHER, M. W., « The Decaying Pillars of the Westphalian Temple : Implications for International Order and Governance », in E.-O. CZEMPIEL et J. N. ROSENAU (eds.), *Governance without Government : Order and Change in World Politics*, Cambridge : Cambridge University Press, 1992, p. 59
- ZARING, D., « Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration », (2004-2005) 5 *Chi. J. Int'l L.* 547

Thèses de doctorat et mémoires de maîtrise

- BICHLER-ROBERTSON, G. M., *Maritime Commercial Passenger Ship Casualties, 1950-1998 : an analyse of negligent Corporate Risk Taken and System hazard*, thèse de doctorat, Newark, Université du New Jersey, 2000
- BRUDER-BURMAN, D., *Les droits et obligations du fréteur dans les chartes-parties types « Baltimé » et « Gencon »*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1981
- DUPLESSIS, I., *La représentation moderne de la souveraineté. Simultanéité de l'idée du droit international et négation de sa normativité*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998
- LALLEMAND, C., *La navigabilité du navire*, thèse de doctorat, Nantes, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, 2004
- LEFEBVRE, G., *L'obligation de navigabilité et le transport des marchandises sous connaissance*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1986
- LE BORGNE, F., *La légitimité de l'État du port de contrôler la navigabilité des navires*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 2003

Documents d'organisations publiques et privées

- AFCAN, Ardillon, Cdt, , en ligne : <http://www.afcan.org/dossiers_securite/vetting.html> (consulté le 29 juin 2010)

- OCDE, *Safety and Environment Protection. Discussion Paper on Possible Actions to Combat substandard Shipping by Involving Players Other than the Shipowner in the Shipping Market*, DSTI/DOT/MTC(98)10/FINAL, 8 juil. 1998, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/50/2104347.pdf>> (consulté le 20 mai 2010)
- OCDE, *Development Assistance Committee orientations on participatory development and good governance*, , OECD/GD (93) 191, Paris, 1993, en ligne : <[http://www.acdida.gc.ca/INET/IMAGES.NSF/vLUIImages/HRDG/\\$file/Dac-e.pdf](http://www.acdida.gc.ca/INET/IMAGES.NSF/vLUIImages/HRDG/$file/Dac-e.pdf)> (consulté le 15 août 2010)
- OMI, «La convention SOLAS : Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer», dans *Reflète de l'OMI*, octobre 1998, en ligne : <http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D2308/SOLASOCT1998FRENCHF OCUS.pdf> (consulté le 16 avril 2009)
- OMI, *Liability limits for ship passengers raised with new Athens Convention, compulsory insurance introduced*, en ligne : <http://www.imo.org/newsroom/mainframe.asp?topic_id=583&doc_id=253> (consulté le 9 sept. 2010)
- OMI, *Regional Co-operation on Port State Control. World Fleet database*, Sub-Committee on Flag state Implementation, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/5, 23 jan. 2005
- OMI, *Regional Co-operation on Port State Control, Harmonization and Co-ordination of port State control activities*, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/4, 23 déc. 2004
- OMI, *Report of the Third Workshop for Port State Control MoU/Agreement secretaries and Directors of Information Centres*, IMO Headquarters, London, 9 to 11 June 2004, à l'annexe 1 du document IMO, Sub-Committee on Flag state Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Outcome of the third Workshop for port State control MoU/Agreement Secretaries and Directors of Information Centres*, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/1, 3 déc 2004
- OMI, Sub-Committee on Flag state Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Outcome of the third Workshop for port State control MoU/Agreement Secretaries and Directors of Information Centres*, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/1, 3 déc. 2004
- OMI, *Report of the Third Workshop for Port State Control MoU/Agreement secretaries and Directors of Information Centres*, IMO Headquarters, London, 9-11 Juin 2004, n° 1.1., p. 1, en annexe du document OMI, Sub-Committee on Flag state Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Outcome of the third Workshop for port State control MoU/Agreement Secretaries and Directors of Information Centres*, 13th session Agenda item 6, FSI 13/6/1, 3 déc. 2004
- OMI, Sub-Committee on flag state implementation, *Reporting Procedures on Port State Control Detentions and analysis and Evaluation on Reports. Mechanisms for constructive and timely dialogue between flag States and port States on port State control interventions*, 30 jan. 2003, 11th session Agenda Item 6, FSI 11/6/1

- OMI, Sub-Committee on Flag state Implementation, *Regional Co-operation on Port State Control, Paris MoU Annual Report 1997*, 7th session Agenda item 7, FSI 7/7/4, 18 Jan.1999
- OMI, « Surviving disaster – life-saving at sea, (janvier 2000) *Focus on IMO*, en ligne : <<http://www.hopfner.de/sailing/lc/surviv.pdf>> (consulté le 16 avril 2009)
- Paris MoU, *Annual Report*, 2000, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Annual Report*, 2001, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Annual Report*, 2002, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Annual Report*, 2003, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Changing Course : Annual Report*, 2004, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *port state control on course : Annual Report*, 2005, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Port State Control Steady She Goes : Annual Report*, 2006, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Port State Control. On Course for Safer Shipping : Annual Report*, 2007, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Port State Control. Making Headway : Annual Report*, 2008, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)
- Paris MoU, *Port State Control. In the Offing : Annual Report*, 2009, en ligne : <<http://www.parismou.org/ParisMOU/Organisation/Annual+reports/xp/menu.4559/default.aspx>> (consulté le 15 sept. 2010)

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SÉCURITÉ DU TRANSPORT MARITIME DES PRODUITS DANGEREUX OU POLLUANTS, Jean-Yves LE DRIANT (rapporteur), rapport n° 2535, 11^e législature, le 5 juil. 2000, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/documents/index-enquete-rapports.asp#transport_maritime> (consulté le 10 avril 2010)

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, PALAIS DE L'ÉLYSÉE, *Extraits de la conférence de presse conjointe du Président de la République et de M. Jose Maria AZNAR, président du gouvernement espagnol, à l'issue du sommet franco-espagnol*, Malaga, 26 novembre 2002, en ligne : <http://www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/francais_archives/les_dossiers/environnement/documents/26-11-2002_extraits_de_la_conference_de_presse.21402.html> (consulté le 22 mars 2010)

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, SÉNAT, MISSION COMMUNE D'INFORMATION CHARGÉE D'EXAMINER L'ENSEMBLE DES QUESTIONS LIÉES À LA MARÉE NOIRE PROVOQUÉE PAR LE NAUFRAGE DU NAVIRE « ERIKA », DE PROPOSER LES AMÉLIORATIONS CONCERNANT LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE ET DE DÉFINIR LES MESURES PROPRES À PRÉVENIR DE TELLES SITUATIONS, Henri DE RICHEMONT (rapporteur), *Rapport d'information*, rapport n° 441, , Session ordinaire de 1999-2000, annexe au procès-verbal de la séance du 27 juin 2000, en ligne : < <http://www.senat.fr/rap/r99-4412/r99-44121.pdf> > (consulté le 10 mai 2010)

Tokyo MoU, *Annual report*, série de 2007 à 2009, en ligne : <<http://www.tokyo-mou.org>> (consulté le 15 sept. 2010)

Articles journalistiques

« Agir sur la base d'un consensus », *Le Marin*, 11 fév. 2000.5

BARIL, D., « L'UdeM sera dotée d'un laboratoire sur la cyberjustice », *Forum*, 16 déc. 2009, en ligne : <<http://www.nouvelles.umontreal.ca/recherche/droit-gestion/ludem-sera-dotee-dun-laboratoire-sur-la-cyberjustice.html>> (consulté le 3 mars 2010)

BAUMARD, L., « William O'Neil : l'OMI ne peut pas et ne doit pas tout faire », *Le Marin* 11 fév.2000.4

« Un navire contrôlé le 23 octobre... », *Le Marin*, 3 nov. 2000.4

BÉRUBÉ, S., « L'Affaire Coca-Cola. Le film qui dérange le géant de la boisson gazeuse », *La Presse*, 20 fév. 2010, p. A 25

BESSEULE, Y., « "Target factor" : une aide pour les contrôles », *Le Marin* 3 nov. 2000.5

« Contrôle par l'État du port : Bruxelles épingle la France », *Le Marin*
28 sept. 2001.3

« Sécurité maritime : Bruxelles envoie la France au tribunal », *Le Marin*
19 juil. 2002.2

« Bobbing Bytes », *The Economist*, 21 mai 1998

BOCEV, P., « La Commission prépare une « liste noire » de navires interdits de mouillage en Europe. Bruxelles épingle les bateaux poubelles », *Le Figaro*, International, Europe, 30 nov. 2002.6

« Boom and bust at Sea », *The Economist*, 18 août 2005

BROOKE, J., « La Mongolie se découvre une vocation maritime », *Courrier international*
15 juil. 2004.45

BROUSSARD, P., « Des inspecteurs au chevet des bateaux », *Le Monde*, Horizons, 18 déc. 2002.4

« Contrôles des navires : Bruxelles condamne la France pour ses insuffisances passées », *JMM* 25 juin 2004.5

DA SILVA FARGE, D., « Bilan et perspectives en matière de sécurité maritime », *JMM* 8 oct. 1999.2065

DEISS, H., « Europe-Asie : l'horizon s'assombrit », *JMM* 10 oct.2008.8

DE LA CASINIÈRE, N., « Formation d'inspecteurs de sécurité maritime », *Le Marin*,
16 novembre 2001, p. 11

DE LA CASINIÈRE, N., D. DUFRESNE et É. JOSZEF, « L'enquête sur la marée noire s'enlise, les bénévoles sont fatigués. «Erika»: deux mois après le naufrage, rien n'est réglé. Le capitaine indien du bateau s'est confié à "Libération" », *Libération*, Évènement,
7 fév. 2000, p. 2

DESMEULLES, H., « La noire dérive de la "complaisance" », *Le Monde*, 4 jan. 2000, p. 15

DUMAS, H., « Un cargo chypriote arraisonné dans le port. En 1994, la Garde côtière avait décelé une cinquantaine d'avaries ou défauts sur l'Aghia Markella », *La Presse*, 12 août 1999, p. A3

DUPUY, G., « Les damnés de la mer », *L'Express*, Économie, Couverture inter,
5 avril 2001, p. 116

ECOIFFIER, M., « Jospin rame face aux cargos-poubelles. Il plaide pour un renforcement des règles internationales », *Libération*, Société, 16 fév. 2000, p. 15

« Marée noire : Bruno Rebelle, de Greenpeace, évalue l'évolution du droit maritime : « Trois ans après l'Erika, rien n'a été mis en oeuvre », *Libération*, 19 nov. 2002.3

- FRAT, M. et F. LEMOINE, « Quatorze navires interceptés, des amendes colossales et des cautions records. La justice impitoyable avec les "voyous des mers" », *Le Figaro*, 15 juin 2004, p. 11
- GOASGUEN, R., « EQUASIS : Démonstration publique au Havre », *Le Marin* 5 mai 2000.5
- GROSRICHARD, F., « La France se prépare à éloigner les bateaux-poubelles de ses côtes », *Le Monde*, Régions, 29 nov. 2002, p. 12
- HOPQUIN, B. et V. DURUPT, « Ainsi vont les tas de rouille flottants qui, rebaptisés et rafistolés, reprennent la mer », *Le Monde* 11 jan. 2001.11
- « Jacques Chirac à Cherbourg », *Le Marin*, 3 nov 2000.3.8
- « La marine suisse: dans le monde, plus personne n'en rit », *Le Temps*, mardi 14 déc. 2004
- «La prévention pour éviter la pollution», *Le Marin*, 21 juil. 2000.7
- LEDUC, L., « La flotte peut-elle vraiment... flotter? », *Le Devoir* 1^{er} nov. 2000, A3
- « Les accidents de pétroliers en régression constante... depuis 20 ans », *JMM* 9 fév. 2001.205
- LE TALLEC, M., « Contrôle des navires : la France condamnée », *Le Marin* 25 juin 2004.2
- « Un rapport maltais... qui dédouane Malte », *Le Marin* 20 oct. 2000.8
- MAUJEAN, G., « Les assureurs maritimes se redressent après plusieurs années noires », *Les Échos*, Finance, 15 sept. 2004.37
- MATHIOT, C., « Manille à bord : Près d'un tiers des marins embarqués sur les navires marchands dans le monde sont philippins. Visite à bord de l'«Ile de Bréhat». » *Libération*, n° 7181, 14 juin 2004, p. 1
- « Paris respecte à sa manière l'obligation européenne de contrôle des navires. Cargos poubelles : la France à bons ports ? », *Libération* 4 fév. 2004.13
- MICHAUD, H., « Les marins ont peu de recours légaux », *Le Soleil*, mardi 4 jan. 1994, p. A3
- NEUMEISTER, M., « Contrôle des navires : prendre les choses en main », *JMM* 26 mai 2006.12
- « Contrôle des navires : prendre les choses en main », *JMM* 2 juin 2006.5

- « EQUASIS, European Quality Shipping : la fin de l'ignorance? », *JMM* 19 mars 1999.591
- « Inspections des navires : les effectifs se renforcent », *JMM* 16 mars 2001.444
- « La Commission exige une application « satisfaisante » des règles sur le contrôle des navires par l'État portuaire », *JMM* 6 fév. 2009.13
- « Les navires sous normes anonymes de la fin de l'année », *JMM* 7 jan. 2000.4
- « Liste noire d'avril : un carton à S7TE; compliment à BP » *JMM*, 25 juin 1999.1365
- « Mémorandum de Paris : Les navires fortement sous-normes quittent-ils réellement la zone? », *JMM* 20 août 2004.7
- « Paris MoU ; 142 navires retenus en avril », *JMM*, 11 juin 1999.1250
- « Port State Control : La France de nouveau sous-norme? », *JMM* 18 juin 2004.4
- « Port State Control : un problème d'organisation et non pas d'effectifs », *JMM* 9 juil 2004.7
- « Quels sont les ports actifs ? », *JMM* 20 août 2004.7
- « 70 navires retenus en France, en six mois », *JMM* 4 oct. 1996.2333
- « 141 navires détenus en mai dans les ports du "ParisMOU" », *JMM*, 23 juil. 1999.1566
- « Paris MoU : Business as usual », *JMM* 22 jan. 1999.139
- PEYRILLE, A., « Le pavillon panaméen, une assurance tout risque pour l'armateur », *Le Devoir*, Économie, 8 août 2005, p. a5
- ROYO, M., « Le trafic maritime sous haute surveillance », *Les Echos*, 30 juin 2004, p. 11
- SALOMON, L., « Les effets de la crise financière », *JMM*, 10 oct. 2008.8
- SCHNEIDER, M., « Accords historiques entre la France et le Québec », *France-Amérique*, 19 oct. 2008, en ligne : <<http://www.france-amerique.com/articles/2008/10/19/une-pierre-blanche-dans-les-relations-franco-quebecoises.html>> (consulté le 20 mars 2010)
- SCHWAB, P., « Les pavillons de complaisance tiennent la mer. La réputation sulfureuse du Cambodge. Nouveau venu dans le monde maritime, le pavillon cambodgien s'est

fait remarquer par quelques scandales. Le contrôle des autorités locales semble bien laxiste », *La Croix* 7 fév. 2003.12

SURMONT, E., « Sécurité maritime. La ministre Durant visite un cargo de Singapour rongé par la rouille - La Belgique renforce les contrôles des "rafiots poubelles" », *Le Soir* 5 mars 2003

TERRASSIER, N., « Efficacité de la politique maritime : pavillon et flotte contrôlée », *JMM* 28 juin 1999.1155

VALLAT, F., « Mer et vérité(s) », *JMM* 14 sept. 2007.6

« Vers l'isolement des navires sous-normes », *JMM* 30/03/2001.608

« Visite en France du Premier ministre du Québec, Jean Charest (du 27 au 30 novembre 2009) », *France-Diplomatie*, en ligne : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/pays-zones-geo_833/Canada-y-compris-quebec_475/France-quebec_19679/visites_19680/visite-france-du-premier-ministre-du-quebec-27-30.11.09_78039.html> (consulté le 20 mars 2010)

Reportage télévisé

LÉVESQUE, Y., « Prestige : recette pour une catastrophe », reportage de l'émission de télévision *Découverte*, produit par Radio-Canada, diffusé le 21 nov. 2004 à 18h 30 sur le canal de Radio-Canada

Références encyclopédiques

answers.com, en ligne : <<http://fr.answers.com>> (consulté le 13 sept. 2010)

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES (CNRTL), en ligne : <<http://www.cnrtl.fr>> (consulté le 29 juillet 2010)

Dictionnaire de TV5, en ligne : <<http://dictionnaire.tv5.org>> (consulté le 13 sept. 2010)

LABORATOIRE D'ANALYSE ET DE TRAITEMENT INFORMATIQUE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Trésor de la Langue Française informatisé*, en ligne : <<http://atilf.atilf.fr>> (consulté le 13 sept. 2010).

Larousse, en ligne : <<http://www.larousse.fr>> (consulté le 18 juillet 2008)

Le Nouveau Petit Robert, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1993

OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire*, en ligne : <<http://w3.granddictionnaire.com>> (consulté le 10 mai 2010)

LE BAYON, A., *Dictionnaire de droit maritime*, Rennes, PUR, coll. « Didact droit », 2004

SALMON, J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001

Table des contrats types

- « *AMWELSH 93* ». *Americanized Welsh Coal Charter*, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/amwelsh93.pdf> (consulté le 22 jan. 2009)
- « *BALTIME 1939* ». *Baltic Uniform Time Charter*, 1974, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/baltime1939.pdf> (consulté le 22 jan. 2009)
- « *BALTIME 1939* ». *Baltic Uniform Time Charter*, 1974, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/baltime1939.pdf> (consulté le 22 jan. 2009)
- « *BARECON 89* ». *Standard Bareboat Charter 1989*, en ligne : <<http://eliteblacksea.com/files/article/barecon89.pdf>> (consulté le 23 sept. 2009)
- « *BARECON 2001* ». *Standard Bareboat Charter 2001*, en ligne : <https://www.bimco.org/Corporate%20Area/Products/idea/~/_media/Documents/Document%20Samples/Sundry%20Other%20Forms/BARECON2001.ash> (consulté le 23 sept. 2009)
- « *GENCON 94* ». *General Uniform Charter 1994*, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/gencon94.pdf> (consulté le 22 jan. 2009)
- « *INCOGRAIN* » (les formules n° 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22 et 23), en ligne : <http://www.jurisint.org/fr/con/5_3.html> (consulté le 16 oct. 2009)
- « *Institute Marine Cargo* », Clauses A, B & C, en ligne : <<http://www.jus.uio.no/lm/private.international.commercial.law/insurance.html>> (consulté le 16 oct 2009)
- « *NUVOY 84* ». *Universal Voyage Charter Party 1984*, en ligne : <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/nuvoy84.pdf> (consulté le 22 jan. 2009)
- « *NYPE 93* ». *Timecharter New York Produce Exchange Form*, 1993, en ligne <http://www.infomarine.gr/bulletins/chartering_forms/nype93.pdf> (consulté le 23 sept. 2009)

Table des sites internet

- Abuja MoU : <<http://www.abujamou.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- BS MoU : <<http://www.bsmou.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- C MoU : <<http://www.caribbeanmou.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- CNUDCI : <<http://www.uncitral.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- EQUASIS : <<http://www.equasis.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- EMSA : < <http://www.emsa.europa.eu> <http://www.emsa.europa.eu>
- IACS : <<http://www.iacs.org.uk>> (consulté le 13 sept. 2010)
- Infomarine on-line : <<http://www.infomarine.gr>> (consulté le 13 sept. 2010)
- IO MoU : <<http://www.iomou.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- Lexmercatoria : <<http://www.lexmercatoria.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- Ministère du Développement durable (France) : < <http://www.developpement-durable.gouv.fr>> (consulté le 13 sept. 2010)
- OMI : <<http://www.imo.org>> (consulté le 28 mars 2009).
- Paris MoU : < <http://www.parismou.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- Riyadh MoU : <<http://www.riyadhmo.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- Tokyo MoU : <<http://www.tokyo-mou.org>> (consulté le 13 sept. 2010)
- Transport Canada : <<http://www.tc.gc.ca>> (consulté le 13 sept. 2010)
- UNIDROIT : <<http://www.unidroit.info>> (consulté le 13 sept. 2010)
- Viña del Mar : <<http://200.45.69.62>> (consulté le 13 sept. 2010)

Annexe 1

Tableau des données comparatives sur l'évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU

Années	Paris MoU	Tokyo MoU	Viña del mar	IO MoU	BS MoU
1983	8836				
1984	10227				
1985	10417				
1986	11740				
1987	11451				
1988	11224				
1989	12459				
1990	13995				
1991	14379				
1992	14783				
1993	17294				
1994	16964	8000			
1995	16381	8834			
1996	16070	12243			
1997	16813	12957	2259		
1998	17643	14545	2283		
1999	18399	14931	3584		
2000	18559	16034	4352	4949	
2001	18681	17379	3856	5520	
2002	19766	19588	4530	5452	2967
2003	20309	20124	4484	5093	5228
2004	20136	21400	5217	5690	5653
2005	21302	21058	6034	5205	5069
2006	21566	21686	6546	5124	4658
2007	22877	22039	6856	4810	4499
2008	24647	22149	7596	5631	5160

Tableau n° 2 : *Données comparatives sur l'évolution du nombre d'inspections réalisées annuellement par des MoU*

Annexe 2

Tableau des données comparatives sur l'évolution du nombre de détentions réalisées annuellement par des MoU

Années	Paris MoU	Tokyo MoU	Viña del mar	IO MoU	BS MoU
1983	355				
1984	476				
1985	356				
1986	307				
1987	280				
1988	295				
1989	344				
1990	441				
1991	525				
1992	588				
1993	1105				
1994	1597	282			
1995	1837	524			
1996	1719	689			
1997	1624	830	92		
1998	1598	1061	55		
1999	1684	1071	65		
2000	1764	1101	148	336	
2001	1699	1349	136	291	
2002	1577	1307	151	306	168
2003	1431	1709	127	472	249
2004	1187	1393	98	489	393
2005	994	1097	155	374	316
2006	1174	1171	119	406	259
2007	1250	1238	229	453	367
2008	1220	1530	190	553	329

Tableau n° 3 : *Données comparatives sur l'évolution du nombre de détentions réalisées annuellement par des MoU*

Annexe 3

**Tableau sur les ratios annuels en pourcentage
des cas d'immobilisation de navires sur le nombre
d'inspections qui sont réalisées dans le cadre de MoU**

Années	Paris MoU	Tokyo MoU	Viña del mar	IO MoU	BS MoU
1983	4,01				
1984	4,65				
1985	3,41				
1986	2,61				
1987	2,44				
1988	2,63				
1989	2,76				
1990	3,15				
1991	3,65				
1992	3,98				
1993	6,39				
1994	9,41	3,8			
1995	11,21	5,93			
1996	10,7	5,63			
1997	9,66	6,41	4,07		
1998	9,06	7,29	2,4		
1999	9,15	7,18	1,81		
2000	9,5	6,87	3,4	6,78	
2001	9,09	7,76	3,52	5,27	
2002	7,98	6,67	3,33	5,61	5,66
2003	7,05	8,49	2,83	9,26	4,76
2004	5,84	6,51	1,9	8,59	6,95
2005	4,67	5,21	2,57	7,18	6,23
2006	5,44	5,4	1,8	7,92	5,56
2007	5,46	5,62	3,34	9,42	8,16
2008	4,95	6,91	2,5	9,82	6,37

Tableau n° 4 : *Ratios annuels en pourcentage des cas d'immobilisation de navires sur le nombre d'inspections qui sont réalisées dans le cadre de MoU*

Annexe 4

Le cadre opératoire détaillé relatif à l'échange entre le concept de sécurité maritime et celui de navigabilité

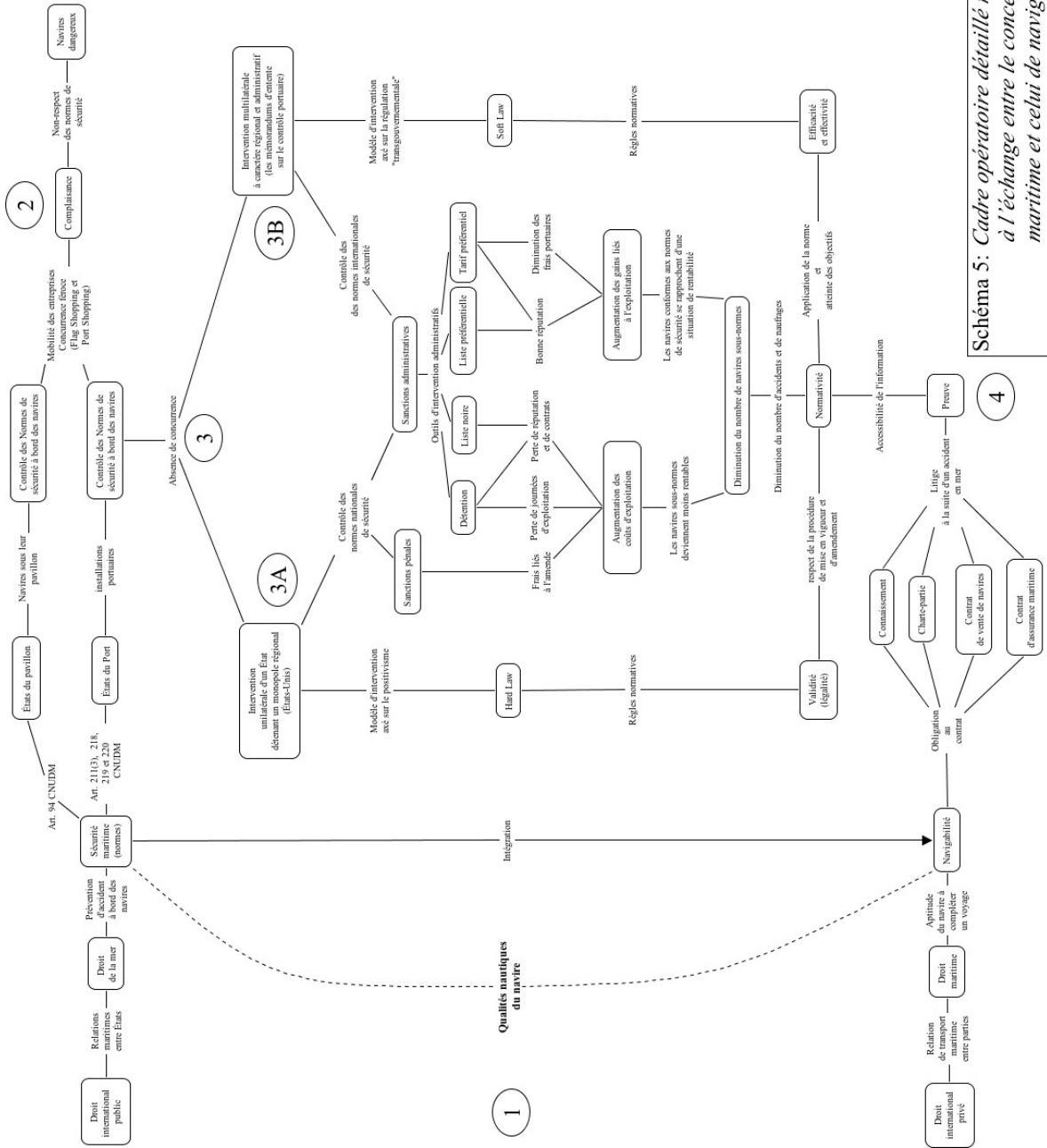


Schéma 5: Cadre opératoire détaillé relatif à l'échange entre le concept de sécurité maritime et celui de navigabilité

L'analyse du schéma n° 5 intitulé *Cadre opératoire détaillé relatif à l'échange entre le concept de sécurité maritime et celui de navigabilité* doit être réalisée en fonction du sens de lecture habituelle, à savoir de droite à gauche. Des zones et des sous-zones numérotées sur ce schéma représentent des éléments qui doivent faire l'objet d'un commentaire spécifique.

La zone 1 - Nous retrouvons la distinction qui existe entre les domaines public et privé du droit international, plus particulièrement du droit de la mer et du droit maritime desquels découlent respectivement la sécurité maritime et la navigabilité. Bien que ces deux dernières puissent faire l'objet d'une confusion, nous souhaitons ici illustrer l'établissement d'un canal de communication direct de la première vers la seconde.

La zone 2 - Nous abordons le problème posé par la dynamique de complaisance associée à la globalisation. En effet, l'absence du maintien des normes de sécurité à bord des navires de commerce constitue l'illustration par excellence des effets indésirables de ce processus. À cette étape-ci, mentionnons que les États du pavillon, responsables de la sécurité des navires, sont soumis à de fortes pressions concurrentielles qui les contraignent à adopter une politique de complaisance afin d'attirer ou de conserver sur leur territoire une clientèle d'armateurs. Le raisonnement est le même lorsque les États envisagent de contrôler les navires dans leurs installations portuaires puisque les armateurs de navires peuvent s'autoriser à détourner ces derniers vers d'autres ports de la région où les autorités sont plus complaisantes. La crainte de perdre une portion des activités portuaires favorise l'émergence d'une politique de complaisance, et ce, même au sein d'États développés. De cette manière, les normes de sécurité ne sont plus respectées, rendant du même coup les navires dangereux. Dans ces conditions, les mécanismes de renforcement du droit ne fonctionnent plus et les prescriptions sécuritaires internationales deviennent tout simplement ineffectives..

La zone 3 - Nous abordons l'avenue par laquelle le phénomène de concurrence est atténué. Cette situation prend deux formes : le cas d'un contrôle unilatéral (sous-zone 3A) ou encore le cas d'une concertation entre les États d'une même région pour créer apour un contrôle multilatéral (sous-zone 3B).

La sous-zone 3A présente une situation d'un contrôle unilatéral d'un État portuaire suffisamment puissant pour que celui-ci ne soit diminuée par un quelconque facteur concurrentiel entre les ports d'une région. À cet égard, les États-Unis constituent le seul exemple d'État détenant un poids économique et une emprise politique sur ses voisins suffisants pour instituer un monopole régional *de facto*.

Dans la sous-zone 3B, nous souhaitons illustrer un modèle alternatif qui utilise un processus d'entente administrative multilatérale incarné par les MoU sur le contrôle par l'État portuaire. Ceux-ci s'appuient sur une méthode d'intervention étatique conforme aux préceptes de la régulation, de la gouvernance et du transgouvernementalisme. Ils sont appliqués à l'échelle régionale afin de contrer la concurrence déloyale qui existe entre les ports d'une même région. Diverses sanctions administratives peuvent être mises en œuvre, que ce soit l'utilisation des détentions, de listes noires ainsi que de listes préférentielles. Ces mesures ont l'avantage de rendre plus onéreuse l'exploitation des navires qui ne rencontrent pas les normes de sécurité et de favoriser ceux qui les respectent afin qu'ils puissent améliorer leur rentabilité. Ces mesures visent l'intégration du coût lié à la sécurité dans les opérations de transport maritime. De cette manière, le nombre de navires indésirables et de naufrages devrait normalement diminuer.

La zone 4 - montre l'importance qu'occupe la notion de preuve comme passerelle entre le concept de sécurité maritime vers celui de navigabilité. Nous savons déjà que les certificats émis par les autorités maritimes des États du pavillon et les sociétés de classification peuvent constituer un élément de preuve pertinent pour savoir si un armateur a satisfait son obligation de navigabilité. Il faut souligner que normalement cette preuve souffre d'un problème de crédibilité en raison de la complaisance qui anime certains États du pavillon et quelques sociétés de classification. D'autant plus, que l'inspection qu'ils engagent à l'endroit d'un navire se tient généralement au terme d'une période s'étendant sur plusieurs années, minant le caractère direct de la preuve. Ces éléments peuvent donc avoir une incidence négative sur l'appréciation que font les tribunaux et les arbitres de la situation. À l'opposé, les informations colligées par les États portuaires dans le cadre de leur inspection sont certainement plus représentatives de la condition réelle dans laquelle se trouve un navire. Car, non seulement les inspections sont-elles menées par des experts non

intéressés aux litiges privés, mais aussi, elles peuvent se réaliser plusieurs fois au cours d'une même année puisqu'un navire de commerce transite généralement par plusieurs régions du globe et peut ainsi être interpellé par diverses autorités maritimes attachées aux différents MoU. Au surplus, si des lacunes importantes sont constatées des inspections peuvent être réalisées deux fois par années. Or, cette preuve est facilement accessible sur Internet, elle offre ainsi une excellente visibilité. L'appréciation par les tribunaux des rapports d'inspection réalisés par les États portuaires est une pratique susceptible de s'installer dans les litiges en droit maritime. Ainsi, l'obligation de navigabilité exigerait dorénavant que les navires de commerce soient conformes aux normes de sécurité. D'où l'intérêt de constater l'intégration du contenu d'un concept vers l'autre.

Annexe 5

**Illustration d'un repère lié à un naufrage de navire
sur une carte satellite générée par le programme
informatique *Google Earth***



Carte n° 2 : *Représentation à l'aide d'un repère du lieu d'un naufrage d'un navire (le cas de l'Asia n° 1 en 2002) sur une carte satellite générée par le programme informatique Google Earth*